

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME JURÍDICO SOBRE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL
EXPEDIENTE N° 001 – 2012 – PI/TC:**

**Caso de la Ordenanza Regional N° 036 – 2011 –
GR.CAJ-CR que declaró inviable la ejecución del
Proyecto Minero Conga.**

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

Adrián De la Cruz Sisniegas Rodríguez

ASESOR:
Antonio Alfonso Peña Jumpa

Lima, 2024

Informe de Similitud


Yo, PEÑA JUMPA, ANTONIO ALFONSO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 001-2012-PI/TC: Caso de la Ordenanza Regional N°036-2011-GR.CAJ-CR que declaró inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga”**, del autor(a) SISNIEGAS RODRÍGUEZ, ADRIÁN DE LA CRUZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 28/08/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 28 de agosto del 2024

PEÑA JUMPA, ANTONIO ALFONSO	
DNI: 07427813	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1571-0139	

DEDICATORIA

El presente Informe está dedicado, en primer lugar, a Dios, a la Cruz de Chalpón, a la Virgen del Carmen y al Señor de los Milagros; por todo su apoyo espiritual. En segundo lugar, a mi querida madre – Carmen – y a mi querido padre – Roger (+); por su apoyo, confianza y amor; y por ser mis modelos de trabajo, profesionalismo y rectitud. En tercer lugar, a mi adorado hermano y mejor amigo – Roger –; por su amor, su amistad, sus consejos y su apoyo para cumplir mis objetivos; por ser mi modelo de cambio, de aprendizaje diario, de abogado y mejoras constantes. Finalmente, a mi maestro - Antonio Peña Jumba - por su incansable apoyo a la distancia, su amistad, su confianza y sus consejos; por ser mi modelo de investigador y profesional del derecho.

RESUMEN

El estallido del conflicto social, ambiental y cultural motivado por el posible desarrollo del Proyecto Minero "Conga" atrajo las miradas de todo el país y del mundo, debido a la inversión proyectada de 4,800 millones de dólares, por parte de la Minera Yanacocha. Mientras el Gobierno Peruano, liderado por el Presidente Ollanta Humala Tasso, intentaba apaciguar el conflicto y llevar a cabo el proyecto; por su parte, el Gobierno Regional de Cajamarca, a través de su Presidente Regional, Gregorio Santos Guerrero, recogió los pedidos de la población que se oponía a la desaparición de sus lagunas, a través de la emisión de la Ordenanza Regional N° 036 – 2011 – GR.CAJ-CR, la cual, declaraba inviable "Conga". El Fiscal de la Nación interpuso una Demanda de Inconstitucionalidad en contra de la ordenanza, la cual, daba la oportunidad al Tribunal Constitucional Peruano para emitir una Sentencia que resuelva el conflicto; sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución decidió, de manera apresurada, no pronunciarse sobre el EIA de Conga e invisibilizar a las Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas existentes en el área de influencia del proyecto minero, para evitar pronunciarse sobre temas como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o la aplicación de la Consulta Previa.

Palabras clave

Proyecto Conga – Minera Yanacocha – Proceso de Inconstitucionalidad - Comunidades Campesinas - Ordenanza Regional – Cajamarca

ABSTRACT

The outbreak of social, environmental and cultural conflict motivated by the possible development of the Conga Mining Project attracted the attention of the whole country and the world, due to the projected investment of 4,800 million dollars, by the Yanacocha Mining. While the Peruvian Government, led by President Ollanta Humala Tasso, tried to defuse the conflict and carry through the project; on the other hand, the Regional Government of Cajamarca, through its Regional President, Gregorio Santos Guerrero, collected the requests of the population that opposed the disappearance of its lagoons, through the release of Regional Ordinance N° 036 - 2011 - GR.CAJ-CR, which declared "Conga" unfeasible. Unexpectedly, the Attorney General of the Nation filed a complaint of unconstitutionality against the ordinance, which gave the opportunity to the Peruvian Constitutional Court to issue a judgment to resolve the conflict; however, the chief interpreter of the Constitution decided, hastily, not to pronounce on the Environmental Impact Assessment of Conga and to make invisible the existing Peasant Communities and Peasant Rounds in the area of influence of the mining project, to avoid pronouncing on issues such as Convention 169 of the International Labour Organization or the application of Prior Consultation.

Keywords

Conga Project - Yanacocha Mining - Process of Unconstitutionality - Peasant Communities - Regional Ordinance - Cajamarca - Mining - Social Conflict

