

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la garantía constitucional del amparo recaída
en la sentencia N° 00316-2011-PA/TC Empresa Minera de Servicios
Generales S.R.L y otros

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

Maria Stephanie Perales Ocampo

ASESOR:

David Enrique Serafín Mendiola Flórez

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, David Enrique Serafín Mendiola Flórez, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe Jurídico sobre la garantía constitucional del amparo recaído en la sentencia N° 00316-2011-PA/TC Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L y otros”, de la autora Maria Stephanie Perales Ocampo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

| | |
|--|---|
| <u>Mendiola Flórez, David Enrique Serafín</u> | |
| DNI: 41875591 | Firma  |
| ORCID https://orcid.org/0000-0002-6365-9545 | |

RESUMEN

El objeto principal de este informe es relatar el proceso de la garantía constitucional de amparo interpuesta por la empresa Minera Servicios Generales S.R.L y otros contra la Presidencia del Consejo de Ministros, a través del cual se discutió la constitucionalidad de la emisión del Decreto de Urgencia N° 012-2010 y la posible vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad de trato (artículo 2.2), propiedad (artículo 70), irretroactividad de la ley (artículo 103) y libertad de empresa (artículo 59). Esta investigación se realizó mediante el método dogmático, a través de un análisis normativo, jurisprudencial y bibliográfico sobre las características e importancia de la diferenciación de los tipos legales de la pequeña minería y de los límites constitucionales al ejercicio de los derechos antes alegados. Al final del informe concluimos que el Tribunal Constitucional vulnera el derecho a la adecuada motivación, parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por mantener una exposición carente e incongruente en determinados ámbitos de la sentencia. Asimismo, se observa que el dispositivo normativo no cumplía con las exigencias constitucionales para su expedición (excepcional, necesidad, transitoriedad) en concordancia con el artículo 118.19° de la Constitución Política y el artículo 91° del Reglamento del Congreso; no obstante, tras un examen de los alegatos de las partes (demanda y demandante) se determina que no existió contravención a los derechos anteriormente mencionados.

Palabras clave

Acción de amparo, Decreto de Urgencia N°012-2010, formalización de la pequeña minería, minería informal, minería ilegal.

ABSTRACT

The main purpose of this report is to relate the constitutional guarantee filed by the mining company Servicios Generales S.R.L and others against the Presidency of the Council of Ministers, through which the constitutionality of the issuance of Emergency Decree No. 012-2010 and the possible violation of the

fundamental rights to equal treatment (article 2.2), property (article 70), non-retroactivity of the law (article 103) and freedom of enterprise (article 59) were discussed. This research was carried out by means of the dogmatic method, through a normative, jurisprudential, and bibliographic analysis on the characteristics and importance of the differentiation of the legal types of small mining and the constitutional limits to the exercise of the aforementioned rights. At the end of the report, we conclude that the Constitutional Court violated the right to adequate motivation, part of the essential content of the right to effective jurisdictional protection, by maintaining a lacking and incongruent exposition in certain areas of the sentence. Likewise, it is observed that the normative device did not comply with the constitutional requirements for its issuance (exceptional, necessary, transitory) in accordance with article 118.19° of the Political Constitution and article 91° of the Regulations of the Congress; however, after an examination of the allegations made by the plaintiff and the plaintiff, it is determined that there was no violation of the rights.

Keywords

Constitutional guarantee, Emergency Decree N°012-2010, formalization of small-scale mining, informal mining, illegal mining.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| <u>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</u> | 0 |
| <u>I. INTRODUCCIÓN</u> | 1 |
| <u>1.1. Justificación de la elección de la resolución</u> | 1 |
| <u>1.2. Presentación del caso y análisis</u> | 2 |
| <u>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</u> | 4 |
| <u>2.1. Antecedentes</u> | 4 |
| <u>2.2. Hechos relevantes del caso</u> | 5 |
| <u>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</u> .. | 14 |
| <u>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A</u> | 15 |
| <u>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</u> | 16 |
| <u>VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES</u> | 50 |
| <u>BIBLIOGRAFÍA</u> | 52 |
| <u>ANEXOS</u> | 56 |

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

| | |
|--|---|
| N° EXPEDIENTE | EXP. N.º 00316-2011-PA/TC Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L y otros |
| ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO | Derecho minero, derecho administrativo, derecho constitucional |
| IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES | 0082-2010-0-2701-JM-CI-01 RESOLUCIÓN 10 Y 17 /00316- 2011-PA TC |
| DEMANDANTE/DENUNCIANTE | Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L, Luis Alberto Bocangel Ramírez, Enrique Martín Ramírez Márquez, Importaciones & Exportaciones Perú Sur E.I.R.L, Minería Diego S.R.L, Minera Daiana E.I.R.L, Empresa Minera y de Servicios Suwit S.A.C, Armando Abrahan Ccori Laurente, Samuel Bocangel Ramírez, Gloria Oroz Ccanto, Cinthia Elke Pinero Cappelletti y Asociación de Mineros de dragado de Río de Madre de Dios y afluentes |
| DEMANDADO/DENUNCIADO | Presidencia del Consejo Ministros |
| INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL | Tribunal Constitucional |
| TERCEROS | - |
| OTROS | - |

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

Por medio de este expediente se podrá analizar el ordenamiento normativo referente al proceso de formalización de la actividad de los pequeños productores mineros. Este caso fue escogido con la finalidad examinar el verdadero incentivo que brinda el Estado frente a la inversión de las empresas y personas naturales referentes a la actividad extractiva, bajo un análisis del Decreto de Urgencia 012-2010 (en adelante DU 012) y la regulación sobre la materia y análogos (administrativo, penal, ambiental). Asimismo, se debe señalar que tras el desarrollo conceptual se podrá determinar los parámetros de la diferenciación de los tipos de minería que confluyen en la región de Madre de Dios, así como si se ha vulnerado determinados derechos constitucionales.

Adicionalmente, es necesario indicar la problemática de la región de Madre de Dios no solo en referencia al nivel de informalidad/ilegalidad en el ámbito de la minería, sino de los problemas conexos que trae consigo y que el Estado, a través de diversas entidades, debe tomar en cuenta para analizar una política integral de interdicción para mejorar la vida en sociedad. Por lo cual, aun cuando desde el punto de vista jurídico se analizarán las disposiciones normativas emitidas tanto por entidades a nivel nacional como regional, también se deberá tener en cuenta información oficial referente a las ramas de sociología, política, entre otros para comprender la magnitud del problema. Ante ello, es importante mencionar que en el paso por esta prestigiosa universidad se lleva consigo cursos extrajurídicos de diversa índole desde los primeros ciclos, los cuales forman parte de la justificación para lograr un análisis a mayor detalle de los diversos puntos en conflicto sobre esta materia.

Por último, es menester indicar que la minera informal es un problema actual, el cual incluso con las propuestas normativas de diversos gobiernos, no llega a una solución final que abarque por lo menos el 70% de la erradicación y la promoción de propuestas para un incentivo mayor al cumplimiento del ordenamiento normativo. Ante ello, las razones para la elección de este expediente deviene en el estímulo para lograr que no solo el sector jurídico se informe sobre la situación trágica de uno de los puntos de nuestro país que atrae el turismo, sino para que la población en general entienda la problemática explorada desde los diversos puntos de vista, así como la responsabilidad del Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales por la falta de descentralización de recursos tanto económicos, humanos y normativos para focalizar las causas del problema de un desarrollo sostenible minero.

No obstante, se debe señalar que por este documento solo se tendrá una visión aproximada de la problemática y la solución presentada por el Gobierno Regional y Nacional para enfrentar, pero no una solución detallada del problema ya que tal escapa de los parámetros de la revisión de lo expuesto por la judicatura en la sentencia. Por lo cual, se desarrollarán puntos de vista de la doctrina especializada para determinar cuáles fueron los antecedentes que dieron origen a la norma materia de conflicto y a las dificultades del proceso de formalización.

1.2. Presentación del caso y análisis

El presente caso abarca la problemática de la promulgación del DU N° 012 mediante el cual el Gobierno Nacional de turno intentó establecer una política para que el sistema minero se encuentre conforme a las exigencias ambientales regulatorias. Por ello, entre las principales disposiciones normativas se encuentra la exigencia de contar con la certificación ambiental como requisito para los titulares mineros en la región de Madre de Dios reinicien la actividad extractiva.

Por un lado, tras un análisis se observa que la parte demandante (compuesta tanto por personas naturales como personas jurídicas) han indicado que el decreto de Urgencia no cuenta con los requerimientos determinados en pronunciamientos por el Tribunal Constitucional para su promulgación (extraordinaria, imprevisible, transitoria, grave riesgo al interés nacional, relacionado a temas económico o financieros), así como la existencia de la lesión de parte de la normativa de los derechos a la igualdad de trato, libertad de empresa, principio de irretroactividad de la ley y propiedad de los demandantes. Por otro lado, se observa que la parte demandada ha negado la inconstitucionalidad de la norma y el quebrantamiento del ejercicio de los derechos fundamentales alegados.

Ante ello, se debe indicar que en todas las instancias de iter procesal se declaró infundada la pretensión de inaplicación de la norma materia de litis por fundamentos tanto correctos, así como algunos inaceptables por la carencia y vulneración de una motivación razonable, lógica y coherente. Por lo tanto, el contenido se desarrollará bajo la utilización de instrumentos normativos, la interpretación constitucional y los alcances delimitados que ha brindado la judicatura; los datos estadísticos de la situación minera regional; y doctrina especializada sobre la materia. Por último, se brindará nuestra posición sobre cada uno de los argumentos expuestos sobre los derechos pretendidos, así como la importancia de la existencia de una mayor observación y fundamentación por los funcionarios que son parte del momento decisivo de conflictos tan importantes.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

Importancia de la actividad minera en el Perú

El Perú es uno de los mayores países extractivistas mineros de la región; pero la mayoría de los agentes no se encuentra en cumplimiento de los lineamientos normativos sobre la materia ambiental en el interior del país. En ese sentido, en la época en la que se presentó el recurso de agravio constitucional la actividad de minera aurífera se realizaba bajo la obtención del título de concesión minera, sin el cumplimiento de la tramitación y obtención de los demás títulos habilitantes para que se desarrolle el proyecto minero, problema que fue acrecentado por la baja fiscalización de las entidades competentes. Ante el cual, se tiene grandes impactos en material ambiental, social, económico, y en seguridad.

En ese sentido, el Informe preparado por el Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana IIAPA y el Ministerio del Ambiente ha señalado que “varios estudios realizados por organizaciones como la Autoridad Nacional del Agua (ANA) en varias cuencas de Madre de Dios muestra altos niveles de contaminación por metales pesados, incluyendo mercurio, arsénico, plomo, cadmio y níquel” (2011:40). En cuanto a ello, es menester indicar que cualquier actividad ejercida tiene un impacto en el ambiente, en especial importancia la actividad minera; no obstante, el ordenamiento normativo nacional e internacional señala los límites mediante el cual deja de ser permisible y adquiere la naturaleza de contaminante. Ante tal controversia, resulta de suma importancia los Estudios de Impacto Ambiental, los cuáles indican las medidas correctivas a tomar por la empresa para evitar un daño permanente al entorno, así como los procedimientos que se iniciarán en cada etapa y en la finalización del proyecto.

2.2. Hechos relevantes del caso

5/03/2010 Se presentó la demanda de amparo constitucional por la Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L y otros contra el Presidente del Consejo de Ministros ante el Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Madre de Dios.

Pretensión: Prohibición de la aplicación del DU N°012 ya que la medida no cumple con la prueba de proporcionalidad, afectación al derecho a la igualdad de trato, propiedad, libertad de empresa y del principio de irretroactividad de la ley.

Fundamentos:

- El DU N°012 es una norma de eficacia inmediata que habilita la interposición de un proceso de amparo constitucional y tal no cumple con el test de proporcionalidad descrito por el Tribunal Constitucional.
- El DU N° 012 no cumple con los requisitos exigidos para su promulgación por el órgano máximo resolutor de conflictos constitucionales, de acuerdo con lo señalado por la normativa y por los pronunciamientos judiciales.
- El DU N°012 vulnera el principio constitucional de irretroactividad de la ley al desconocer los derechos adquiridos por los demandantes en los títulos habilitantes obtenidos y al exigir certificaciones adicionales para el proceso extractivo.
- El DU N°012 transgrede el derecho de igualdad de trato, en base a que no diferencia la situación de la minería formal de los demandantes por razones objetivas y razonables frente a la tipología informal/ilegal.

- EL DU N° 012 vulnera el derecho a la propiedad al estipular el decomiso de las dragas sin considerar el principio de proporcionalidad.
- El DU N° 012 lesiona el derecho a la libertad de empresa en tanto que restringe la actividad empresarial minera aurífera formal en la dimensión de acceso al mercado.
- El DU N° 012 invade competencias regulatorias que la Constitución ha reservado única y exclusivamente, de acuerdo con el artículo 66, para el Poder Legislativo.

21/04/2010 Frente a ello, se tuvo el apersonamiento y contestación de la demanda y delegación de representación del Procurador Público AD-HOC

Pretensión: Negación y contradicción de la pretensión de la parte demandante ya que el DU N°012 no infringe derechos constitucionales, sino que permite el desarrollo sostenible que propicien mayor percepción tributaria para la hacienda pública y mitigar el impacto negativo en el ecosistema.

Fundamentos:

a. Fundamentos de hecho:

- La minería aurífera en la región ha provocado graves efectos en el derecho a la salud, problemática por la trasgresión de derechos laborales, prostitución y elusión tributaria.

b. Fundamentos de derecho:

- Solo el artículo 7 del DU N°012 es una norma autoaplicativa que cumple con los requisitos (norma operativa y causar agravio

directo a los derechos) señalado por el Tribunal Constitucional para interponer un recurso de amparo.

- El DU N°012 no infringe el derecho de irretroactividad de la ley ya que nuestro sistema realiza la aplicación de las normas a las situaciones nuevas y en proceso.
- El DU N° 012 no vulnera el derecho a la igualdad ya que ninguno de los demandantes tiene los títulos habilitantes para ser considerados mineros formales por la falta de los parámetros exigidos por el desarrollo normativo.
- El DU N°012 no transgrede el derecho a la propiedad ya que ningún derecho es absoluto y al estipular la prohibición del uso de las dragas solo se limita el ejercicio de uso y disfrute en función del bien común.
- El DU N° 012 no afecta el derecho a la libertad de empresa dado que los demandantes al no cumplir con los requisitos legales no pueden considerar el ejercicio de un derecho de forma absoluta.
- El DU N°012 cumple con los requisitos exigidos para su promulgación (excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad, ámbito financiero) por la normativa vigente.

10/08/2010 Resolución N°10 del Expediente 0082-2010-0- 2701-JM-CI-01 Sentencia que declara infundada la demanda del proceso constitucional de la acción de amparo.