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I. INTRODUCCIÓN	4
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2. Presentación del caso.....	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1. Antecedentes.....	8
2.2. Hechos relevantes del caso.....	9
2.2.1. Aprobación de la OR -036.....	9
2.2.2. Interposición de la Demanda de Inconstitucionalidad.....	10
2.2.3. Contestación de la Demanda de Inconstitucionalidad.....	11
2.2.4. Sentencia del Tribunal Constitucional.....	12
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	16
3.1. Problema principal.....	16
3.2. Problemas secundarios.....	16
3.3. Problemas complementarios.....	17
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	17
4.1. Problema principal.....	17
4.2. Problemas secundarios.....	18
4.3. Problemas complementarios.....	19
4.4. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	19
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
5.1. Problemas secundarios.....	20
5.1.1. Problemas secundarios de forma o procesales.....	20
5.1.1.1. ¿El FN tiene legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036?.....	20
5.1.1.2. ¿La “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de la OR – 036?.....	22
5.1.2. Problemas secundarios de fondo.....	26
5.1.2.1. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible?.....	26
5.1.2.2. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que declara inviable la ejecución de Conga para proteger el medio ambiente de la zona de desarrollo del proyecto minero?.....	30
5.1.2.3. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que encarga al Presidente Regional la realización de acciones técnico – legales para canalizar ante el Congreso una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga?.....	35
5.1.2.4. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que deja sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la misma?.....	36
5.2. Problemas complementarios.....	38
5.2.1. ¿Pudieron participar las poblaciones del AI del Proyecto Minero y MY en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036?.....	38
5.2.2. ¿Existía protección internacional hacia las poblaciones del AI de Conga al momento de desarrollarse el proceso de inconstitucionalidad?.....	41
VI. CONCLUSIONES	44
VII. RECOMENDACIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	47
ANEXOS	52

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Expediente N° 001 – 2012 – PI/TC Fiscal de la Nación contra Gobierno Regional de Cajamarca.
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Derecho sobre el Sistema Jurídico, Teoría del Derecho relacionada a la sociología y a la antropología del Derecho, Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Minero.
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Tribunal Constitucional del Perú <ul style="list-style-type: none"> - Exp. N° 0020 – 2005 – PI/TC - Exp. N° 0024 – 2006 – PI/TC - Exp. N° 006 – 2010 – PI/TC - Exp. N° 008 – 2010 – PI/TC - Exp. N° 009 – 2010 – PI/TC - Exp. N° 0048 – 2004 – AI/TC - Exp. N° 06546 – 2006 – PA/TC - Exp. N° 03343 – 2007 – PA/TC - Exp. N° 0042 – 2004 – PI/TC - Exp. N° 2002 – 2006 – PC/TC - Exp. N° 0012 – 2019 – PI/TC - Exp. N° 300-2002-AA/TC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Fiscal de la Nación
DEMANDADO/DENUNCIADO	Gobierno Regional de Cajamarca
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional – Pleno Jurisdiccional
TERCEROS	Ministerio de Energía y Minas, Ministerio del Ambiente, Autoridad Nacional del Agua
OTROS	Población que será afectada por el Proyecto Minero Conga

I. INTRODUCCIÓN

La relación de conflictividad entre Minera Yanacocha (en adelante MY) y la población cajamarquina empezó 20 años antes del anuncio de Newmont Mining Corporation (en adelante NMC) sobre la aprobación del presupuesto para el desarrollo del Proyecto Conga. La diferencia del conflicto por Conga era la memoria histórica de la población de todas las acciones equivocadas de la empresa minera durante 19 años, para incrementar sus ganancias y minimizar sus costos.

MY desarrolló la exploración de Conga con perfil bajo, es decir, sin mostrar a la población cajamarquina que, en los distritos de Sorochuco, Huasmín - pertenecientes a la provincia de Celendín - y La Encañada - perteneciente a la provincia de Cajamarca - se produciría un proyecto igual o más grande que la mina Yanacocha; sin embargo, los directivos de MY olvidaron que la población, luego de todos los conflictos ocasionados desde 1993, iba a impedir su expansión a como dé lugar.

La oposición a Conga de la gran mayoría de la población de la Región Cajamarca era consecuencia de todas las acciones de MY realizadas en contra de la población de la ciudad de Cajamarca, por ello, cuando escucharon a un candidato a la región decir: "Conga no va" durante la campaña electoral del 2010, inmediatamente, lo eligieron, ya que las autoridades anteriores eran sumisas ante el poder económico de MY.

El flamante Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante GORECAJ), Gregorio Santos Guerrero, a través del Consejo Regional, emitió la Ordenanza Regional que analizaremos en el presente Informe Jurídico y que significaría el cumplimiento de su promesa de campaña y la canalización de todos los pedidos de la población de Cajamarca que se oponía a la expansión de mina más grande del mundo.

En contraposición, el Presidente Ollanta Humala, que había llegado como candidato presidencial a la Plaza de Armas de la ciudad de Cajamarca para confirmar su oposición a Conga, intentaba sacar adelante el Proyecto de Minera Yanacocha, olvidando sus promesas de campaña.

En una acción inesperada y rauda, el Fiscal de la Nación (en adelante FN), José Antonio Peláez Bardales, decidió interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ordenanza Regional que declaraba la no viabilidad del Proyecto Conga. Entonces, la decisión final, según la percepción del Presidente de la República, del FN y de la MY, para terminar con el conflicto, estaba en manos del Tribunal Constitucional Peruano (en adelante TC).

El presente Informe analizará la sentencia emitida por el TC, respecto a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional N° 036 – 2011 – GR.CAJ-CR (en adelante OR – 036), a partir de las siguientes problemas identificados: El problema principal está referido al análisis de la constitucionalidad o no de la OR - 036 de manera general, los problemas secundarios están referidos a responder el problema principal, a través del análisis de los aspectos de forma y de fondo de la sentencia; y los problemas complementarios están referidos a mostrar las omisiones del TC, en relación a

las características de la población existente en el área de desarrollo del proyecto minero.

1.1 Justificación de la elección de la resolución

En los últimos 20 años, el Perú desarrolló una importante y gran cartera de proyectos mineros (OSINERGMIN, 2024), debido al aumento de los precios de los metales, entre los cuales, se encuentra el oro, la plata y el cobre. Actualmente, en el mes de abril del año 2024, el precio del oro obtuvo un nuevo récord histórico al llegar a los 2.995.25 dólares por onza (BLOOMBERG, 2024). Estos máximos históricos de los commodities¹ durante las últimas dos décadas, así como la creación de empresas mineras nacionales y la llegada de empresas mineras extranjeras con el objetivo de desarrollar proyectos mineros en el país, originaron y originan conflictos sociales, culturales, ambientales (MINEM, 2023) y económicos (dependiendo de la causa o causas que los originan).

En el año 2011, la Región de Cajamarca se convirtió, nuevamente, en el centro de atención del país y del mundo, a causa de la aprobación, por parte de Directorio Ejecutivo de NMC, del financiamiento completo del Proyecto Minero Conga (en adelante Conga) (Newmont, 2024), el cual, tenía y tiene una inversión proyectada de 4,800 millones de dólares americanos (OSINERGMIN, 2024). Conga sería desarrollado por MY, la mina de oro más grande de Sudamérica, conformada en el año 2011, mediante un Joint Venture, por la Compañía de Minas Buenaventura (en adelante Buenaventura), Newmont y la Corporación Financiera Internacional (IFC) (en adelante IFC por sus siglas en inglés) (Newmont, 2024).

A partir de este conflicto, en nuestra opinión, surge un nuevo paradigma de ver los conflictos generados por la minería en el país, pese a la existencia de otros conflictos relevantes, referidos a las industrias de la minería e hidrocarburos, ocurridos en años anteriores: Cerro Quilish², Cordillera Escalera³ y posteriores: Mina Santa Ana de Bear Creek (CIADI, 2017), entre muchos otros que se han dado durante estas dos últimas décadas. Este conflicto mostró la falta de capacidades, por parte de las empresas mineras y del Estado Peruano, para prevenir conflictos y desarrollar (socializar) proyectos mineros de la gran y mediana minería, así como las causas principales de la oposición de la población al desarrollo de proyectos mineros.

Por ello, la Sentencia del TC que declaró inconstitucional la OR - 036 del GORECAJ que declaraba inviable Conga es relevante para el momento en que sucedió el conflicto (2011 y 2012) y para los proyectos mineros futuros que se desarrollaron y se desarrollarán en nuestro país, debido a que la sentencia del TC no logró solucionar el conflicto, pese a la declaratoria de inconstitucionalidad

¹ RAE: "Se emplea más frecuentemente el plural commodities, normalmente en referencia a las materias primas o a los productos básicos".

² TC – Exp. N° 300-2002-AA/TC.

³ TC – Exp. N° 03343 – 2007 – PA/TC.

de la OR - 036, pero sí estableció lineamientos en diversas ramas del Derecho, lo que hace compleja la presente sentencia:

- A nivel del Derecho Constitucional: La Sentencia comprende dos subtemas:
 - o Derecho Constitucional Sustantivo: Operación del sistema jurídico, separación de poderes, proceso de descentralización, pluralismo jurídico, conflicto de competencias entre el Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales en los sectores de minería y medio ambiente, determinación de las políticas nacionales y regionales sobre los sectores de minería y medio ambiente, principio de coparticipación de la riqueza, protección del medio ambiente – cabeceras de cuenca, inversión privada deseada en la Constitución.
 - o Derecho Constitucional Procesal: Tribunal Constitucional Peruano, proceso de inconstitucionalidad y test de competencia.
- A nivel de la Teoría del Derecho: La Sentencia comprende dos subtemas:
 - o Teoría del Derecho sobre el Sistema Jurídico: Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano aplicada al caso, doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicada al caso.
 - o Teoría del Derecho relacionada a la sociología y a la antropología del Derecho: Debate entre la inversión privada deseada y la protección del medio ambiente, prevención de conflictos por los impactos de la actividad minera, causas sociales, ambientales y culturales del surgimiento de los conflictos sociales, responsabilidad social empresarial y licencia social de los proyectos mineros.
- A nivel del Derecho Administrativo: La Sentencia comprende dos subtemas:
 - o Derecho Ambiental: Cuestionamiento administrativo de la Ordenanza Regional por cuestiones ambientales, protección del medio ambiente y cabeceras de cuenca, fiscalización ambiental de los proyectos mineros y aprobación de los estudios de impacto ambiental (en adelante EIAS) en el sector minero.
 - o Derecho Minero: Nulidad de los actos administrativos que aprueban los Estudios de Impacto Ambiental en el sector Minero y otorgan concesiones mineras, propiedad de los recursos naturales no renovables, acceso a los recursos naturales no renovables, concesión de los recursos naturales no renovables, normas sobre minería.

1.2 Presentación del caso:

El Joint Venture (Ferrero, 1999, p. 63) conformado por las empresas mineras: Buenaventura S.A y NMC y la IFC constituido legalmente como Minera Yanacocha S.R.L inició sus operaciones mineras en la Región de Cajamarca en el año 1992, posteriormente, fue y es considerada la mina de oro más grande de Sudamérica (Newmont, 2024).