Fundamentos:

- No se ha vulnerado el principio constitucional de irretroactividad en vista que el sistema normativo peruano acoge la tesis de los hechos cumplidos. Así, aun cuando parte de los demandantes

han presentado los títulos habilitantes en materia ambiental y estos se encontraban en trámite antes de la publicación del DU N°012, no se puede concluir que dicha solicitud debe ser aprobada automáticamente.

- No se lesionó el derecho a la igualdad de trato, ya que los demandantes aun cuando alegan ser “mineros formales” y exigen un trato desigual frente a los “mineros informales”, tal condición no se puede calificar en este tipo de procesos constitucionales.
- No se trasgredió el derecho a la propiedad al disponerse el decomiso de herramientas altamente contaminantes como las dragas y otros análogas, en la medida que el DU N° 012 fue emitido por el Poder Ejecutivo sin cumplir con las facultades señaladas en la Constitución (art 118.19).
- No se ha quebrantado el derecho a la libertad de empresa habida cuenta que este derecho no puede ejercerse de forma absoluta e irrestricta, y el DU N° 012 no contiene medidas que atenten contra la razonabilidad ya que establece condiciones y exigencias que se deben cumplir para su ejercicio de la actividad minera aurífera.

02/09/2010 Apelación contra la Resolución N° 10 del Expediente 0082-2010-0-2701-JM-CI-01

Pretensión: Revocación de la sentencia emitida por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Madre de Dios y la inaplicación del DU N°012 ya que la medida no cumple con el test de proporcionalidad y lesiona el derecho a la igualdad de trato, propiedad, libertad de empresa y el principio de irretroactividad de la ley,

Fundamentos:

- El DU N° 012 es una norma de eficacia inmediata que habilita la interposición de un proceso de amparo constitucional y tal no cumple con el test de proporcionalidad descrito por el Tribunal Constitucional.
- El DU N° 012 no cumple con los requisitos exigidos para su promulgación por el órgano máximo resolutor de conflictos constitucionales, de acuerdo con lo señalado por la normativa y por los pronunciamientos judiciales.
- El DU N°012 vulnera el principio constitucional de irretroactividad de la ley al desconocer los derechos adquiridos por los demandantes en los títulos habilitantes obtenidos y al exigir certificaciones adicionales para el proceso extractivo.
- El DU N° 012 transgrede el derecho de igualdad de trato, en base a que no diferencia la situación de la minería formal de los demandantes por razones objetivas y razonables frente a la tipología informal/ilegal.
- EL DU N°012 vulnera el derecho a la propiedad al estipular el decomiso de las dragas sin considerar el principio de proporcionalidad.
- El DU N° 012 lesiona el derecho a la libertad de empresa en tanto que restringe la actividad empresarial minera aurífera formal en la dimensión de acceso al mercado.
- El DU N°012 invade competencias regulatorias que la Constitución ha reservado única y exclusivamente, de acuerdo con el artículo 66, para el Poder Legislativo.

19/11/2010 Resolución N°17 del Expediente 0082-2010-0- 2701- JM-CI-01 Sentencia mediante el cual se declara infundado el proceso de acción de amparo.

Fundamentos:

- La acción de amparo protege derechos constitucionales fundamentales, pero es un proceso excepcional no procediendo su tramitación cuando existen vías procedimentales específicas “igualmente satisfactorias”.
- El DU N°012 es una norma autoaplicativa por cuanto está referida al establecimiento del mecanismo de formalización del ordenamiento minero en el Departamento de Madre de Dios, ya que tiene una eficacia inmediata por no requerir la realización de acto o reglamentación posterior.
- No se ha vulnerado el principio de irretroactividad de la ley ya que nuestro sistema normativo acoge la tesis de los hechos cumplidos. De ello, no se puede señalar que se ha adquirido un derecho por el hecho de haber iniciado con anterioridad un trámite sin el requisito para una autorización posterior con la cual no contaban, y tienen la posibilidad de adecuarse a la nueva normativa.
- No se ha vulnerado el derecho a la igualdad de trato ya que lo que busca la disposición es la formalización de la actividad minera de todos los agentes involucrados cumplan los requisitos de ley para acceder a una actividad vinculada con derechos ambientales.
- No se ha vulnerado el derecho a la propiedad, al no ser un derecho absoluto, ya que la prohibición de uso de dragas y el posterior decomiso en la actividad minera aurífera se dará en

caso de incumplimiento o inobservancia de la norma, al responder a un estudio respecto a la problemática existente.

- No se vulnera el derecho a la libertad de empresa ya que la norma exige el cumplimiento de requisito para el desarrollo de la actividad minera dada su propia naturaleza y desterrar la informalidad.

15/12/2010 Recurso de Agravio Constitucional por Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L y otros contra la Resolución N°17 del Expediente 0082-2010-0-2701-JM-CI-01

Pretensión: Se interpone recurso de agravio constitucional con el fin de revocar la sentencia de vista, por lo cual, la se declaré la inaplicación del Decreto de Urgencia N°012 ya que la medida no cumple con el test de proporcionalidad, afectación al derecho a la igualdad de trato y del principio de irretroactividad de la ley, derecho de propiedad, derecho a la libertad de empresa.

Fundamentos:

- El DU N°012 es una norma de eficacia inmediata que habilita la interposición de un proceso de amparo constitucional y tal no cumple con el test de proporcionalidad descrito por el Tribunal Constitucional.
- El DU N°012 no cumple con los requisitos exigidos para su promulgación por el órgano máximo resolutor de conflictos constitucionales, de acuerdo con lo señalado por la normativa y por los pronunciamientos judiciales.
- El DU N°012 vulnera el principio constitucional de irretroactividad de la ley al desconocer los derechos adquiridos

por los demandantes en los títulos habilitantes obtenidos y al exigir certificaciones adicionales para el proceso extractivo.

- El DU N°012 transgrede el derecho de igualdad de trato, en base a que no diferencia la situación de la minería formal de los demandantes por razones objetivas y razonables frente a la tipología informal/ilegal.
- El DU N°012 vulnera el derecho a la propiedad al estipular el decomiso de las dragas sin considerar el principio de proporcionalidad.
- El DU N°012 lesiona el derecho a la libertad de empresa en tanto que restringe la actividad empresarial minera aurífera formal en la dimensión de acceso al mercado.
- El DU N°012 invade competencias regulatorias que la Constitución ha reservado única y exclusivamente, de acuerdo con el artículo 66, para el Poder Legislativo.

17/07/2012 Sentencia del Tribunal Constitucional 00316-2011-PA TC que declara infundado el recurso de agravio constitucional.

Fundamentos de la Sentencia en mayoría:

- En la medida que el Decreto Legislativo N° 1100 derogó en su integridad el DU N°012, los argumentos dirigidos a cuestionar el incumplimiento del artículo 118, inciso 19 de la Constitución devienen en irrelevantes, puesto que los decretos legislativos no están sujetos a los límites establecidos para los decretos de urgencia.

- En cuanto a la tipología normativa se indicó que lo estipulado en el artículo 5 y en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º1100, son normas similares a las normas cuestionadas en el ahora derogado DU N°012 son normas autoaplicativas.
- En cuanto al derecho de propiedad, se examinó el test de proporcionalidad para determinar su vulneración. En primer lugar, la medida es idónea ya que la prohibición de uso de dragas cumple con el objetivo de evitar el impacto en el ambiente. En segundo lugar, la medida es necesaria ya que los demandantes no han acreditado la existencia de una alternativa y es excepcional limitada a una situación particular y concordancia con el objetivo de la norma. En tercer lugar, la medida es proporcional en sentido estricto ya que se trata de una restricción intensa o grave al derecho de propiedad, pero la protección del ambiente y de la salud es también elevada.
- No se ha vulnerado el principio de retroactividad no se ha acreditado que los trámites iniciados por los demandantes, bajo la vigencia del Decreto Supremo 0132002-EM, para obtener las autorizaciones correspondientes de las autoridades administrativas del sector minero hayan sido agotadas. Así, la exigencia de nuevas condiciones a los titulares de autorizaciones acorde a las necesidades de la actividad económica en juego no tiene la prohibición constitucional de hacerlo así.
- No se ha vulnerado el derecho a la libertad de empresa, ya que tal no es absoluto y puede ser limitado por la moral y las buenas costumbres, o cuando pone en riesgo la salud y seguridad de las personas.

Fundamentos de voto del Magistrado Vergara Gotelli:

- En este caso se puede analizar el fondo del recurso de agravio constitucional interpuesto por personas jurídicas, ya que se cumplen los requisitos: magnitud de la vulneración del derecho, que sea evidente o de inminente realización (urgencia), y que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.

Fundamentos de voto del Magistrado Mesía Ramírez:

- La norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido.
- Resulta irrelevante mencionar la legitimidad para obrar sobre el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, cuando la pretensión se encuentra basada en la protección de los derechos a la propiedad y libertad de empresa al no ser un amparo ambiental.
- Los argumentos expuestos por la sentencia en mayoría sobre las razones en las que el DU 012 ha decidido ordenar el sistema minero y la erradicación de la minería ilegal se basa en doctrina, pero no en datos y cifras oficiales del Estado

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Resulta constitucional la aplicación del DU N° 012-2010, el cual exige el título habilitante en materia ambiental en la minería aurífera a pequeña escala, que empezaron el proceso señalado con anterioridad a la publicación?

3.2. Problemas secundarios

¿El DU 012 contiene normas autoaplicativas o hetero aplicativas? ¿se debe analizar la inaplicación del contenido total del DU 012 o solo el artículo 7 y 8?

¿Se infringe el derecho constitucional de igualdad de trato en la aplicación del DU 012-2010 mediante el cual se exige la certificación ambiental a los titulares de concesiones mineras auríferas y aquellos que tienen petitorios mineros en trámite referentes a actividad minera a pequeña escala que iniciaron el proceso con anterioridad a la publicación de la norma?

¿Se vulnera el derecho de propiedad en la aplicación del DU N° 012-2010 que prohíbe instrumentos altamente contaminantes como las dragas y otros análogos en la actividad minera aurífera, así como el decomiso inmediato ante el incumplimiento de la normativa?

¿Se infringe el principio de irretroactividad de la ley en la aplicación del DU 012-2010 que exige el título habilitante en materia ambiental con concesiones mineras auríferas y petitorios en trámite referente a minería a pequeña escala en Madre de Dios que han iniciado el proceso de forma anterior a la publicación de la norma?

¿Se transgredió el derecho a la libertad de empresa, en la modalidad de acceso al mercado, en la aplicación del DU 012 que exige la certificación ambiental a los titulares mineros que han iniciado el proceso con anterioridad a la publicación de la norma?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Los artículos 3°, 4°, 7° y 8° del DU N°012 son disposiciones regulatorias autoaplicativas que incumple con los parámetros exigidos (extraordinaria, imprevisible, transitoria, grave riesgo al interés

nacional, relacionado a temas económico o financieros) por la normativa y pronunciamientos judiciales constitucionales. No obstante, aun cuando presenta grandes vicios de inconstitucionalidad en su emisión la normativa no ha lesionado el principio de irretroactividad de la ley, ya que el ordenamiento normativo peruano ampara la tesis de los hechos cumplidos; se ha limitado de forma constitucional el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de empresa, ya que ningún derecho es absoluto y existen razones objetivas para la prohibición del uso de las dragas e implementos mineros que no cuenten con certificación ambiental. Por último, no se ha infringido el derecho a la igualdad, en la medida que aun cuando no se ha analizado la situación de los demandantes frente a la tipificación de los pequeños productores mineros (informal, formal e ilegal) y existe una carencia de motivación en la sentencia, la normativa realizó una diferenciación razonable entre la minería formal e ilegal.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

La demanda debió declararse infundada y aplicable el DU N°012, el cual entre sus disposiciones normativas exige la certificación ambiental a los titulares mineros auríferos que han iniciado el proceso con anterioridad a la publicación de la norma, ya que no tal no cumple los criterios de formalidad exigidos por el Tribunal Constitucional (extraordinaria, imprevisible, transitoria, grave riesgo al interés nacional, relacionado a temas económico o financieros); no obstante, no existió una real o potencial vulneración contra los derecho de igualdad, libertad de empresa, propiedad e irretroactividad a la ley. Asimismo, se debe señalar que existió una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional en su vertiente de adecuada motivación en los fundamentos expuestos por el máximo intérprete constitucional.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Resulta constitucional la aplicación del DU N° 012-2010, el cual exige el título habilitante en materia ambiental en la minería aurífera a pequeña escala, que empezaron el proceso señalado con anterioridad a la publicación?

En primer lugar, considero que el problema central se basa en el análisis de la vulneración de los derechos constitucionales alegados por la parte demandante, luego de la entrada en vigencia del DU N°012. Así, con la finalidad de realizar tal examen se explicará la constitucionalidad del DU N°012 con la finalidad de que mediante este se brinde el contexto de su promulgación. En cuanto a lo referido de forma inicial, el Tribunal Constitucional argumentó en la sentencia materia de litis que no se examinaría la constitucionalidad del decreto de urgencia en la medida que la norma fue derogada por la publicación del Decreto Legislativo N°1100. Sin embargo, debido a la importancia de la materia referente a las restricciones que se ha brindado por medio de esta norma al ejercicio de la minería y a los tipos de minerías existentes, así como sus consecuencias ante la sociedad peruana, resulta necesario su examen. Así, antes de analizar si la garantía constitucional del amparo pretendida por los demandantes debió declararse fundada o infundada, debe analizarse la concordancia normativa del DU N° 012.

La Constitución Política indica que es función del Poder Ejecutivo emitir disposiciones normativas como los decretos de urgencia, que sean necesarios para la sociedad en temas económicos. En ese sentido, se observa que nuestra normativa indica a los decretos de urgencia como regulaciones de naturaleza extraordinaria y transitoria. Así, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el expediente N° 708-2005-PA/TC ha señalado que bajo una interpretación normativa congruente entre el artículo 118.19° de la Constitución Política y el artículo 91° del Reglamento del Congreso se ha dispuesto que los criterios para argumentar la publicación son la excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad (2005:5). En ese sentido, al ya quedar establecido por el máximo órgano constitucional que cualquier

Decreto de Urgencia debe cumplir determinados requisitos, será necesario analizar cada uno de los componentes de acuerdo con la situación de la minería ilegal/informal regional, antes y durante de la promulgación de la norma materia de conflicto.

Criterio de excepcionalidad

En primer lugar, se ha indicado como primer requisito la excepcionalidad en la medida de referir circunstancias extraordinarias e imprevisibles. Ello quiere decir, que el Poder Ejecutivo, así como los Ministerios que son competentes en la materia, al expedir este tipo de normas debe tener en cuenta la urgencia de la medida. En ese sentido, la decisión de una situación excepcional de los funcionarios y de las protestas sociales de la ciudadanía no puede ser discrecional; en vista que tal, debe estar basada en cifras e información oficial y objetiva que demuestre la importancia de una decisión sin mayor discusión prolongada por los representantes ciudadanos. En cuanto a ello, se debe señalar que el dictamen de la Comisión de Energía y Minas de fecha 15 de enero de 2002 sobre el Proyecto de Ley N° 836-2001 y N° 845- 2001 (luego promulgado bajo la Ley 27651 Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal) indicó lo siguiente

la situación actual de informalidad de gran parte de la minería (...) alienta la existencia del mercado negro de insumos, de comercialización de mineral y de mano de obra explotada, lo que significa para el Estado menor recaudación fiscal (...). Lograr la transparencia de la producción coherentemente acreditada y fiscalizada de acuerdo con la escala que corresponde a la pequeña minería y minería artesanal, puede hacer transparente las relaciones del mercado (...) cabe anotar que las áreas con mayor actividad de minería aurífera artesanal informal son las provincias de Tambopata y Manú en el Dpto. de Madre de Dios; (...) (Congreso de la República 2002:4)

En ese sentido, se observa que desde antes de la emisión del DU N°012 de este informe, ya se tenía conocimiento de parte del Poder Legislativo del

desarrollo fuera de control de la minería en el Departamento de Madre de Dios por parte de los pequeños productores mineros artesanales y pequeños productores mineros. Así, se debe mencionar que tal proyecto de ley fue discutido por el Ministerio de Energía y Minas, Ministerio del Ambiente, entre otros. Adicionalmente a ello, se debe señalar que este fenómeno fue impulsado por la fiebre del oro y por la falta de función fiscalizadora de las entidades pertinentes de forma permanente, por causas como la falta de recursos económico y humanos en cuanto a la falta de entereza del GORE de Madre de Dios. En ese marco, se otorgaron títulos de concesión sin respetar territorios de los otros titulares, comunidades indígenas y nativas, zonas de conservación ecológica, y no se intervino la realización de actividades extractivas sin contar con los títulos habilitantes necesarios para un desarrollo adecuado.

De hecho, históricamente nuestro país tiene una trayectoria minera antigua, con regímenes de expansionismo en los periodos en los años 1950, 1970 y 2000. En cuanto a este último, los autores César A Ipenza y Lenin Valencia señalan que desde el año “2005 que dicha actividad se torna incontrolable, [debido] (...) al incremento de los precios internacionales del oro y la construcción de la carretera Interoceánica Sur (...) vista en un contexto mundial, indica que el 20 a 25% del oro a nivel mundial es producido por la minería artesanal y pequeña minería” (2014: 179).

De lo antes señalado, se tiene información que correspondió ser pronosticada especialmente por el Gobierno Regional al ser la entidad normativa y fiscalizadora por disposición legal de la minería a baja escala; por lo cual, responsable de la diferenciación de políticas públicas que tengan en cuenta el personal laboral de esta actividad. Así, se observa que tal como señalan los autores la fiebre del oro no es un fenómeno reciente. Tras ello, al momento de examinar la excepcionalidad del DU N° 012 debemos indicar que no se observa que se haya cumplido el requisito de imprevisibilidad y extraordinario, en referencia a que la norma fue expedida desde el 2010 y desde el 2000 ya se tenía data oficial de las causas y

consecuencias de la minería aluvial en las regiones de la Amazonía peruana.

Por lo cual, en este trabajo consideramos que, aun cuando la norma persigue un fin legítimo del exterminio de la explotación mineral ilegal, tal no se debió expedir por medio de un Decreto de Urgencia sino por medio de un Decreto Legislativo o una ley. De hecho, tal como se observa ante la existencia de un tema de gran complejidad posteriormente se dictó un paquete de decretos legislativos en materia penal, ambiental, administrativa que abarcan las diferencias de los tipos minería, basados en la experiencia de la materia, opinión experta gubernamental y de las poblaciones involucradas como los pueblos indígenas.

Criterio de necesidad

En segundo lugar, se ha indicado como segundo requisito la necesidad de la medida, a causa de los inconvenientes en términos de tiempo que dura el procedimiento regular del dictado de leyes por parte del órgano parlamentario y ejecutivo provocaría una situación irreversible. En cuanto a ello, expertos han señalado la importancia del debate de las normas en el congreso, en el cual indicaron que “los proyectos previos a la aprobación de la ley requieren de una deliberación amplia al interior del Congreso, privilegiando los asuntos públicos, por encima de los privados (...) posibilitan la inclusión de todos los puntos de vista no tenidos en cuenta por los demás participantes” (Durango 2012:79).

En ese sentido, se observa que el Reglamento del Congreso dispone que la iniciativa legislativa se recibe y revisa por la Oficina de Trámite Documentario, luego del cual pasa a la Oficialía mayor, a las comisiones, Consejo Directivo, Pleno, Oficina de Relatoría y Agenda y al Poder Ejecutivo. En el transcurso del paso de todas las etapas, el tiempo en el que puede demorar no solo depende del interés público que involucre la materia, sino también de la conformación de los pasos esenciales como las comisiones y el pleno, ya que de ellos depende la agilización de muchas de las normas. Asimismo, se observa que el criterio del tiempo debe ser

analizado en conjunción con la opinión de los agentes involucrados como el Gobierno Regional, Ministerios de las materias competentes conexas a la minería, de las organizaciones sin fines de lucros, y de las comunidades nativas.

En cuanto a estos últimos, resulta de gran importancia su punto de vista ya que son las que normalmente no tiene acceso a curules en el Congreso y puestos influyentes como funcionarios en las entidades encargadas de realizar las políticas públicas, así como las menos escuchadas por los gobiernos regionales. De ello, nuestro ordenamiento normativo reconoce en el artículo 89° de la C.P.P la libertad organizacional, funcional, económica y administrativa bajo el reconocimiento de personería legal de su bienes inmuebles y muebles (1993).

En ese sentido, resulta importante ya que se ha entregado títulos habilitantes para la actividad minera en territorios de estos pueblos, sin brindar la información pertinente tal cual se ha reconocido en el derecho a la consulta previa en la normativa nacional y tratados internacionales. Con relación a ello, el autor Lenin Valencia ha señalado que

el otorgamiento de concesiones mineras a terceros dentro de los territorios de comunidades nativas, al amparo del principio de “libre denunciabilidad”, le permitía a cualquier persona tramitar un denuncia minero allí donde no hubiera concesiones mineras otorgadas. Como una parte importante de los territorios indígenas se encontraba exento de concesiones, muchos mineros aprovecharon dicha situación para solicitar concesiones mineras, con los consiguientes conflictos. (2014:70).

De lo antes señalado, se tiene que desde el año 2001 se ha determinado conflictos entre las empresas mineras y personas naturales de la pequeña minería sobre si la actividad debiese realizar o tal atenta contra derechos fundamentales de las comunidades nativas referentes a la propiedad, medio ambiente, agua, identidad cultural, entre otros. Por lo cual, es

importante que el GORE de Madre de Dios atienda el peticorio de los pueblos indígenas en respeto al ejercicio de los derechos fundamentales reconocido en la carta magna, y tengan en cuenta los conflictos socioambientales de los que forma parte.

En ese marco, se debe entender que tras el paso de los años muchas de las comunidades indígenas que se autosostenían por medio de actividades agrícolas pasaron a ser parte de productores artesanales o formar alianzas con los titulares que ya habían obtenido concesiones mineras en territorios aledaño o en sus propios territorios bajo acuerdos de entrega de beneficios por cesión de propiedad.

A este respecto, se observa que era necesario el dictado de medidas que delimiten los tipos de minería, las medidas penales y administrativas contra la minería ilegal, y el ordenamiento geográfico minero para delimitar las zonas en las cuales se puede realizar dicha actividad. No obstante, la normativa no puede ser dictada sin respetar a las entidades competentes, la discusión necesaria y los límites constitucionales. En cuanto a ello, el artículo 4 del DU N° 012 delimitó los territorios en los cuales está prohibida las

“actividades de exploración, explotación y/o beneficio (...) [en beneficio de] la conservación de los bosques primarios, de las concesiones forestales maderables y no maderables, de las concesiones para ecoturismo, de las concesiones de reforestación, de las concesiones para conservación, de las áreas naturales protegidas y sus zonas de amortiguamiento” (Poder Ejecutivo 2010). (subrayado nuestro)

Por ello, se observa con claridad la necesidad de proteger ciertos territorios bajo el cumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales que tiene el Estado frente a la sociedad peruana. Así, tal preocupación fue confirmada por medio de la quinta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N°1100 en el cual se indica las zonas en las cuales no se puede realizar actividades extractivas.

Adicionalmente, se especificó en la cuarta disposición complementaria final de la misma disposición normativa que los derechos que habían obtenido los titulares mineros a baja escala, antes de la vigencia del DU N°012 en las zonas determinadas como de excepción, se podrá realizar cuando se cumpla con

el instrumento de gestión ambiental referido en el párrafo anterior sólo será aprobado si cumple con los siguientes requisitos: métodos de extracción que no afecten el objeto del presente Decreto Legislativo, métodos para la recuperación del mercurio con el uso de retortas y otros equipos, opinión técnica del SERNANP en caso de derechos mineros en áreas naturales Protegidas o sus zonas de amortiguamiento, se deberá contar con la opinión técnica favorable de SERNANP, entre otros (Poder Ejecutivo 2012).

En consecuencia, se observa que el tema del obstáculo del tiempo en la expedición de leyes no se cumple en la medida que no solo el problema data del año 2000, sino que también se tiene que para la promulgación de leyes sobre este tipo de actividad se debe contar con la opinión de varios agentes involucrados (entre ellos los más destacados los dirigentes mineros, las autoridades de las comunidades nativas e indígenas, propietarios de otros títulos habilitantes en la región como de ecoturismo, forestales, etc). Ante ello, bajo una mirada histórica luego del dictado de ese decreto de Urgencia, y bajo la asunción de un nuevo gobierno, se tiene como resultado el dictado de medidas necesarias para afrontar esta problemática por parte de normativa que sí cumpla con los requisitos que exige la Constitución.

Criterio de transitoriedad

El tercer requisito que señala el Tribunal Constitucional para que un decreto de urgencia cumpla con lo que manda nuestro ordenamiento normativo es la transitoriedad de la norma, de acuerdo con la sentencia antes señalada. En cuanto a ello, ha indicado que la norma debe ser

dictada con la finalidad de que permanezca en vigencia en nuestro ordenamiento por un tiempo corto y adecuado para superar la urgencia por la que fue propuesto. En este caso, la finalidad del DU N°012 lo que buscaba era “la suspensión de petitorios mineros, establecimiento de zonas de exclusión minera, prohibición del uso de maquinaria como dragas y efectos similares, (...) recuperación de las zonas que fueron degradadas por el la minería aurífera o ilegal” (Poder Ejecutivo 2010).

A este respecto, los demandantes sostenían que tal regulación normativa iba en contra del ejercicio de bienes constitucionales al establecer zonas de excepción de actividades mineras y la interdicción de un determinado tipo de maquinaria. A nivel regional, la actividad de la pequeña minería ocupó por un largo tiempo territorios tanto de comunidades indígenas nativas y campesinas (tal cual como fue explicado en el punto anterior), pero no solo ellos sino también territorios que el Estado tenía el deber de conservar.

Es así que, autores como Héctor Juárez indican que desde los años noventa ha existido una explotación extrema de la minería en diversas partes de esta región, pero de todos ellos “el 99% de mineros son ilegales se ve reflejada en la cantidad de concesiones mineras que cuenta con el permiso estatal para trabajar en condiciones de respeto al entorno natural, es así que de los 1,546 derechos mineros vigentes en Madre de Dios al 2010, sólo 16 contaban con las licencias ambientales establecidas por ley” (2014:35).

En ese sentido, se observa que no es posible señalar que una medida mediante la cual se involucre la organización de la actividad minera en una región que tiene un número elevado de derechos mineros vigentes, sin contar con las otras autorizaciones para que se desarrolle el derecho de explotación y exploración minera concordante con el medio ambiente, deba ser transitoria. En realidad, debe suceder todo lo contrario ya que tal situación debe ser materia de fiscalización e interdicción dirigida por los

gobiernos regionales de acuerdo con el artículo 59° de la Ley N°27867 en correlación a los planes nacionales y sectoriales (2002).

Por lo cual, se debería convocar una nueva mesa de diálogo para la consecución de una política nacional con nuevos objetivos y que tenga en cuenta las características y detalles de la actividad minera de cada una de las regiones, la formación de nuevos canales de comunicación y derivación de información entre las entidades nacionales y regionales, la delineación de un procedimiento eficaz y adecuado para la formalización, la adecuación del ordenamiento geográfico a las zonas permitidas y la erradicación de la minería ilegal. Por ello, es importante que exista una real diferenciación de los tipos de minería de parte de las autoridades, así mismo con una fiscalización adecuada para que tales proyectos sean realizados de acuerdo con nuestro ordenamiento. En consecuencia, de todo lo antes señalado se tiene que el DU N°012 no cumple con el parámetro desarrollado en este subcapítulo.

Criterio de generalidad

El cuarto criterio señalado por nuestro máximo intérprete refiere a que una norma de emergencia debe ser dictada bajo la finalidad de la persecución del interés nacional. En cuanto a este último punto, se entiende que cualquier norma o política debe ser dictada con la finalidad de que siga los valores predeterminados y consensuados por nuestra sociedad, los cuales se verán confirmados con la conexión que tenga el ordenamiento normativo sobre un tema en especial.

En este caso, se entiende que la minería es uno de los puntos que mayor ingreso fiscal tiene para el patrimonio de la economía peruana, ya sea por los ingresos tributarios, los cuales se ven reflejados reflejado incluso a nivel regional por el pago de regalías de las empresas brindan para el progreso de las localidades en los cuales funciona el proyecto. Empero, tal situación no es parte de la pequeña minería ya que en este sector solo existe el pago por el derecho de concesión, derecho de vigencia,

penalidad ante el incumplimiento del nivel mínimo de producción y por los tributos que se debe pagar en el caso de que se cuente con las licencias para la actividad de exploración, explotación, beneficio y comercialización.

En este aspecto, esta norma buscaba la ordenación minera con la finalidad de analizar, focalizar y tomar medidas necesarias para eliminar la evasión tributaria de la recaudación fiscal. Por ende, en este punto en específico se observa que esta norma cumple con el requisito de generalidad, en virtud que los beneficios alcanzan a toda la sociedad. Por añadidura, se debe mencionar que entre otros de los fines que se cumple se encuentra la lucha por el cumplimiento de la normativa ambiental, que grandes complicaciones ha conllevado a toda la población de esa región. Así, la doctrina ha indicado que “según fuentes oficiales (...) se calculaba que hasta el 2009 estas operaciones mineras en Madre de Dios han deforestado unas 18 000 hectáreas de bosque (degradado unas 150 000 ha adicionales); han contaminado con mercurio y otros metales pesados fuentes de agua, (...) poniendo en riesgo la salud de la fauna y la flora, y de la población humana” (Juárez 2014: 35).