En el año 2011, específicamente el 27 de julio del 2011, el Directorio de NMC aprueba el financiamiento total de la construcción del nuevo Proyecto de MY: Conga. Es recién en este momento que la población de toda la Región de Cajamarca tomó conocimiento de la real dimensión de Conga y de lo que conllevaría realizar el proyecto, es decir, la afectación de las Lagunas: El Perol, Azul, Chica, Mala, Mamacocha, Chailguagón, entre otras (Newmont, 2011).

Esta aprobación del financiamiento de Conga originó que la población regional inicie protestas en contra del inminente desarrollo de Conga, de MY y del Gobierno Nacional (en adelante GN). En este contexto de polarización – conflicto - entre la población posiblemente afectada – que no estaba de acuerdo con el desarrollo del proyecto - y la puesta en marcha, por parte de la empresa y del GN, de un proyecto con una inversión proyectada de 4,800 millones de dólares americanos; aparece en el escenario de conflictividad el GORECAJ, presidido por Gregorio Santos Guerrero (De Echave y Diez, 2013. pp. 92, 93, 94 y 95).

Por ello, el Pleno del Consejo Regional del GORECAJ emite la OR - 036, con fecha 05 de diciembre del 2011, en la cual, decide:

En primer lugar, que las cabeceras de cuenca de la Región Cajamarca no se pueden tocar, es decir, no se puede desarrollar un proyecto minero, por ejemplo, en cabeceras de cuenca. Esta declaración, en un primer momento, parece aceptable, pues la protección del agua es fundamental; sin embargo, el problema surge respecto a la competencia del GORECAJ para emitir una norma que vaya en contra de la Constitución, leyes orgánicas y, específicamente, de la Ley de Recursos Hídricos, respecto a la declaratoria de zonas intangibles, como las cabeceras de cuenca.⁴

En segundo lugar, que Conga no podrá ser ejecutado. Para tener mejor entendimiento jurídico, debemos preguntarnos: ¿Qué comprende esta no ejecución? La respuesta sería: 1. Nulidad del acto administrativo: concesión minera. 2. Nulidad del acto administrativo que aprueba el EIA de Conga. 3. Y, la nulidad de todos los actos administrativos que se aprobaron para desarrollar el proyecto minero – emitidos por los diferentes sectores del GN.

Esta declaración de inviabilidad y todo lo que engloba, mediante Ordenanza Regional, no resulta jurídicamente aceptable, debido a que existe mecanismos legales para solicitar la nulidad de una concesión minera, para solicitar la nulidad

⁴ Existe un precedente, en la misma Región de Cajamarca, sobre la Ordenanza Municipal N° 012-2000-CMPC emitida por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, específicamente, en la Sentencia del TC sobre los Expedientes Acumulados N° 300-2002-AA/TC Y OTROS, en la cual, se declara infundada la demanda de amparo interpuesta por las empresas mineras, debido a que la vía idónea era la acción de inconstitucionalidad.

de un EIA y para solicitar la nulidad de los actos administrativos que se aprobaron para llevar a cabo un proyecto minero. Es decir, la vía legal correspondiente era y es solicitar la nulidad ante la entidad o funcionario que emitió estos actos administrativos o, en peor de los casos, solicitar su nulidad mediante el proceso contencioso administrativo en el Poder Judicial, como lo señala la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), y la Ley N° 27584, Ley que Regula el Procedimiento Contencioso Administrativo. Entendemos que el objetivo de la Ordenanza era evitar el escalamiento del conflicto y otorgar una respuesta rápida a la población; sin embargo, sí existían y existen caminos legales para declarar la nulidad de los actos administrativos.

En tercer lugar, encomendar a Gregorio Santos Guerrero la gestión de solicitar una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga ante el Congreso de la República, para analizar las responsabilidades legales de los funcionarios públicos que aprobaron el EIA.

En la misma línea argumentativa de la respuesta al segundo artículo de la Ordenanza Regional materia de análisis, el Pleno del Consejo Regional del GORECAJ puede encargar al Presidente Regional realizar las acciones que correspondan para que analice el acto administrativo que aprueba el EIA; sin embargo, el error continúa siendo el mismo, porque la vía correspondiente, para analizar las responsabilidades legales de los funcionarios públicos que emitieron el acto administrativo y el propio acto, era y es la solicitud de nulidad ante la entidad que aprobó el EIA o, en caso de haberse declarado firme el acto administrativo, el proceso contencioso-administrativo, indicado en la Ley N° 27584.

Finalmente, la Ordenanza deja sin efecto las normas que se opongan a la misma. Este último artículo, luego del análisis de los tres primeros artículos, evidentemente va en contra de las leyes mencionadas en líneas arriba al intentar ingresar en competencias exclusivas de los sectores del GN, así como declarar nulos actos administrativos, pese a existir vías establecidas para solicitar la nulidad de actos emitidos por la administración pública, específicamente, del sector Energía y Minas.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En el año 2001, Yanacocha se convirtió en titular de Conga. Posteriormente, en el año 2004, inició la etapa de exploración. (Knight, 2010, p. RE-9).

Luego de ello, entre los años 2005 y 2009, se desarrollaron los estudios de línea base, la ingeniería y las actividades de perforación de Conga (Knight, 2010, p. RE-9).