Por ende, se buscaba el ejercicio eficaz del derecho a un medio ambiente adecuado, de acuerdo con el artículo 2.22 de la C.P.P (el cual tendrá un mayor desarrollo en los siguientes puntos). Asimismo, se observa que tal norma fue creada para el cumplimiento de normas laborales, ambientales, tributarias, penales (debido a los problemas conexos que se desarrollan a nivel regional y en los países conexos al Perú).

Criterio de conexidad:

El último criterio para analizar es el referente a si la regulación normativa guarda relación o se ha expedido bajo la búsqueda de lograr solucionar una situación de emergencia y extraordinaria. En cuanto a ello, como se ha señalado en el análisis del criterio de excepcionalidad, la situación no era extraordinaria ni tampoco imprevisible. De hecho, la situación involucraba la existencia de un número elevado de concesiones sin contar

con las autorizaciones administrativas como licencias ambientales, licencia de agua, entre otros para que el proyecto minero no genere los impactos irreversibles en la materia de la contaminación a los recursos naturales.

Así, existe información oficial de los periodos de las fiebre del oro sucedidos desde 1950; por lo cual, se observa que es una situación que debió ser analizada por todos los agentes involucrados desde la sociedad civil hasta las autoridades competentes, al tomar en cuenta no solo nuestro ordenamiento normativo interno, sino también las obligaciones de las que es parte el Estado por firmar tratados internacionales como los derechos reconocidos a los pueblos originarios, respeto a los derechos sociales, culturales, económicos, laborales, etc.

Tras ello, se observa que la medida si cumple el criterio de conexidad en virtud de la finalidad para la que fue propuesta referente a frenar el expendio de concesiones en áreas que involucre territorios que deben ser protegidos por el Estado como las reservas nacionales, por los bosques primarios debido al alto porcentaje de degradación, la contaminación ambiental a recursos naturales primarios por el uso de los volúmenes radicales de mercurio en las fuentes de agua presentes en la región.

En ese sentido, el DU N° 012 señalaba que los propietarios de concesiones o petitorios mineros en proceso para aquellos pertenecientes de la pequeña minería que cuenten con la certificación ambiental podrán continuar con las actividades mineras. En cuanto a ello, el incumplimiento de la normativa administrativa en distintos ámbitos especialmente en ambiental se vio retratado con cifras oficiales ya que "se puede inferir que el principal esfuerzo de formalización minera en Madre de Dios llegaba en el mejor escenario a menos de 6000 mineros informales, a pesar de que ya para el 2009 se estimaba que el número de mineros informales llegaba a casi 20 mil" (Valencia 2014: 96).

En consecuencia, la normativa regulatoria sobre el ordenamiento minero aurífero si cumplió con el criterio de conexidad en relación a la situación que se travesaba ante sobre el elevado número de mineros informales e ilegales pertenecientes a las categorías de la pequeña minería, con graves consecuencias al cumplimiento de valores universales de nuestra sociedad (patrimonio fiscal ante la falta de recaudación por la evasión en el pago de tributos), falta de cumplimiento de derechos fundamentales (respeto a la propiedad y autonomía de los pueblos originarios, derecho al agua, derechos al respeto al medio ambiente, a los derechos laborales de aquellos que realizan la actividad minera) y lucha contra problemas internacionales que involucra a los países amazónicos mineros (narcotráfico, trata de personas, terrorismos, etc).

De todos los elementos examinados, se observa que el DU N° 012-2010 no cumple con los requisitos que ha determinado el máximo ente constitucional en amplia jurisprudencia como son los de excepcionalidad, necesidad y transitoriedad para que sea expedido y publicado de acuerdo con los parámetros de la Constitución. En cuanto a ello, se debe señalar que nuestro ordenamiento normativo indica que es la acción de inconstitucionalidad el proceso mediante el cual se debe impugnar normas de carácter de ley como los decretos de urgencia.

En relación con ello, a diferencia de la tal garantía, la acción de amparo no solo requiere el estudio de una norma autoaplicativa inconstitucional o del fondo de la norma con la regulación vigente, sino que es necesario que tal norma demuestre la vulneración de derechos fundamentales de la parte demandante. Por lo cual, en los siguientes puntos se analizará si la norma es autoaplicativa y, por tanto, pasible de ser analizado por un proceso de amparo y si existió una vulneración a los derechos fundamentales alegados.

¿El DU 012 contiene normas autoaplicativas o hetero aplicativas?
¿se debe analizar la inaplicación del contenido total del DU 012 o solo los artículo 3, 4, 7 y 8?

En primer lugar, para determinar si ha existido una afectación a derechos constitucionales por medio de un recurso de amparo, es necesario examinar si es posible la imposición de este recurso contra normas. Así, se ha determinado que para el ejercicio real de los derechos fundamentales deben existir medios procesales de resguardo ante cualquier vulneración. El autor Luis Roel, indica que las garantías constitucionales son mecanismos a través de los cuales se ofrece una tutela rápida, urgente y eficaz ante la vulneración de derechos constitucionales por parte de actuaciones o negligencias de funcionarios estatales o de cualquier persona con mayor premura frente a los procesos ordinarios, siendo uno de ellos la acción de amparo (2013: 169).

En ese marco, se debe señalar que el artículo 200° de la C.P.P menciona a la acción de amparo como un proceso que protege la lesión de derechos constitucionales, diferentes a los de la libertad personal y conexos, realizados por cualquier hecho u omisión de parte de una persona, a excepción de dispositivos normativos o sentencias. Así, a pesar de la negativa explícita, el máximo intérprete constitucional señaló que tal no engloba la facultad de interponer la garantía en la materia de disposiciones normativas que tengan carácter de autoaplicativas o auto ejecutivas. En referencia a ello, en el expediente recaído en la sentencia N° 4677-2004-PA/TC indicó que “cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (...), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (...)” (2005: 4).

En ese sentido, a la hora de determinar si es procedente un amparo contra normas autoaplicativas se debe distinguir en si existe una real vulneración con la sola norma o existe una amenaza cierta e inminente cuando se aplique la norma de forma posterior a una situación concreta. Asimismo, es necesario indicar que en nuestro ordenamiento rige el principio pro actione, en el sentido de que cuando un juzgado o tribunal analice si es

que debe proceder o no la demanda por cuestionamientos de si la norma es o no autoaplicativa, se debe continuar con el proceso en fin a no vulnerar el derecho al debido proceso.

A partir de ello, en el examen de este caso en aplicación del DU N° 012, se observa que no todas las disposiciones normativas son de posible afectación a los pequeños productores mineros, sino solo algunos. Por un lado, se encuentran cuatro artículos que refieren a la obligatoriedad de contar con el instrumento ambiental regional en el proceso minero: zonas en las que se puede realizar actividades mineras (artículo 3°), declaración de zonas de exclusión (artículo 4°), actividades mineras que se pueden desarrollar (artículo 7.1°), requisitos para el otorgamiento del estudio ambiental (artículo 7.2°) y la prohibición del uso de dragas o artefactos similares (artículo 8°).

Del petitorio y de los medios probatorios adjuntados, se advierte que los demandantes cuentan con el instrumento habilitante de obtención de Concesión Minera y la solicitud de inicio del proceso de la licencia ambiental, presentado con fecha anterior a la promulgación y publicación del D.U N°012. Ante lo cual, se comprueba que la norma tiene el carácter de autoaplicativa en la medida que tiene una afectación directa en la esfera del ejercicio de actividad minera de los demandantes. En referencia a ello, se observa que la norma antes descrita sólo habilitaba a realizar actividades mineras a los propietarios de concesiones que cuenten con todas las certificaciones incluido el título habilitante ambiental, situación en la que no se encuentra la de la parte demandante.

Asimismo, se observa que el Estado ha excluido a determinadas zonas de la región para el inicio de la actividad extractiva, tras los cuales aquellas personas naturales o personas jurídicas expresamente no podrán iniciar un nuevo trámite de concesión para realizar la actividad. Por lo tanto, existen dos situaciones en los cuales la disposición normativa tiene afectación directa a la situación de la parte demandante: cuando el titular de una concesión no cuenta con la licencia ambiental y en el caso de que

un empresario inicie el procedimiento para la obtención de un título de concesión en una zona determinada como de exclusión.

Por otro lado, la norma materia de litis señala la exclusión de un determinado tipo de maquinaria a utilizar. Es así, que el artículo 8 de la misma norma antes señalada indicaba “prohíbase el uso de dragas y otros equipos similares en la actividad minera aurífera del departamento de Madre de Dios. El incumplimiento de la prohibición dará lugar a que la Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú - DICAPI disponga el decomiso inmediato (...) para que las conviertan en inoperativas” (Poder Ejecutivo 2010). Ante ello, se interpreta que la prohibición del uso de maquinaria altamente contaminante en la actividad extractiva por regulación legal implica una afectación directa ya que con esta habilitación a la DICAPI cualquier infracción administrativa obtendrá una consecuencia. En cuanto a ello, se observa que la actuación material de decomiso y la transformación para eliminar la cualidad de utilizable corresponde al segundo supuesto de incidencia inmediata descrita en párrafos anteriores, en vista de que el suceso tendrá la consecuencia de forma obligatoria.

En consecuencia, se observa que no todo lo estipulado en el decreto de urgencia afecta a los mineros artesanales demandantes, sino solo aquellas mediante la cual se prohíbe la realización del inicio de algunas de las actividades extractivas minerales sin contar con los permisos ambientales para la pequeña minería, así como la prohibición de maquinaria que no cumpla con los parámetros ambientales. Por lo cual, se tiene que la publicación de ciertos dispositivos normativa de la regulación materia de examen resulta de aplicación inmediata, y era posible la interposición de una garantía constitucional como el amparo.

¿Se vulnera el derecho constitucional de igualdad de trato en la aplicación del DU 012-2010 mediante el cual se exige la certificación ambiental a los titulares de concesiones mineras auríferas y aquellos que tienen petitorios mineros en trámite referentes a la pequeña

minería que iniciaron el proceso con anterioridad a la publicación de la norma?

En segundo lugar, los demandantes señalan que se ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 2.2 de la C.P.P. En mención a ello, el Tribunal Constitucional manifestó en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC LIMA que

la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (2005: 28).

En este aspecto, el cumplimiento al principio de la igualdad debe ser examinado de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos en la situación alegada en cada caso concreto. Ante ello, se pasará a examinar si ha existido una diferenciación adecuada en la disposición normativa que introduce requisitos para la actividad extractiva, de acuerdo con el régimen nacional vigente y en concordancia con los pronunciamientos antes señalados.

Para ello, antes del desarrollo normativo sobre la pequeña minería, se utilizaba el concepto formulado por el Banco Mundial. Así, esta organización multinacional señalaba que “es el tipo de minería más primaria, realizada por individuos o grupos de individuos que explotan depósitos en pequeña escala con métodos manuales o equipos muy simples” (Defensoría del Pueblo 2014:8). El primer dispositivo sobre la pequeña minería fue el Decreto Supremo N° 014-92-EM, y las leyes subsiguientes siguieron la misma línea de descripción del concepto normativo, como el artículo 21 de la Ley N° 27651, por medio del cual se establece medidas para el procedimiento de la pequeña minería, a través del cual se indica que serán categorizados pequeños productores

aquellos con “título hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras (...) y una capacidad instalada de producción y/o beneficio de 350 toneladas métricas por día (...)” (Poder Ejecutivo 1992).

En ese sentido, la normativa delimitó la categoría de pequeño productor minero en base a dos criterios: el número de hectáreas y el nivel de producción por parte de la empresa. Tal clasificación no tuvo en cuenta el tipo de herramientas que se podía utilizar, ni la diferenciación de las categorías mineras (minería informal/ilegal utilizado indistintamente y catalogado como de igual condición); lo cual, provocó la existencia de un desorden normativo y confusión conceptual.

Ante esa situación, se tiene que tanto el Decreto Legislativo N° 1100 dispositivo normativo sobre la prohibición de la minería ilegal, y el Decreto Legislativo N° 1105 que dispone el proceso de formalización de la pequeña minería (este último de forma más detallada), señalan las diferencias y requisitos de la minería formal frente a informal/ilegal. Por ello, el autor César Ipenza mediante un cuadro comparativo analiza las similitudes y diferencias de ambos tipos de minería.

| MINERÍA ILEGAL | MINERÍA INFORMAL |
|--|--|
| <p>Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica o grupo de personas organizadas a través de una o más de las siguientes condiciones:</p> <p>Usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (PPM o PMA).</p> <p>Sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades.</p> | <p>Actividad minera que es realizada a través de una o más de las siguientes condiciones:</p> <p>Usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (PPM o PMA).</p> <p>Sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Que realiza esta actividad en zonas donde está prohibido su ejercicio. Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera se considera ilegal. Esta definición sustituye la definición de minería ilegal contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo N.º 1100.</p> | <p>Que se realiza en zonas no prohibidas para la actividad minera y por persona natural o jurídica o grupo de personas organizadas para ejercerla que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en este dispositivo.</p> |
|---|---|

(2013: 31, gráfico 3)

La norma indicó que el propósito principal de la emisión fue la eliminación de actividad extractiva minera ilegal. No obstante, los magistrados en la exposición de sus argumentos no han desarrollado una de las materias principales de la sentencia referente a la trasgresión al derecho a la igualdad, sino que solo indicaron que la norma materia de litis fue derogada en su integridad por el Decreto Legislativo N° 1100, regulación normativa que contiene distintos requisitos a los decretos de urgencia. En cuanto a ello, los demandantes señalaron que son mineros formales, en la medida que han obtenido todos los títulos (excepto el certificado ambiental, el cual se encontraba en trámite antes de la publicación del DU 012-2010). Frente a ello, la parte demandada ha señalado que la naturaleza jurídica de los demandantes es de minero ilegales.

No obstante, en la sentencia no se desarrolló la posible vulneración al derecho a la igualdad. Por lo cual, considero que en este aspecto existió una carencia de motivación y, en consecuencia, se ha vulnerado uno de los aspectos centrales al derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, en torno al artículo 139.5° de la C.P.P. En cuanto a este punto, el Tribunal Constitucional ha indicado en la sentencia recaída en el expediente N° 0896-2009-PHC/TC que uno de los tipos de la lesión a la debida motivación es la inexistencia o argumentación aparente; es decir, “en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al

mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico” (2010: 7).