Es recién en el año 2008, donde se aprobó, mediante Resolución Directoral N° 243-2008-MEM/AAM, el EIA Semidetallado (en adelante EIAsd) de la etapa de Exploración de Conga (Knight, 2010, p. RE-9).

Consecutivamente, la aprobación del EIA de Conga se dio el 27 de octubre del 2010, con la Resolución Directoral N° 351-2010MEM/AAM (Knight, 2010, p. RE-9).

Debemos resaltar que los centros poblados, distritos y provincias del área de influencia (en adelante AI) iniciaron sus actividades de protesta en sus localidades en contra de Conga desde la difusión del EIA, aproximadamente, desde febrero del año 2010 (De Echave y Diez, 2013. p. 92).

Sin embargo, no es hasta el 27 de julio del 2011 que la población de toda la Región de Cajamarca tomó conocimiento de la real dimensión de Conga y de lo que conllevaría realizar el proyecto, es decir, la afectación de las Lagunas: El Perol, Azul, Chica, Mala Mamacocha, Chailguagón, entre otras; puesto que en esta fecha el Directorio de Newmont aprueba el financiamiento total de la construcción de Conga (Newmont, 2011).

Entre los meses de julio y diciembre del año 2011, las autoridades locales (alcaldes) y la población de las provincias de Celendín, La Encañada, Bambamarca y los distritos, caseríos y centros poblados que forman parte de estas provincias, además, de la sociedad civil organizada iniciaron movilizaciones – protestas - en sus localidades; sin embargo, ante la inacción del Estado – Gobierno Nacional - y de Yanacocha para dialogar y mientras el conflicto iba haciéndose cada vez más violento, las protestas se concentraron en las ciudades de Cajamarca, Bambamarca, Celendín y La Encañada (De Echave y Diez, 2013, pp, 92, 93 y 94).

Entre las diferentes autoridades locales y regionales, la autoridad que tomó relevancia y que recogió los pedidos de la población fue el Gobernador Regional de Cajamarca de ese momento: Gregorio Santos Guerrero. El principal pedido de la población, a través de sus autoridades era la paralización de Conga, es decir, la declaratoria de no viabilidad de Conga.

2.2 Hechos relevantes del caso

2.2.1 Aprobación de la OR - 036:

El 28 de diciembre del 2011, el GORECAJ, a través de la OR - 036, decidió:

- i. Declarar intangibles las cabeceras de cuenca que se encuentra dentro de su jurisdicción (Primer artículo).
- ii. Declarar la no viabilidad de Conga (Segundo artículo).
- iii. Encargar al Gregorio Santos que solicite una investigación al Congreso sobre las circunstancias de aprobación del EIA de Conga y, finalmente (Tercer artículo).

- iv. Dejar sin efecto las normas que se opongan a la misma (Cuarto artículo).

2.2.2. Interposición de la Demanda de Inconstitucionalidad:

En contraposición, el FN, José Peláez Bardales, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional, el día viernes 13 de enero del 2012, argumentando principalmente que el GORECAJ actuó más allá de sus competencias, bajo los siguientes argumentos:

- a. Respecto al primer artículo de la OR - 036, la demanda argumenta que los GORES tienen que desarrollar sus competencias siguiendo el Principio de Unidad, por lo que, la autonomía regional no puede contravenir las normas emitidas por el GN.

La argumentación del Fiscal de la Nación está apoyada en la Ley de Bases de Descentralización (en adelante LBD), la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (en adelante LOGR), la Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro de Planeamiento Estratégico y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante LOPE), las cuales, señalan que son competencias exclusivas del GN diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, por lo que, los GORES no pueden contravenir las normas emitidas por el GN, tomando en cuenta el Principio de Unidad, el Principio de Cooperación y Lealtad Regional.

Además, en un plano más sectorial, la demanda invoca la Ley General del Ambiente (en adelante LGA) indicando que las competencias ambientales de los GORES deben estar ceñidas a las políticas y normas ambientales emitidas por el GN.

Finalmente, la demanda señala que la única entidad que puede realizar la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca es la Autoridad Nacional del Agua (en adelante ANA), como lo indica la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento (en adelante LRH), por lo tanto, el GORECAJ no tiene las competencias para declarar intangibles las cabeceras de cuenca ubicadas en la Región Cajamarca.

- b. Respecto al segundo artículo de la Ordenanza, el FN argumenta que el GN, específicamente el sector de Minería, determina la viabilidad o inviabilidad de los proyectos mineros, a través del otorgamiento de concesiones y celebración de contratos conforme a la legislación minera y a la Ley Orgánica del Sector Energía y Minas (en adelante LOSEM).

En la misma línea, el demandante agrega que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante TUO de la LGM) y el Reglamento de su Título Décimo Quinto indican que la autoridad competente para establecer las políticas de cuidado del medio ambiente para las actividades mineras y emitir normas sobre el sector minero, así como aprobar los EIAS y autorizar su ejecución, es el sector de minería.

Igualmente, el FN especifica que la Dirección General de Asuntos Ambientales (en adelante DGAA) es la encargada, según el Decreto Supremo N° 053 – 99- EM, de aprobar los EIAS.