En referencia a ello, se tiene que hasta la expedición de DU N°012 no existía una diferenciación y, por ello, los demandantes al iniciar la actividad extractiva minera sin contar con los títulos habilitantes respectivos como el certificado ambiental, tenían la condición de mineros informales/ilegales. Antes ello, se debe señalar que el titular minero no está habilitado a la realización de la actividad extractiva, ya que tal, necesita de otros permisos y certificados requeridos por otros sectores (Tejada 2014 :296). En ese sentido, se tiene que hasta la expedición de la norma materia de conflicto, no existía una diferenciación de categorías; por ello, los demandantes al iniciar la actividad minera sin ostentar con todos los títulos habilitantes (como el certificado ambiental) tenían la condición de mineros informales/ilegales.

Sobre el particular, es importante mencionar que el ordenamiento normativo de forma paulatina ha señalado como requisito la aprobación de certificado ambiental para la minería a baja escala, indicado tanto en la ley 27651 así como en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1105, el cual señala “(...) constitúyase el Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo (...) como requisito de obligatorio cumplimiento para la obtención de la autorización de inicio de operaciones que se otorga en el marco del Proceso de Formalización establecido en la presente norma, así como en el proceso de formalización referido en el Decreto Supremo N.º 006-2012-EM” (Poder Ejecutivo 2012). Por lo tanto, desde el 2002 ha existido el requisito de la presentación del título habilitante ambiental para el inicio de la actividad extractiva, el cual fue reafirmado en dispositivos posteriores, sin el cual no se debería realizar la actividad ya que no se respeta otros derechos reconocidos por nuestra norma máxima.

La parte demandante ha sostenido que se ha infringido el derecho a la igualdad al situarlos en la misma posición que los mineros informales, ya que a la minería ilegal e informal se le ha prohibido el desarrollo de las

actividades de exploración, explotación y/o beneficio en determinadas zonas en la región de Madre de Dios. Por lo tanto, resultaba de suma importancia al analizar la vulneración del derecho tomar en cuenta la normativa vigente, la posición de la parte demandada y el contexto social cual fue promulgado el DU N°012.

En cuanto a este último punto, el Comité de Editorial de Estrategia señala que el contexto en el cual se emitió el DU N°012, existían aproximadamente 2000 títulos mineros entre los cuales solo 24 contaban con certificado de Impacto Ambiental aprobado; además, 97 % de la actividad minera era informal a inicios del año 2010 y solo 7% del terreno es apto para la actividad (2011:67). En ese sentido, se observa que las funciones de prevención, fiscalización, comunicación y sanción entre distintas entidades (Ministerios que cumplen funciones de la materia, Gobierno Regional de Madre de Dios, entre otras) no fueron realizadas.

De lo antes descrito, se observa que el máximo intérprete de la carta magna no identificó la naturaleza minera legal de los demandantes, conforme a los parámetros que ha brindado nuestro ordenamiento normativo. De hecho, en el momento de la emisión del pronunciamiento constitucional materia de examen de este informe, ya existía normativa sobre los requisitos para la naturaleza formal, informal e ilegal. Por ello, considero que el Tribunal Constitucional perdió una gran posibilidad para esclarecer ambas categorías, que ha provocado confusiones en los funcionarios del Estado encargados de la materia y por ser un tema controversial público al involucrar no solo a los titulares de las concesiones de la minería a baja escala, sino también a la sociedad civil (pobladores, comunidades indígenas, así como la conflictividad al ser un departamento aledaño a regiones de otros países mineros).

De hecho, es la Sala Penal Transitoria en la Casación N° 1446-2018 describió las diferencias entre ambas figuras y aclaró la situación de la intersección de las categorías mineras (por número de hectáreas y nivel

de producción) frente a los tipos legales (formal, informal e ilegal), motivo del cual mencionó que

“Décimo octavo. (...) Se advierte que la diferencia medular entre ambas expresiones de la minería, informal e ilegal radica en la ubicación geográfica del despliegue de actividades (prohibida/no prohibida), así como en el inicio del proceso de formalización respectivo. **Decimonoveno.** La minería ilegal es objeto de interdicción, esto es, de persecución por parte del Estado. Su práctica no se limita solo a la afectación medioambiental, sino que se vincula y sirve de sustento de otros delitos, generalmente ligados con la criminalidad organizada, entre ellos, la trata de personas, prostitución infantil, evasión tributaria y lavado de activos. Mientras la minería informal puede lograr formalizarse y revestir amparo y reconocimiento normativo; la ilegal, no. **Vigésimo.** Es pertinente precisar que tanto la informalidad como la ilegalidad convergen en las diversas modalidades de expresión de la actividad minera, llámese artesanal, pequeña, mediana y gran minería; con mayor incidencia en las dos primeras, dado su dinamismo y difícil control estatal” (Corte Suprema de Justicia de la República 2021:11).

La diferencia entre ambos conceptos resulta trascendental no solo para los trámites del ámbito administrativo, sino también para el ámbito penal ya que en nuestro ordenamiento se han tipificado como delito la realización de actividades destinadas a la minería ilegal. En ese sentido, en este caso la Sala Penal analiza un caso referente al tipo penal de minería ilegal, en el cual de forma errónea la instancia anterior señaló que cuando una persona natural es calificada como pequeño productor artesanal, esté inmediatamente se consideraba como minero informal, más no ilegal. No obstante, tal afirmación es incorrecta ya que perfectamente es posible que una persona natural pueda obtener su título de pequeño productor minero y desarrollar la actividad en zonas señaladas como de exclusión minera.

De todo ello, resultaba importante que los magistrados abarcaran el tema de minería a baja escala, compuesta por pequeños productores mineros

y mineros artesanales, en ejercicio del tipo de actividad ilegal e informal, desarrollada tanto por la norma materia de litis como por el paquete de decretos legislativos. Así, de hecho, se ha discutido por expertos y en la doctrina nacional si podían o no continuar realizando las actividades sin contar con todos los certificados que señalan las leyes, como en este caso el certificado ambiental. En cuanto a este último punto, el autor señala que al encontrarse en un proceso de promoción de la formalización desde 2002 hasta la actualidad, y por el alto nivel de crisis social, en el cual se vio involucrado entidades nacionales, la opción del Poder Ejecutivo y el Congreso fue la continuación pero sólo a aquellos determinados titulares mineros que sean parte del proceso de formalización determinado por Decreto Legislativo 1105 y en el ámbito regional del Decreto Supremo N° 006-2012-EM (Palomino 2015: 296).

En ese marco, debido al gran porcentaje de población dedicada a la minería como fuente de financiamiento económico, será necesario implementar mayores medidas de promoción y no plantear como solución la erradicación de todo tipo de minería que no cumpla con las autorizaciones administrativas y legales. Correspondiente a ello, queda establecido que por un lado se tiene a las distintas categorías de minería referentes al número de hectáreas y a la capacidad máxima instalada en el cual se puede desarrollar la concesión minera, por otro lado, se diferencia entre los tipos de minería (formal, informal e ilegal). En ese sentido, se tiene que el Estado busca a través del proceso de formalización que la gran cantidad de personas cumplan con la normativa para que tal proyecto no solo sea sostenible económicamente sino adecuado con el medio ambiente. De tras de ello, se tiene no solo la concreción en la realidad de la ambigüedad y oscuridad de dos componentes esencial en la capacidad fiscal de recursos económicos estatales, por medio de tributos.

En este caso, los demandantes por todos los medios probatorios que han adjuntados serían considerados mineros ilegales, ya que no solo cuentan con todos los títulos habilitantes para el inicio de esta actividad como el

certificado ambiental, sino que también se intentaba realizar el proyecto en una zona que era considerada como de exclusión minera. Así, al existir títulos de concesión minera otorgados de manera elevada y sin la exigencia de un nivel de control para que la actividad sea realizada cumpliendo los certificados ambientales, será necesario que se examine en qué zonas será adecuada la realización de esa actividad.

En función a ello, corresponde precisar que el artículo 66° de nuestra carta magna señala que el Gobierno mediante ley menciona el procedimiento para la adjudicación de los recursos naturales por medio del título de concesión. De acuerdo con ello, el Estado, bajo la teoría dominialista, es titular para supervisar el desarrollo que involucre los bienes nacionales, el cual, a través de sus órganos regulatorios como el Poder Ejecutivo y Legislativo, decide qué acciones son las más adecuadas para la sistematización minera.

Por último, se observa que efectivamente no se vulneró el derecho a la igualdad de los demandantes en la medida que la norma realizó una diferenciación objetiva y razonable con la finalidad de prohibir la actividad minera, a aquellos que no cumplan con los títulos habilitantes obligatorios, para proteger la conservación medio ambiente. De hecho, se confirma nuestra postura con lo señalado en la 4° disposición complementaria cuarta del Decreto Legislativo N° 1100, mediante el cual indicó que “los titulares de concesiones mineras otorgadas antes de la vigencia del Decreto de Urgencia N.º 012-2010, (...) en áreas declaradas como zonas de exclusión minera, podrán realizar actividades de exploración, explotación y/o beneficio, si previamente cuentan con instrumentos de gestión ambiental aprobados” (Poder Ejecutivo 2012).

¿Se vulnera el derecho de propiedad en la aplicación del DU N° 012-2010 que prohíbe el uso de dragas y otros equipos similares en la actividad minera aurífera del departamento de Madre de Dios, y el decomiso inmediato de las dragas para convertirlas en inoperativas ante el incumplimiento de la normativa?

En tercer lugar, los demandantes han señalado que con la aplicación del DU 012-2010 se ha violado el derecho de propiedad al no permitirse el uso de las dragas y al disponerse como medida sancionadora el decomiso de maquinaria altamente contaminante como las dragas y otros similares. Nuestra carta magna ha destacado que entre la carta de derechos se encuentra el de la propiedad, y el artículo 70° menciona que este se desarrolla en armonía del bien común y los límites legales, así como sólo puede darse la figura de la expropiación de acuerdo con los parámetros expuestos en la judicatura constitucional. Adicionalmente, los tratados a los que el Perú está obligado de respetar entre los que se encuentran Convención Americana de Derecho Humano y la Declaración Universal de Derechos Humanos señalan que solo se pueden imponer límites al ejercicio del derecho de propiedad a través del establecimiento de leyes.

En consonancia con ello, el Tribunal Constitucional ha explicado en la sentencia recaída en el expediente N° 05614-2007-AA que “cabe enfatizar las restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad deben: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (2009: 6). Por ello, se debe señalar que en este caso se ha prohibido una las facultades de la propiedad referente al uso de maquinaria altamente contaminante, y el decomiso inmediato cuando se encuentre que se está utilizando por los pequeños productores mineros por medio de un Decreto de Urgencia. En ese sentido, se debe entender que las normas antes señaladas son disposiciones normativas con rango de ley, con las cuales era posible de dictar ese tipo de medidas de delimitación del derecho de propiedad y se cumple con el parámetro de limitación dispuesta por el ordenamiento normativo.

Así, se debe tener en cuenta el contexto en el cual son utilizados estos instrumentos en la minería aurífera y su consecuencia en el medio ambiente. Ante ello, el Ministerio del Ambiente ha señalado que hasta fines del año 2010 operaban en la región 250 a 300 embarcaciones

(balsas, balsas dragas, balsas gringas, y otros equipos más livianos); instrumentos que operan succionado el oro y otros tipos de metales de las cuencas de agua sin títulos habilitantes, pero sin contar con la existencia de un certificado ambiental (2011:53). Adicionalmente a ello, al momento de analizar se debe tener en cuenta el impacto de estos mecanismos en el ecosistema y en correspondencia con la población perteneciente a esa región. De ello, se tiene que el uso de este tipo de herramientas contamina los ecosistemas (entre ellos los bosques) al utilizar el recurso del agua destruyen la biosfera de organismos acuáticos (animales, plantas, fitoplancton) alteración de los cauces de los ríos y de la cadena trófica, entre otros (2011:53).

Respecto a ello, constituye indicar que los magistrados exponen que en este caso se estaría desarrollando un amparo ambiental. Así, en su argumentación indican que tal corresponde a un tipo de garantía, que puede ser interpuesto por cualquier persona con la finalidad de la protección de un bien difuso como es el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado en Madre de Dios. Ante este tipo de procesos, el juez debe tener mayor nivel de investigación en relación con la controversia materia de conflicto.

No obstante, lo anteriormente señalado es incorrecto, en la medida que en este caso no se trata de un amparo ambiental. Ambas partes están de acuerdo es de la existencia de una afectación a tal bien difuso. No obstante, la parte demandante ha indicado que tal situación debió ser analizada por medio de una ley o una norma de carácter permanente que tenga en cuenta el punto de vista de todos los representantes de la sociedad, criterio que no corresponde a la naturaleza de los decretos de urgencia. Así, en el petitorio de la demanda se indica que el decreto de urgencia ha vulnerado otros derechos diferentes los cuales serán abarcados en los siguientes puntos.

En ese marco, ha existido una motivación incongruente por parte del raciocinio de los magistrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional

ha señalado la sentencia recaída en el expediente N° 0896-2009-PHC/TC que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa)” (2010:7).

Por lo cual, se observa que los magistrados perturbaron el proceso, al indicar y desarrollar el contenido del amparo ambiental, sin tener en cuenta que la materia central sobre el conflicto no refería a ese tema sino a la vulneración de otros derechos fundamentales. De hecho, las personas naturales y jurídicas que forman la parte demandante no señalaron a la vulneración al medio ambiente, sino de otros derechos fundamentales. Así, aunque efectivamente al abarcar el análisis del ejercicio de los bienes fundamentales lesionados se debe desarrollar el impacto en el derecho al medio ambiente, ello no confiere a la existencia de un amparo en materia ambiental. En consecuencia, no se cumplió con el criterio de motivación congruente en la medida que la discusión devino en puntos diferentes a los que involucran el contenido de los amparos ambientales.

Así, será necesario analizar la real o potencial vulneración al derecho a la propiedad. Ante ello, mediante esta norma, alegan los demandantes, se estaría prohibiendo el poder de uso de las herramientas importantes para obtener el monto de la capacidad instalada para la producción en referencia a la pequeña minería. No obstante, se debe tener en cuenta que la maquinaria prohibida es el tipo de instrumentos que se utiliza en los regímenes mayores. Así, en la pequeña minería, tal cual se ha expuesto en párrafos anteriores, es aquella actividad mediante la cual se utiliza herramientas básicas y simples. En cuanto a ello, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 013-2002-EM señala como equipos básicos “lampas, picos, combas, barretas, cinceles, carretillas, carros mineros, zarandas, quimbaletes, maritatas, tolvas, (...), y demás elementos y equipos similares, para la extracción (...) según corresponda, dentro del

límite de capacidad establecido por el Artículo 91 del TUO” (Ministerio de Energía y Minas 2002).

En ese sentido, se tiene a este tipo de actividad le refieren las herramientas más primarias con la finalidad de no exceder el monto máximo señalado por ley para la capacidad de producción. No obstante, el Ministerio del Ambiente ha señalado que aun cuando algunas personas naturales y jurídicas se califican como pequeños productores mineros, pero en la práctica al momento de realizar las operaciones utilizan finanzas altas, instrumentos de gran envergadura, alta producción y generan alta estabilidad financiera (2011: 19). Por lo cual, aun cuando no existe una prohibición explícita en otras normas para la importación de este tipo de maquinaria, se debe analizar si resulta adecuado su utilización para este tipo de minería.