Finalmente, el demandante indica que la declaratoria de no viabilidad de Conga implica la declaratoria de nulidad del EIA, así como la nulidad de la concesión y las autorizaciones otorgadas a MY; sin embargo, el GORECAJ no es competente para realizar la declaratoria de nulidad de estos actos administrativos, como lo señala la LPAG, debido a que la nulidad de oficio solo puede darse dentro del año de la emisión del acto administrativo, luego de transcurrido el plazo solo podrá demandarse ante el Poder Judicial (en adelante PJ).

- c. Respecto al tercer artículo de la Ordenanza, el Fiscal de la Nación señaló que las investigaciones del Congreso se desarrollan a través de las mociones de orden presentadas por los Congresistas, las cuales, se desarrollan en las Comisiones del Congreso, como lo señala el Reglamento del Congreso de la República del Perú (en adelante Congreso).
- d. Respecto al último y cuarto artículo de la Ordenanza, el demandante no argumenta en contra.

Finalmente, el FN concluye que el GORECAJ no respetó el Principio de Cooperación y Lealtad Regional, contraviniendo el ordenamiento legal. Además, señala que la Ordenanza Regional es contraria al Principio de Taxatividad y Clausula Residual, debido a que el GORECAJ se atribuyó facultades que no le corresponden. Por todo lo señalado, indica que la OR - 036 no supera el test de competencia, por lo que, debe ser declarada inconstitucional.

2.2.3. Contestación de la Demanda de Inconstitucionalidad:

El 13 de marzo del 2012, el GORECAJ contestó la demanda dividiendo su argumentación en cinco temas, los cuales, pasamos a desarrollar:

- a. Respecto al tema de improcedencia, el abogado del GORECAJ argumenta que el FN carece de atribuciones necesarias para interponer la demanda, porque la Constitución, en su artículo 159°, detalla las atribuciones del Ministerio Público (en adelante MP) y en ninguna de sus atribuciones se establece interponer acciones de inconstitucionalidad.

Además, el Gobierno Regional agrega que el artículo 159° está referido a acciones concretas y en ningún caso a la acción de control de la constitucionalidad, por parte del MP.

Finalmente, el abogado del GORECAJ acepta el reconocimiento del artículo 203° de la Constitución, para que el FN pueda interponer una demanda de este tipo, pero señala que esta legitimación solo se da dentro

de las competencias relacionadas al MP, por lo que, la presentación de la demanda de inconstitucionalidad es un acto inconstitucional.

- b. Respecto al tema de nociones constitucionales, el abogado del GORECAJ señala que la Teoría de Kelsen ayudó a eliminar la jerarquía de las normas, por ello, es posible que el Parlamento carezca de competencia donde el GORECAJ sí la tiene, por lo tanto, las reglas de aplicación tienen su sustento en las reglas de creación del derecho.

En la misma línea argumentativa, el GORECAJ argumenta que muchas veces lo que está facultado al órgano inferior, no le está permitido al órgano superior, debido a las reglas de competencia.

- c. Respecto al tema de competencias en la Constitución, el GORECAJ señala que la Constituciones de 1979 y 1993, al seguir un modelo clásico, no desarrollan las competencias de los órganos constitucionales, por ello, es muy difícil encontrar las atribuciones del GN.

En la misma línea argumentativa, el Representante el GORECAJ concluye que no es posible diferenciar las atribuciones de los GORES y de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

- d. Respecto al tema de los GORES, el GORECAJ argumenta que la Ley de Reforma de los artículos 91°, 191° y 194° de la Constitución indica claramente las competencias de los GORES y Gobiernos Locales, otorgándoles a los GORES la competencia de efectuar las licencias y autorizaciones en lo que se refiere a minería.

El abogado del GORECAJ agrega que la LOGR reconoce atribuciones específicas a los GORES en materia ambiental, entre las cuales, se encuentran: la implementación del sistema regional de gestión ambiental y el control y supervisión del cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre el uso racional de los recursos naturales.

- e. Respecto al artículo 66° de la Constitución, el GORECAJ indica que el artículo debe ser reglamentado, ya que abarca diversos niveles de Gobierno. Además, argumenta que es preciso destacar el respeto a la propiedad de las comunidades indígenas, debido a que las Constituciones de 1920 y 1933 les reconocieron derechos, los cuales, no pueden ser modificados por normas constitucionales posteriores.

Finalmente, el demandado solicita que el TC declare infundada la demanda de inconstitucionalidad presentado por el FN.

2.2.4. Sentencia del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional emite su sentencia dividiéndola en catorce temas, los cuales, resumimos a continuación:

1. Cuestiones previas:

En este tema, el TC, respecto al cuestionamiento del GORECAJ sobre la atribución que tiene el FN para demandar la inconstitucionalidad de la OR - 036, señala que el GORECAJ pudo interponer recurso de reposición dentro de los tres días hábiles de notificada la demanda; sin embargo, no lo hizo.

Pese a haber transcurrido el plazo, el Tribunal señala que la Constitución no limita al FN para interponer demandas de este tipo.

2. Delimitación del petitorio:

El Tribunal delimita el petitorio señalando que analizará la OR - 036 emitida por el GORECAJ, a partir de los argumentos centrales del demandante y demandando.

3. Conflicto de competencias y legitimidad de los actos administrativos:

En este tema, el TC hace una diferencia entre los primeros artículos de la OR - 036 señalando que el primero hace referencia a la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca.