El Ministerio del Ambiente ha registrado hasta el año 2009 que la minería ha contaminado con mercurio fuentes de agua y ecosistema, ha deforestado 18.000 hectáreas de bosque y cada día se utilizan en esta actividad 50 medios de transporte que contiene combustible, se utilizan 175000 de galones de gasolina, de los cuales se derrama miles de litros de aceite de los tipos de maquinaria y embarcaciones (2011: 20). Por ende, se tiene que la minería tanto informal como ilegal ha derivado de consecuencias importantes para el ecosistema de la región, así como para la población (incluidos los pueblos indígenas y comunidades nativas de las cuales se tiene un trato especial).

Por ello, se observa que, en cumplimiento de las responsabilidades emanadas por nuestra carta magna, el Estado emitió la disposición normativa, en los cuales señaló las áreas excluidas de minería aurífera y la prohibición del uso de las dragas bajo un análisis de las consecuencias y los impactos en el ecosistema. Por lo cual, se tiene que cumplimiento de la función normativa se creó herramientas para la fiscalización y control de los impactos ambientales negativos de proyectos de gran envergadura, la simplificación de los procedimientos para la obtención de

títulos habilitantes y dispositivos que permitan la participación de la sociedad en la toma de decisiones en esta materia, entre los cuales se encuentra la Ley N° 27446 del Sistema Nacional del Ambiente (Congreso de la República 2001).

Por lo tanto, estamos de acuerdo en la posición adoptada por el máximo intérprete constitucional en la sentencia materia de análisis de este informe en la medida que el derecho de propiedad no puede ejercerse de forma autoritaria, sino que tal debe realizarse en contraste a las restricciones constitucionales y legal (incluido a las normas con rango de ley). De esta manera, al examinar la situación social y medioambiental regional se observan grandes consecuencias para el ejercicio de otros derechos fundamentales entre ellos el derecho a la salud, al medio ambiente, al respeto a la propiedad de las poblaciones originarias, entre otros.

Adicionalmente, se examina que las dragas y/o artefactos similares de los cuales se pretende su prohibición no son parte de los elementos que deben ser utilizados por la pequeña minería por escapar de la identificación de su naturaleza y del concepto de instrumentos/equipos básicos. Por último, la línea normativa confirma nuestra posición plasmada en el Decreto Legislativo N° 1105, mediante el cual indica “prohíbese en ámbito de la pequeña minería y minería artesanal el uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, (...). (...)
a) Las unidades móviles o portátiles (...) con fines de extracción de oro u otros minerales. b) Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringa, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras”(Poder Ejecutivo 2012).

Por último, aun cuando nuestra posición es semejante a los dispuesto por ente resolutor constitucional, no deja de ser importante la invocación que debió señalar a una coordinación mayor entre los funcionarios que forman parte de los diversos ministerios que combaten el uso de maquinaria altamente contaminante de la minería ilegal y promueven la formalización. En la medida, en que se expidieron dos dispositivos normativos de

contenido contrario provocando la falta de claridad normativa a la ciudadanía. En cuanto a ello, se tiene que “el MEM emitió el DS 016-2011-EM en el que contravenía lo establecido por el MINAM en su RM 034-2011-MINAM, estableciendo que la prohibición del uso de dragas y similares, (...) [dispuesta en el DU N°012], no alcanzaba a los equipos similares denominados: balsa gringa, balsa castillo, carranchera y traca” (Valencia 2014:27).

Ante ello, al ser el Tribunal Constitucional el máximo organismo en materia de judicatura constitucional es competente no sólo para determinar la solución del conflicto sino para brindar recomendaciones y resaltar las falencias normativa, como parte del deber del Estado determinar políticas nacionales de protección al medio ambiente, pero tales de forma coordinada con la finalidad de que exista mayor claridad en las actividades que están proscritas en nuestro ordenamiento normativo. Asimismo, para evitar que los funcionarios estatales incurran en responsabilidad administrativa funcional, y en cumplimiento de obligaciones internacionales.

¿Se infringe el principio de irretroactividad de la ley en la aplicación del DU 012-2010 que exige la certificación ambiental a los titulares con concesiones mineras auríferas y petitorios en trámite referente a minería a pequeña escala en Madre de Dios que han iniciado el proceso con anterioridad a la entrada en vigor?

En cuarto lugar, los demandantes han indicado que se habría vulnerado el principio de irretroactividad de la ley, en la medida que el DU 012 exigía la certificación ambiental para el inicio de actividades de extracción en las zonas de exclusión minera; no obstante, ellos ya contaban con el título de concesión y con el proceso de obtención del título habilitante ambiental iniciado. En ese sentido, indican se habrían cambiado los términos normativos en el intermedio de un proceso que ya había empezado, vulnerando derechos ya adquiridos anteriormente.

Ante ello, resulta oportuno indicar que el Tribunal Constitucional ha explicado en la sentencia recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC que “para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la *teoría de los hechos cumplidos* y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes (...) (2009:73)”.

De lo antes señalado, se presenta que nuestra normativa ha denegado por medio de la interpretación constitucional la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos al momento en el caso de situaciones nuevas o en proceso materia de ejercicio de una norma. Por ello, al momento de la publicación del DU N° 012 es necesario señalar que los demandantes no contaban con el título habilitante en materia ambiental para desarrollar el proyecto minero, pero sí contaba con la admisión de los documentos que conformaban parte del petitorio para la obtención del instrumento ante la autoridad competente.

Por lo cual, no solo los empresarios venían realizando la actividad sin contar con todas las licencias ambientales, sino que por medio de la interposición del amparo pretendían seguir realizando tal actividad de forma arbitraria y sin tener en cuenta las normas a las que la sociedad está sujeta para una convivencia pacífica. En ese sentido, en cumplimiento con la teoría de los hechos cumplidos, al no contar con la aprobación de este documento no podrían reiniciar las actividades extractivas en las zonas que fueron destinadas como exclusión minera para la preservación del ecosistema y de otros títulos habilitantes como las concesiones brindadas para el ecoturismo.

De hecho, en orden constitucional se ha determinado que, por medio de la ley orgánica, es el Estado quien se encarga de indicar los parámetros de la instrumentalización de los recursos naturales. Por ello, se ha previsto que los títulos habilitantes para este tipo de bienes deben tomar en cuenta

los límites legales, el bien común y la protección de un desarrollo sostenible, de acuerdo con el artículo 8 de la ley N° 26821.

En ese sentido, no solo debe ser parte los planes nacionales la emisión de normas para combatir el nivel de ilegalidad de la actividad minera, sino fiscalizar y regular que las empresas privadas y las personas naturales del régimen de la minería aurífera realicen un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales para evitar conflictos sociales y medioambientales. No obstante, se debe señalar que la regulación debe ser adecuada a lo dispuesto en nuestra normativa, al tener en cuenta información de todas las entidades competentes y agentes participantes en esta actividad, tal cual fue reseñado en el primer punto de este informe.

En consecuencia, como parte de su actividad normativa se ha indicado que la concesión es un título minero por medio del cual se da un derecho expectatio mas no concluyente de la actividad minera. En otras palabras, la legislación indica al título de concesión minera como el segundo paso para que un privado pueda ser parte posteriormente de la actividad minera por medio de la obtención de los demás títulos habilitantes necesarios para el desarrollo sostenible de la actividad minera.

El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1105 señaló que el proceso comprende el seguimiento de seis pasos para que una persona sea considerada como parte de la actividad minera formal, entre los cuales se encuentra

1. Presentación de Declaración de Compromisos.
2. Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión, Acuerdo o Contrato de Explotación sobre la Concesión Minera.
3. Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso del Terreno Superficial.
4. Autorización de Uso de Aguas.
5. Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo.
6. Autorización para Inicio/Reinicio de Actividades de

Exploración, Explotación y/o Beneficio de Minerales (Poder Ejecutivo: 2012).

Para finalizar se debe mencionar que no se han lesionado principios constitucionales, en la medida que el sistema normativo peruano forma parte de la aplicación de la teoría de los hechos cumplido de acuerdo con el poder normativo del Estado, en este caso referente a la concesión de recursos naturales. Así, cuando se publicó el DU N°012 los demandantes no contaban con la aprobación del título habilitante en materia ambiental; por lo cual, la consecuencia jurídica sobre la prohibición de determinadas actividades mineras era aplicable desde el día siguiente de publicada la norma en las zonas de exclusión minera.

¿Se transgredió el derecho a la libertad de empresa, en la modalidad de acceso al mercado, en la aplicación del DU 012 que exige la certificación ambiental a los titulares mineros que han iniciado el proceso con anterioridad a la publicación de la norma?

En cuanto a este último derecho alegado, la carta magna ha señalado en el artículo 59° que en nuestro régimen económico se protege y promueve el derecho a la libertad de empresa especialmente a las pequeñas empresas, pero bajo restricciones derivadas en materia de salubridad, seguridad gubernamental y conductas socialmente aceptadas. Por lo cual, este caso los demandantes han indicado que se estaría vulnerando la libertad de empresa en la vertiente de derecho de acceso al mercado ya que, aun cuando los empresarios que son parte de los demandantes cuentan con los títulos habilitantes mineros, no podrán reiniciar la actividad en la medida que no cuentan con el Instrumento de Impacto Ambiental aprobado.

Para analizar si efectivamente existió una real o potencial lesión al derecho fundamental a la libertad de empresa, es necesario entender el contenido constitucionalmente protegido. Ante lo cual, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0003-2006-PI/TC que “la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para

emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado” (2006: 34).

En ese sentido, se observa que nuestro estado promueve que las empresas pequeñas formen parte del mercado con la finalidad de aumentar el número de actores y promover un mayor equilibrio entre el nivel de competencia referente al parámetro de la oferta y la demanda. En la situación de la “fiebre del oro” o del incremento de adquisición de parte del mercado nacional como del internacional del oro por el alza de los precios de los recursos minerales primarios, resulta de suma importancia que las empresas pequeñas que desarrollan actividades extractivas sean parte del mercado con la finalidad de tener mayor contribución fiscal y mejora en la calidad de vida económica de la población.

Así, es en estos periodos en los cuales los órganos normativos estatales son más proclives, por la coyuntura política pública, a identificar cuáles son las medidas necesarias para mejorar la actividad extractiva y el impacto de este en el ámbito financiero y ambiental en la sociedad. Por ende, entre las medidas que dispuso el Poder Ejecutivo se encuentra la prohibición de la actividad para aquellos titulares que no tengan los títulos habilitantes en materia ambiental en las zonas determinadas para su ejercicio.

En cuanto a ello, se debe indicar que ningún derecho se puede ejercer de forma irrestricta, sino que en virtud de los casos será importante determinar en qué situaciones es necesario realizar limitaciones para que exista un equilibrio razonable. Así, al igual que lo expuesto por el máximo ente de solución de controversias constitucionales se debe indicar que la libertad de acceso al mercado debe ser realizada de acuerdo con las exigencias que cada disposición sectorial objetiva impone, ya que cada medida forma parte de un fin constitucionalmente protegido.

No obstante, es deber mencionar que ni la parte demandante ha indicado alguna otra medida menos restrictiva del derecho fundamental a la libertad de empresa y con igual nivel de satisfacción del ejercicio a los derechos fundamentales de salud, protección a la propiedad de las comunidades

indígenas, medioambiental, etc. Por lo cual, en este punto de la sentencia estamos de acuerdo en la concisa argumentación señalada.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- Se observa que el DU N° 012-2010 no cumple con los criterios para la emisión y publicación, los cuales han sido señalados por el Tribunal Constitucional para el cumplimiento de su expendio, de acuerdo con el ordenamiento normativo.
- Se ha determinado que solo los artículos 3, 4, 7.1, 7.2 y 8 del DU N° 012-2010 corresponden a disposiciones normativas autoaplicativas, por lo cual, puede ser materia de la interposición de una garantía constitucional como el proceso de amparo.
- Se concluye que el máximo intérprete constitucional no ha analizado la materia principal de la demanda referente al petitorio sobre la posible vulneración al derecho fundamental a la igualdad de los demandantes. En cuanto a ello, se vulneró el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales al no abarcar el tema y las disposiciones normativas vigentes en ese momento emitidas por el Poder Ejecutivo sobre las diferencias entre las categorías (formal, informal e ilegal) que corresponden a la minería a pequeña escala. Por lo cual, al no analizar el fondo de la alegación referido al sí existió una diferenciación en base a razones objetivas o discriminación se desperdició la ocasión para indicar la diferenciación de los tipos de minería informal e ilegal en el caso de los pequeños productores mineros y la función pacificadora en conflictos de esta materia.
- La disposición legislativa que refiere a la prohibición del uso de maquinaria altamente contaminante como las dragas y/ otros análogos, así como el decomiso en caso del incumplimiento no infringe el ejercicio del derecho de propiedad, ya que nuestro sistema normativo contempla restricciones

constitucionales y legales del poder jurídico en favor de la protección del ejercicio de otros bienes constitucionales.

- La acción de amparo no corresponde a la tipología ambiental, en la medida que esa materia no es controvertida por ambas partes. Así, en la motivación expuesta por los magistrados se ha vulnerado el derecho a la motivación en su vertiente de parámetro de congruencia, ya que la materia principal a resolver estaba dirigida a la presunta vulneración de otros derechos fundamentales por medio de una norma que no cumple con los criterios exigidos para la emisión de un decreto de urgencia.
- No se ha transgredido el principio a la irretroactividad de la ley en la medida que el sistema normativo peruano se encuentra adecuado a la teoría de los hechos cumplidos, ante el cual con publicación del DU 012-2010 los demandantes no contaban con el título habilitante en materia ambiental; por lo cual, la consecuencia jurídica sobre la prohibición del reinicio de actividades de exploración, explotación y beneficio era aplicable desde el día siguiente de publicada la norma en las zonas de exclusión minera.
- No se lesionó el derecho a la libertad de empresa, en la vertiente de acceso al mercado, en la medida que tal no puede ejercerse de forma irrestricta, sino que en cumplimiento de los límites constitucionales y en equilibrio de otros derechos fundamentales como la salud, protección de la propiedad de los pueblos originarios, medio ambiente, entre otros. Asimismo, la parte demandante no ha indicado una medida alternativa que proteja ambos derechos de forma efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

COMITÉ EDITORIAL DE STRATEGIA

2011 “Madre de Dios. Cuando la Minería Mata”. *Strategia*, Lima, Número 22, pp.66-69. Consulta: 3 de setiembre de 2022
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/strategia/article/view/4125/4093>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1993 Constitución Política del Perú

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2001 Ley N° 27446 Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Lima, 10 de abril de 2001

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2002 Dictamen de la Comisión de Energía y Minas (15 de enero de 2002) del Proyecto de Ley N° 843. 845/ 2001/ CR.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2002 Ley N° 27651 Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal. Lima, 21 de enero de 2022

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2002 Ley N° 27867 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Lima, 16 de noviembre del 2002

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

2021 Sentencia de Casación N° 1446-2018. Sentencia: 19 de junio de 2021.

DURANGO, Gerardo

2012 “Debate y producción de leyes en el congreso colombiano. Un análisis desde la democracia deliberativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Democracia deliberativa, retos y perspectivas*. Medellín, pp.53-83.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2014 *Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú 2012-2014. Supervisión a las entidades de alcance nacional y regional. Informe N° 167.* Lima. Consulta: 3 de setiembre de 2022
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Defensorial-N-167-2.pdf>

IPENZA, Cesar

2013 Manual para entender la Pequeña Minería y la Minería Artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la Minería Ilegal. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
https://spda.org.pe/?wpfb_dl=14

IPENZA, Cesar y Lenin VALENCIA

2014 "Perú". *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Consulta: 19 de octubre de 2022
<https://repositorio.spda.org.pe/handle/20.500.12823/274>

JUAREZ, Héctor

2014 *La legitimidad del Estado cuestionada: proliferación de la minería informal aurífera aluvial. Caso: La Pampa en Madre de Dios en el periodo 2006 – 2011.* Tesis para optar el Grado de Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.