En cambio, el segundo artículo de la OR – 036 está dirigido a declarar la no viabilidad de Conga, bajo el cuestionamiento del EIA.

A partir de esta diferenciación, el TC señala que el proceso es en esencia un conflicto de competencia, debido a que la OR - 036 tiene rango legal. Asimismo, agrega que el proceso de inconstitucionalidad tiene como objetivo primordial el desarrollo de un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía, por ello, se persigue la defensa de la Constitución en este tipo de procesos.

Por todo lo expuesto, el TC renuncia al análisis la concesión minera y del EIA de Conga, por no ser competente en el presente proceso.

4. Delimitación de los ámbitos competenciales en conflicto:

El TC delimita lo que se desarrollará en el test de competencia, es decir, aclara que analizará la repartición de competencias normativas entre los GORES y el GN en el ámbito del sector minero - ambiental, considerando como un elemento relevante en dicha repartición, la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca, así como la protección del medio ambiente.

5. Determinación de competencias: test de competencia:

El TC explica la metodología del test de competencia, así como la jurisprudencia y legislación que utilizará. También, indica los principios constitucionales, en los cuales, está estructurado el test.

Asimismo, el TC concluye que el test lo que busca es: En primer lugar, analizar la normativa cuestionada con el principio unitario. En segundo lugar, realizar un análisis bajo del principio de competencia, propiamente dicho, para conocer el listado de materias repartidas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. En la misma forma, se analizarán las atribuciones dadas a los GORES.

6. Las sentencias del Tribunal N° 008 – 2010-PI/TC y 009 – 2010 – PI/TC:

El TC menciona dos Sentencias emitidas por el mismo Tribunal, las cuales, son relevantes para resolver el presente caso, ya que en ambas sentencias se declararon inconstitucionales las normas al ser ámbitos de competencia del GN.

7. Competencias normativas en materia de minería:

El Tribunal Constitucional concluye que el GN es competente para otorgar las concesiones de la gran minería y la mediana minería. Por lo tanto, los GORES no tienen la competencia normativa para declarar la no viabilidad de un proyecto minero de la gran minería.

Asimismo, el TC indica que los GORES tienen competencias en materia de pequeña minería y minería artesanal (en adelante PMyMA), para otorgar concesiones.

Por lo que, el GORECAJ excedió las competencias normativas atribuidas por la Constitución y las normas desarrollan la repartición de competencias.

Por todo ello, declara el artículo 2° de la OR – 036 como inconstitucional.

8. Minería y protección de los recursos hídricos:

El Tribunal Constitucional desarrolla el tema de protección del agua haciendo relevancia a la falta de acceso a este recurso en el futuro, así como su relevancia en dimensiones socioculturales, económicas y ambientales.

9. Protección del ambiente, cabeceras de cuenca y competencias de los gobiernos regionales:

El Tribunal concluye que la ANA es único organismo que puede realizar la declaratoria de intangibilidad de una cabecera de cuenca a nivel nacional.

Por lo tanto, el artículo 1° de la OR – 036 también es declarado inconstitucional.

10. Competencias normativas en materia ambiental de los Gobiernos Regionales:

El TC señaló que el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera establece que el MINEM, a través de la DGAAM, es la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIAS para el desarrollo de las actividades de exploración de la gran y mediana minería.

11. La inversión privada deseada por la Constitución:

El TC desarrolla las características que debería tener la actividad privada en nuestro país, desarrollando su argumentación en cuatro temas claves:

- i. Acciones relativas a la prevención de conflictos.
- ii. Acciones de fiscalización estatal de la actividad privada, para conocer si cumple con los estándares nacionales de protección.
- iii. Acciones de reparación integrales en caso de afectación a la población.
- iv. Acciones para la concretización del principio de coparticipación de la riqueza.

12. Descentralización y el principio constitucional de la coparticipación de la riqueza:

En este punto, el TC desarrolla el principio de coparticipación de la riqueza señalando que el objetivo de este principio es que los recursos otorgados, a través del canon, sirvan para fortalecer a las poblaciones que se encuentran en área de extracción de los recursos naturales.

13. Aspectos contextuales del presente caso:

El TC plantea el debate entre promineros y antimineros, indicando que no es su deber determinar cuál es la posición “correcta”.

Lo que sí realiza el TC es mostrar algunos casos de los desastres ambientales a raíz de minería.

Concluyendo, el TC, que es entendible el temor y suspicacias que los proyectos mineros causan en los pobladores de las zonas aledañas a estos proyectos, por ello, ignorarlas o menospreciarlas, no significaría la solución del problema.

14. La Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036 – 2011 – GR.CAJ-CR:

Finalmente, el TC señala:

- Respecto al artículo 1° de la OR - 036, la ANA es la única entidad con atribuciones para emitir la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca. Como consecuencia, el artículo no es constitucional.
- Respecto al artículo 2° de la OR - 036, es inconstitucional porque el GORECAJ no tiene las competencias para emitir la declaratoria de no viabilidad de Conga.
- Respecto al artículo 3° de la OR - 036, el Presidente del GORECAJ sí puede coordinar con el Congreso de la República la realización de una investigación.
- Respecto al artículo 4° de la OR - 036, no se puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley. Como consecuencia, el artículo no es constitucional.