MINISTERIO DEL AMBIENTE E INSTITUTO DE INVESTIGACIONES EN LA AMAZONÍA PERUANA IIAP

2011 *Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con Mercurio. Una bomba de tiempo.* Lima.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2002 Decreto Supremo N° 013-2002-EM Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal. Lima, 19 de abril de 2002

PALOMINO, Daniel

2015 “Un proceso de formalización inconcluso y una nueva era de Planck para la industria minera. Breves apuntes sobre la necesidad de superar la figura del minero informal”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 15, pp. 287-302. Consulta: 10 de setiembre de 2022

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15182>

PODER EJECUTIVO

1992 Decreto Supremo N° 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Lima.

PODER EJECUTIVO

2010 *Decreto de Urgencia N° 012-2010 Declaran de interés nacional el ordenamiento minero de Madre de Dios*. Lima, 17 de febrero de 2010

PODER EJECUTIVO

2012 Decreto Legislativo N° 1100 que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias. Lima, 18 de febrero de 2012.

PODER EJECUTIVO

2012 Decreto Legislativo N° 1105 que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal. Lima, 18 de abril de 2012

ROEL, Luis

2013 “La crisis del amparo peruano”. *Revistas Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, volumen 43, número 118, pp. 167-214

<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3497/3196>

TEJADA, Jaime

2014 “Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la Obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería Vinculados a la Titulación de Concesiones Mineras por Exploración y Explotación”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 42, pp. 289-310. Consulta: 10 de setiembre de 2022

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12484>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente N ° 4677-2004-PA/TC. Sentencia: 7 de diciembre de 2005. Consulta: 3 de setiembre de 2022

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia: 1 de abril de 2005. Consulta: 7 de setiembre de 2022

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente N° 708-2005-PA/TC. Sentencia: 20 de abril de 2005. Consulta: 10 de setiembre de 2022

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00708-2005-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente N°0003-2006-PI/TC. Sentencia: 24 de mayo de 2010. Consulta: 24 de mayo de 2010.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 Expediente N° 05614-2007-PA/TC. Sentencia: 20 de marzo de 2009.
Consulta: 17 de setiembre de 2022.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05614-2007-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 Expediente recaído en la Sentencia N.º 00008-2008-PI/TC LIMA.
Sentencia: 22 de abril de 2009. Consulta: 18 de octubre de 2022.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 0896-2009-PHC/TC. Sentencia : 24 de mayo de 2010.
Consulta : 10 de octubre de 2022

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>

VALENCIA, Lenin

2014 *Madre de Dios: ¿Podemos evitar la Tragedia? Políticas de Ordenamiento de la Minería Aurífera*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
Consulta: 19 de octubre de 2022

<https://spda.org.pe/wpfb-file/madre-de-dios-podemos-evitar-la-tragedia-spda-pdf/>

ANEXOS

EXP. N.º 00316-2011-PA/TC
MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de julio de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli y el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 589, su fecha 19 de noviembre de 2010, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

La empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros, con fecha 5 de marzo de 2010 interponen demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros con la finalidad de que se les inaplique el Decreto de Urgencia 012-2010. Alegan que con dicha norma se les afecta sus derechos a la no retroactividad de la ley, igualdad, propiedad y libertad de empresa. Afirma asimismo que el mencionado decreto tiene las características de norma autoaplicativa, según los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 1739-2009-PA/TC.

Los recurrentes afirman que se dedican a la minería aurífera en el Departamento de Madre de Dios, contando debidamente con los títulos de concesión minera respectivos, razón por la que han iniciado el trámite de los certificados ambientales. Expresan que tales trámites se han dado antes de la entrada en vigor del decreto de urgencia cuya inaplicabilidad se busca. Argumentan que son mineros formales y que cumplen las normas ambientales, afectándose sus derechos de manera irregular con la aplicación del referido decreto.

El Procurador Público Ad Hoc de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Alega que la norma cuestionada no puede ser considerada autoaplicativa, salvo el artículo 7 y el 8 que, no obstante, no violentan ningún derecho fundamental.

El Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 10 de agosto de 2010, declara infundada la demanda, al considerar que el artículo 7 del Decreto de Urgencia 012-2010 no vulnera ninguno de los derechos alegados por los accionantes, por que si bien los demandantes acreditan contar con título de concesión, no sucede lo mismo respecto del certificado ambiental, ya que, el haber iniciado los trámites para tal certificado no significa que tal solicitud tenga que ser aprobada automáticamente. En tal sentido, al entrar en vigencia el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 rige para las situaciones en trámite no verificándose vulneración de los derechos adquiridos de los demandantes. En cuanto al artículo 8 del decreto de urgencia que dispone el decomiso de las dragas a efectos de convertirlas en inoperativas, el juez estima que tal limitación al derecho de propiedad se justifica en la necesidad pública, el interés nacional de garantizar la salud pública, el patrimonio natural, la recaudación tributaria, y el desarrollo de actividades sostenibles. Por último, sostiene que de acuerdo a la Constitución la libertad de empresa se ejerce en armonía con el orden público y las normas legales que lo regulan. Y vista la afectación a la salud y a otros bienes constitucionales provocado por el uso de la dragas, las limitaciones impuestas se encuentran justificadas.

La sala *ad quem* confirma la sentencia, por los mismo fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto declarar inaplicable el Decreto de Urgencia N.º 012-2010. En el recurso de agravio constitucional los demandantes han sintetizado los argumentos de su demanda indicando que: (i) no son mineros informales ya que cuentan con una concesión minera, (ii) el Decreto de Urgencia N.º 012-2010 no supera el test de proporcionalidad porque no cumple con los principios establecidos en el artículo 118, inciso 19 de la Constitución, (iii) en pleno trámite para acceder a las certificaciones ambientales, se les impone las medidas normativas contenidas en el artículo 7.2 del Decreto de Urgencia. Esto es, “se les cambia las reglas de juego” trastocando sus derechos adquiridos (principio de irretroactividad) ya que el artículo 7.2 estipula que la certificación ambiental solo será otorgada si es que el estudio ambiental que la sustenta contiene los requisitos que se desarrollan en tal artículo, (iv) se le vulnera su derecho a la propiedad por cuanto el literal 7.2 c) dispone el decomiso de las dragas a efectos de convertirlas en inoperativas, siendo ello desproporcionado ya que no se consagra una escala de sanciones por incumplir la prohibición del uso de dragas y el artículo 8 dispone su decomiso para convertirlas en inoperativas, y; (v) como consecuencia de todo ello, estiman que se les ha vulnerado su libertad de empresa.
2. Los demandantes han referido que las normas contenidas en el referido decreto de urgencia son de naturaleza autoaplicativa, y por lo tanto, factibles de ser cuestionadas mediante una demanda de amparo. De otro lado, en virtud del test de proporcionalidad afirma que el decreto de urgencia no es una medida idónea porque contraviene lo estipulado por la Constitución en el artículo 118º, inciso 19, ya que no se habría cumplido con regular medidas extraordinarias de naturaleza económica y financiera, ni con el criterio de excepcionalidad ni transitoriedad.

Cuestiones previas

3. Es importante indicar que el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 fue derogado por la Decimo Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100, del 18 de febrero de 2012. Si bien las partes no han presentado consideraciones al respecto, es factible que se argumente que se ha generado una sustracción de la materia. No obstante, en virtud de la finalidad de los procesos constitucionales (art. II del Código Procesal Constitucional), el principio de *iura novit curia* (art. VIII del referido Código) y la función pacificadora de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, es pertinente analizar el petitorio de los demandantes a la luz de las normas que regulan aspectos similares a los cuestionados por los demandantes, como lo son ciertas disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1100 que serán analizados en los subsiguientes fundamentos.

Derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado en Madre de Dios

4. No obstante, es importante previamente tener en cuenta el contexto dentro del cual se emitió la normativa cuestionada. El objetivo del Decreto de Urgencia 12-2010, así como el del Decreto Legislativo N.º 1100 que lo deroga, es declarar de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria, la erradicación de la minería ilegal. En tal sentido, debe tenerse en consideración aspectos de relevancia para la resolución de esta sentencia, como son los impactos provocados por dicha actividad, que van desde consecuencias negativas al ambiente, pésimas condiciones laborales y afectación en la población infantil de la zona.
5. La diversidad geográfica y biológica del territorio nacional, junto con la riqueza de recursos naturales, brinda oportunidades para su aprovechamiento en beneficio de la sociedad y la dignidad de la persona. La región de Madre de Dios, es un ejemplo palpable de ello, en donde coexiste la extracción de minerales y los hidrocarburos, el cultivo de castañas, el ecoturismo y la explotación maderera. Cada una de estas actividades económicas debe guardar una especial relación con el ambiente, debiendo desarrollar una industria sostenible y amigable con el ecosistema. Lamentablemente, determinadas razones han llevado a que se registren una serie de problemas, que afectan al ambiente y a la población de Madre de Dios.
6. En la STC 0048-2004-AI/TC, se determinó que *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y*

adecuado (art. 2.18 de la Constitución), “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido” (fund. 17). De ahí que este derecho se concretice en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*.

7. De otro lado, en la STC 03343-2007-PA (Caso *Cordillera Escalera*) el Tribunal afirmó que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. El concepto de responsabilidad social de la empresa tiene diversos ámbitos de aplicación, de un lado, el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores, así como al buen gobierno corporativo; y de otro lado, el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa, la comunidad y su entorno (fundamentos 21-25).
8. El caso de la explotación informal aurífera en la región de Madre de Dios ha traído devastadores efectos, con la amenaza de que estos se agudicen aun más. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente (MINAM), no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante a la zona de extracción de minerales. De igual modo, la actividad minera informal tiene un impacto social a tomar en consideración, como es la deserción estudiantil cerca de los campamentos mineros y la apertura de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina [ver: Brack Egg, Antonio, Alvarez, José, Sotero, Víctor. *Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con Mercurio: Una Bomba de Tiempo*. Ministerio del Ambiente, Lima, 2011].
9. Se trata pues de un problema complejo que requiere por ello de toda una política de estado a fin de poder solucionar tal situación. Estudios que pueden ser tomados como referencia indican que uno de los problemas es la falta de recursos financieros, humanos y logísticos, no solo del Gobierno Regional, sino también de entidades propias del Gobierno Nacional. Así, no solo la Dirección Regional de Energía, Minería e Hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional de Madre de Dios tendría este tipo de carencias, sino también, la Policía Ecológica y el Ministerio Público [Rivero Mejía, Ramón y Díaz Carrión, Alan. *La problemática Minera y la Experiencia del Consultorio Jurídico Gratuito de la SPDA en Madre de Dios (2010-2011)*, Lima: 2012, p. 52-60].

El amparo y derecho a un ambiente adecuado y equilibrado

10. Frente a este tipo de situaciones es factible que las personas afectadas por tales actividades interpongan demandas de amparo en las que se solicite la tutela del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. En efecto, el denominado “amparo ambiental” es el proceso constitucional mediante el cual se pretende tutelar tal derecho. Sin pretender crear una nueva categoría procesal, es de advertirse que este Tribunal ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto, tomando en cuenta la singularidad de lo discutido en este tipo de procesos.
11. Por ejemplo, usualmente las demandas de amparo ambiental son concebidas como pretensiones colectivas o difusas, puesto que “la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad” (STC 05270-2005-PA/TC, fund. 7). Ello ha significado la necesidad de adaptar la perspectiva clásica del derecho procesal -centrada en la resolución de intereses individuales- a contextos en donde la titularidad de un derecho corresponde a un conjunto indeterminado o colectivo de personas. La legislación nacional ha recogido algunos ejemplos

de ello, como es el Código Procesal Civil (art. 82) o la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente (art. 146), en donde se establece una legitimación para obrar de amplias dimensiones. El Código Procesal Constitucional, por su parte, también reconoce una legitimidad para obrar amplia (art. 40). Para describir tal situación este Tribunal ha hecho referencia a una *legitimidad colectiva* y a una *legitimidad institucional* y a la problemática que se generaría si es que el sujeto encargado del patrocinio realiza una labor deficiente o negligente (STC 05270-2005-PA/TC, fund. 11-12). Ello desde luego tendría también un impacto importante en la institución de la cosa juzgada, la que deberá ser acomodada a este tipo de conflictos.

12. De igual forma, en la RTC 02682-2005-PA/TC se determinó que en las demandas de amparo por amenaza o vulneración del derecho al ambiente adecuado y equilibrado y el derecho a la salud (siendo que ambos detentan un “especial valor material”), se exige al juez “el desarrollo intenso de las potestades de investigación a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia” (considerando 5). Por lo tanto, se concluyó en aquella resolución que para este tipo de casos el artículo 9 del CPConst debía ser interpretado a la luz de la Constitución y la finalidad de los procesos constitucionales (art. II del CPConst) requiriéndose “una acentuada actividad probatoria” sin que ello implique declarar la improcedencia por falta de idoneidad del amparo.
13. Con estos dos ejemplos, se pretende resaltar que el denominado amparo ambiental tiene ciertas características especiales, a partir de las cuales la jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado reglas procesales, adaptando el proceso de amparo a la finalidad perseguida. También se ha integrado al análisis de este tipo de casos: “a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable [que consiste en prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial]; b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 18).
14. En suma, la figura del amparo ambiental es construida a partir de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios propios del derecho ambiental. En tal sentido, la problemática sobre conflictos ambientales, debe ser analizada bajo una perspectiva que integre todas estas posturas a fin de brindar un resultado que optimice los derechos fundamentales en ponderación. Y es que no debe dejar de considerarse que los conflictos ambientales que generan una problemática singular, requiere de respuestas no solo coherentes con la naturaleza del conflicto sino con la realidad.

El Decreto Legislativo N.º 1100, que Regula la Interdicción de la Minería Ilegal en Toda la República y establece Medidas Complementarias.

15. Puesto que el Decreto Legislativo N.º 1100 derogó en su integridad el Decreto de Urgencia N.º 12-2010, los argumentos dirigidos a cuestionar el incumplimiento del artículo 118, inciso 19 de la Constitución devienen en irrelevantes, puesto que los decretos legislativos no están sujetos a los límites establecidos para los decretos de urgencia. Por consiguiente, los argumentos expuestos en este sentido por los demandantes deben ser rechazados.
16. No obstante, no ocurre lo mismo con los argumentos referidos a la afectación del principio de irretroactividad, el derecho de propiedad y la libertad de empresa. Al respecto debe tomarse en cuenta lo estipulado en el artículo 5 y en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100. Ambos artículos concretizan, en parte, normas similares a las normas cuestionadas en el ahora derogado Decreto de Urgencia N.º 012-2010. Estas normas son, como sucedía con las normas del decreto de urgencia derogado, normas autoaplicativas, por lo que procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de ellas.

Prohibición de las dragas y derecho de propiedad

17. Es de recordarse que el artículo 8 del decreto de urgencia derogado establecía la prohibición del uso de dragas, así como el decomiso inmediato de las dragas para que sean convertidas en inoperativas. Por su parte, el artículo 5 del decreto legislativo referido, prohíbe el uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales, en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal. Tales artefactos son definidos por el artículo 5.1 a) como aquellas “unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.” De igual modo, el artículo 7.2 del decreto legislativo establece como acciones de interdicción la destrucción o demolición de bienes, maquinaria o equipos citados en el artículo 5, siempre que por sus características no sea viable su decomiso.
18. El derecho de propiedad esta previsto en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución el cual debe ser interpretado en concordancia con el artículo 70 de la Constitución que establece que se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Sin embargo, a juicio de este Colegiado, la propiedad de los accionantes tiene que ser limitada en vista del impacto negativo que la utilización de las dragas ocasiona en el ambiente. Así, al mismo tiempo que los artículos precitados, debe considerarse también el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado previsto en el artículo 2, inciso 22), de la Constitución.
19. A fin de determinar si es que las restricciones establecidas por la norma son razonables, y por ende constitucionales, es ya usual en la práctica jurisprudencial de este Tribunal aplicar el test de proporcionalidad. Como ya es conocido este test está conformado por tres sub-criterios. El primero es el de *idoneidad*, que establece que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. En cuanto al subcriterio de *necesidad*, impone adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita; como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfará este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado. Por último, en lo que se refiere al subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” [STC 2235-2004-AA, fundamento 6].
20. Analizado lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1100 es de inferirse que la medida adoptada es idónea. Y es que la prohibición del uso de dragas cumple con el objetivo de evitar el impacto que su utilización produce en el ambiente. Las dragas ocasionan graves impactos de corto y largo plazo al ecosistema, puesto que al remover ingentes cantidades de sedimentos de los ríos se genera contaminación, alteración del cauce de los ríos, impactos biológicos, destrucción de los hábitats acuáticos, alteración de ecosistemas inundables y destrucción de la vegetación ribereña [ver: Brack Egg, Antonio, Alvarez, José, Sotero, Víctor. *Minería Aurífera en Madre de Dios y Contaminación con Mercurio: Una Bomba de Tiempo*. Ministerio del Ambiente, Lima, 2011]. Por lo tanto su prohibición no solo persigue un fin legítimo sino que también queda demostrado el nexo entre su prohibición y el fin legítimo perseguido.
21. La medida también resulta necesaria. En primer lugar cabe recalcar que los demandantes no han planteado una medida alternativa. Y en segundo lugar, los efectos producidos por las dragas son de tal magnitud que no es factible insistir con ese tipo de tecnología que causa daños desproporcionados. Además, es relevante precisar que la facultad de demoler o destruir tales tipos de unidades se realiza solo cuando no puede procederse al decomiso. Así, ésta es solo una medida excepcional, limitada a una situación particular y cuyo objeto guarda concordancia con el objetivo de la norma.
22. Por último, sobre el subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, debe tenerse en consideración la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y el derecho a la salud de las poblaciones aledañas, ya que, como se ha advertido, el objetivo de la norma es evitar el impacto negativo de las

dragas en el ecosistema. En este caso, el Poder Ejecutivo ha determinado que debido al impacto generado en el ambiente por el uso de las dragas, su utilización debe ser fuertemente restringida, en tal sentido, si bien se trata de una restricción intensa o *grave* al derecho de propiedad, la protección del ambiente, y de la salud de la población aledaña a los lugares en donde se realiza este tipo de actividad es también elevada. Ello no solo por los daños presentes sino también por el peligro de afectar el ecosistema irremediablemente, ante ello, se opta por evitar la utilización de tal método de extracción de minerales. Debe considerarse además, que el impacto por la utilización de las dragas no solo afectaría a las poblaciones actuales, sino que eventualmente afectaría a las generaciones futuras. Así, la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición.

23. Estando a lo expuesto, se aprecia que al desarrollarse el subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto se determina un empate en la ponderación. Frente a esta situación este Tribunal considera que en virtud del principio *in dubio pro legislatore* (en este caso el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso) y tomando en cuenta la delegación que existe por parte del legislador para normar aspectos relativos a la propiedad en su dimensión del derecho de empresa, es que la medida legislativa debe ser declarada constitucional en este extremo. En efecto, en este caso el principio democrático y la materia sobre la cual se regula termina por decantar los fundamentos de este Colegiado en la presente causa a favor de la normativa cuestionada. Por consiguiente, en lo que respecta a los artículos 5 y 7.2 del Decreto Legislativo N.º 1100, es de apreciarse que la norma, en este extremo supera el test de proporcionalidad, quedando demostrada su constitucionalidad.

Sobre los derechos adquiridos

24. Respecto a la alegada vulneración de sus derechos adquiridos y la violación del principio de no retroactividad, la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1100, transcribe casi en su integridad el artículo 7 del Decreto de Urgencia N.º 12-2010. En tal sentido, la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1100 dispone:

[...] “El instrumento de gestión ambiental referido en el párrafo anterior, sólo será aprobado si cumple con los siguientes requisitos:

- a) Métodos de extracción que no afecten el objeto del presente Decreto Legislativo.
- b) Métodos para la recuperación del mercurio con el uso de retortas y otros equipos.
- c) No establezca el uso de los artefactos prohibidos en el artículo 5 numeral 5.1.
- d) En el caso que el derecho minero se superponga a concesiones forestales maderables y no maderables; concesiones para ecoturismo; concesiones de reforestación y concesiones para conservación, se deberá contar con la opinión técnica favorable de la Autoridad Nacional competente, con la finalidad de evitar la degradación de los recursos naturales diferentes al mineral, así como la afectación a la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y la biodiversidad.
- e) En el caso que el derecho minero se superponga a Áreas Naturales Protegidas o sus zonas de amortiguamiento, se deberá contar con la opinión técnica favorable de SERNANP.

La aprobación del instrumento de gestión ambiental sin los requisitos antes mencionados conlleva a la responsabilidad administrativa del funcionario que lo aprobó.” [...]

25. La Constitución establece en su artículo 103, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N.º 28389, que: [...] “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.” Invocando ello, los demandantes alegan que iniciaron su trámite bajo las reglas establecidas por el Decreto Supremo N.º 013-2002-EM a fin de realizar actividad de pequeña minería y minería artesanal. Sin embargo, cuando aun los demandantes tramitaban la aprobación de la certificación ambiental, el Decreto de Urgencia N.º 12-2010 modificó los términos de referencia establecidos. Si bien en el Decreto Legislativo N.º 1100 no se menciona el término “certificación ambiental”, sí se hace referencia al “instrumento de gestión ambiental” comprendiéndose que ambos

términos encierran la misma noción o significado. Por consiguiente, la situación de los demandantes en este punto sería la misma bajo la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1100, puesto que se les estaría imponiendo las mismas obligaciones jurídicas.

26. A partir de la reforma constitucional del artículo 103 de la Constitución, validada por este Colegiado en la STC 0050-2004-AI/TC, y en posteriores pronunciamientos, se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos, salvo cuando la misma norma constitucional lo habilite. De igual forma, tal como se explicó en la STC 0002-2006-PI/TC (fund. 11) citando a Díez-Picazo, la teoría de los hechos cumplidos implica que la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser “aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad.”
27. En el caso concreto, la adecuación exigida en su momento por el Decreto de Urgencia 12-2010 y mantenida por la Cuarta Disposición Complementaria del decreto legislativo, no importa una afectación al derecho de los accionantes ni una afectación al principio de irretroactividad. En efecto, no se ha acreditado que los trámites iniciados por los demandantes, bajo la vigencia del Decreto Supremo 013-2002-EM, para obtener las autorizaciones correspondientes de las autoridades administrativas del sector minero hayan sido agotadas. Ello significa exigir nuevas condiciones a los titulares de autorizaciones acorde a las necesidades de la actividad económica en juego, sin que haya una prohibición constitucional de hacerlo así. Por consiguiente, los argumentos de los demandantes respecto a este punto deben ser rechazados.
28. De acuerdo a lo expuesto es claramente deducible que el derecho a la empresa de las demandantes tampoco ha sido vulnerado. Y es que la libertad de empresa “traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (STC 3330-2004-PA/TC, fund. 32). Por consiguiente, como se ha apreciado, la normativa cuestionada se enmarca dentro de parámetros razonables al delimitar la actividad de los demandantes.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

EXP. N.º 00316-2011-PA/TC
MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, y coincidiendo con el fallo de la mayoría, emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Encuentro la demanda de amparo presentada tanto por personas naturales como por personas jurídicas que buscan la inaplicación del referido Decreto de Urgencia. Respecto a las personas jurídicas debemos expresar que éstas carecen de legitimidad para obrar activa en el proceso constitucional de amparo. Decimos esto en atención a que cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana, esto es en el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él pues se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene también igual parecer. Es por ello que nuestra legislación expresamente señala que la defensa de los derechos fundamentales es para la “**persona humana**”, por lo que le brinda todas las facilidades para que pueda reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales vía el proceso constitucional de amparo, exonerándoseles además de cualquier pago que pudiera requerirse para el ejercicio de sus derechos constitucionales. Es natural que toda sociedad mercantil tenga la amplitud de su defensa pero en la sede ordinaria en la que tiene a su alcance todas las vías que corresponden a sus intereses patrimoniales, pero no en la sede constitucional, que es totalmente ajena a estos intereses exclusivamente lucrativos y, además, residuales y gratuitos.
2. No obstante ello, a mi juicio existen casos excepcionales en los que este colegiado puede ingresar al fondo de la controversia considerando: i) la magnitud de la vulneración del derecho, ii) que ésta sea

evidente o de inminente realización (urgencia), y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro.

3. En tal sentido, encuentro un caso especial en el que los recurrentes buscan la inaplicación de un decreto supremo en atención a que éste tiene directa intervención en sus derechos constitucionales. En tal sentido, al ser necesario el análisis a efectos de verificar la constitucionalidad de la norma y al encontrarnos con un tema que tiene relación con la protección del medio ambiente, corresponde la emisión de un pronunciamiento de fondo.

Por tales consideraciones, la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

VERGARA GOTELLI

**EXP. N.º 00316-2011-PA/TC
MADRE DE DIOS
EMPRESA MINERA DE
SERVICIOS GENERALES S.R.L.
Y OTROS**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Manifiesto a través de este voto mi parecer discrepante con la ponencia, sustentándome en las

consideraciones siguientes:

1. La norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido normativo se advierte que requiere de actos de aplicación para que sea eficaz o produzca efectos.
2. Sin perjuicio de lo señalado, no comparto lo argumentado en los fundamentos 8 y 9, pues su razonamiento se basa en libros que no forman parte del expediente, y por muy respetables que sean sus autores, no recogen datos y cifras oficiales del Estado, sino opiniones personales. Por ejemplo, en uno de estos libros se dice que la minería informal es la causa de la “deserción estudiantil” y la apertura “de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina”. El origen de estos dos problemas sociales no es la minería informal, sino la falta de diligencia debida en el ejercicio de sus competencias del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Lo dicho hasta aquí no significa que esté en contra de la argumentación reforzada en las ideas, pensamientos y posturas de la dogmática; por el contrario, soy partidario de que la fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en algunos casos, debe recoger la jurisprudencia comparada, así como la dogmática, pero siempre que ésta sea jurídica, y los datos oficiales del Estado que constatan hechos.

3. El fundamento 11 referido a la legitimidad para obrar, en términos argumentativos, me parece irrelevante para resolver el caso, pues la parte demandante no busca la tutela del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, sino la protección de los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa. En buena cuenta, no estamos frente a un caso de “amparo ambiental”.
4. Un tema que no ha sido destacado es el del ingreso de las dragas. En algunos casos, éstas son artesanales y en otros éstas son importadas. Si existe prohibición de utilizar las dragas para la minería, para ser consecuentes, también debería existir la prohibición de su importación.
5. Luego de efectuar el test de proporcionalidad en el fundamento 23 se concluye que existe un empate y que éste se resuelve a favor del legislador en virtud del principio *in dubio pro legislatore*.

Considero que este argumento no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por cuanto no existe sentencia en la que se haya aplicado este principio para concluir que la norma cuestionada es constitucional. Es más, en dicho fundamento no se explica cuál es el contenido de este principio y en que supuestos se aplica. El principio mencionado se aplica en casos dudosos en materia política.

Resolver de esta manera implica convertir al test de proporcionalidad en un método aritmético de sumatorias y restas, lo cual es contrario a la naturaleza cualitativa y dialéctica de la ponderación. Además, en la dogmática jurídica se acepta que cuando se produce el empate, el test de proporcionalidad deja de ser el método adecuado para resolver el conflicto entre derechos fundamentales (puede leerse a Clérico Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: EUDEBA. 2009).

6. Finalmente, no comparto la argumentación del fundamento 7 por cuanto la Constitución no impone que la responsabilidad social sea una condición para el ejercicio regular de los derechos a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libertad de empresa. Lo que la Constitución dice es que el ejercicio de estos derechos debe ser acorde con la función social del Estado y con el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En este sentido, en la STC 10063-2005-PA/TC se precisó que “si bien la privatización de la seguridad social en salud puede generar en las empresas prestadoras del servicio la consecución de una finalidad de lucro, éstas no pueden ni deben ejecutar sus prestaciones menoscabando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ya que son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Por estas razones, considero que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