15. Fallo:

El TC por unanimidad declaró fundada la demanda, en consecuencia, inconstitucional la OR - 036.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Es constitucional la OR – 036 emitida y promulgada por el GORECAJ que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la Región Cajamarca y que declara inviable Conga?

3.2 Problemas secundarios

3.2.1. Problemas secundarios de forma o procesales:

3.2.1.1. ¿El FN tiene legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036?

3.2.1.2. ¿La “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de la OR - 036?

3.2.2. Problemas secundarios de fondo:

- 3.2.2.1.** ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible?
- 3.2.2.2.** ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que declara inviable la ejecución de Conga para proteger el medio ambiente de la zona de desarrollo del proyecto minero?
- 3.2.2.3.** ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que encarga al Presidente Regional la realización de acciones técnico – legales para canalizar ante el Congreso una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga?
- 3.2.2.4.** ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que deja sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la misma?

3.3 Problemas complementarios

- 3.2.1.** ¿Pudieron participar las poblaciones del área de influencia (en adelante AI) del Proyecto Minero y la empresa minera en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036?
- 3.2.2.** ¿Existía protección internacional hacia las poblaciones del AI de Conga al momento de desarrollarse el proceso de inconstitucionalidad?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

Respuestas preliminares a los problemas principal, secundarios y complementarios

4.1 Problema principal:

¿Es constitucional la OR – 036 emitida y promulgada por el GORECAJ que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la Región Cajamarca y que declara inviable Conga?

Respuesta: No, porque el GORECAJ, a través de la OR - 036 va más allá de las competencias señaladas en el ordenamiento jurídico peruano para los Gobiernos Regionales.

4.1. Problemas secundarios:

4.1.1. Problemas secundarios de forma o procesales:

4.1.1.1. ¿El FN tiene legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036?

Respuesta: Sí, porque la Constitución otorga la posibilidad al FN de presentar este tipo de demandas.

4.1.1.2. ¿La “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de la OR - 036?

Respuesta: Sí, porque la OR – 036 tiene rango legal, por lo que, el único proceso para analizar su constitucionalidad es el proceso de inconstitucionalidad.

4.1.2. Problemas secundarios de fondo:

4.1.2.1. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible?

Respuesta: No, porque la ANA es la única entidad con atribuciones para realizar una declaratoria de intangibilidad de este tipo de zonas.

4.1.2.2. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que declara inviable la ejecución de Conga para proteger el medio ambiente de la zona de desarrollo del proyecto minero?

Respuesta: No, porque existe la solicitud de nulidad de acto administrativo o la posibilidad del proceso contencioso administrativo.

4.1.2.3. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que encarga al Presidente Regional la

realización de acciones técnico – legales para canalizar ante el Congreso una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga?

Respuesta: Sí, porque la LBD permite que el Presidente Regional canalice investigaciones ante el Congreso y otros poderes del Estado.

4.1.2.4. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que deja sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la misma?

Respuesta: No, porque el GORECAJ no puede dejar sin efecto, a través de una Ordenanza Regional, otras normas del mismo rango emitidas por los otros poderes del Estado.

4.2. Problemas complementarios:

4.2.1. ¿Pudieron participar las poblaciones del área de influencia (en adelante AI) del Proyecto Minero y la empresa minera en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036?

Respuesta: Sí, pero la empresa solicitó de manera equivocada ser “amicus curiae” y las poblaciones no solicitaron ser parte del proceso de inconstitucionalidad.

4.2.2. ¿Existía protección internacional hacia las poblaciones del AI de Conga al momento de desarrollarse el proceso de inconstitucionalidad?

Respuesta: Sí, pero el Tribunal Constitucional no se refirió a la protección internacional de las poblaciones del AI y las invisibilizó aún más.

4.4. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Estamos a favor de la decisión de TC, respecto a la inconstitucionalidad de la OR - 036; sin embargo, existen varias críticas a la fundamentación, debido a que no se toma en cuenta la relevancia que iba a tener la sentencia en el contexto de un conflicto social – que estaba escalando - por el desarrollo de Conga, es decir, el TC no tomó en cuenta el contexto de la emisión de la OR – 036 y lo que generaría una respuesta del TC en la población del AI del proyecto.

En la misma línea, el TC decide no pronunciarse sobre el EIA; sin embargo, al desarrollar su explicación sí se pronuncia de manera directa sobre el Instrumento de Gestión Ambiental (en adelante el IGA), lo que evidencia una contradicción del TC.

Finalmente, el TC decide invisibilizar a las Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas del AI del proyecto, para evitar desarrollar los temas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y de la Consulta Previa.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Problemas secundarios

5.1.1. Problemas secundarios de forma o procesales:

5.1.1.1. ¿El FN tiene legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036?

La contestación de la demanda de inconstitucionalidad, por parte del GORECAJ, tiene como argumento inicial que el FN no tiene legitimidad activa (Montoya, 2015, p, 62) para ingresar una demanda de inconstitucional en contra de la OR - 036 emitida por el GORECAJ.

Con este argumento, el GORECAJ intenta que, a partir de una falta de legitimidad activa (Montoya, 2015, p, 62) del demandante, el TC no analice el fondo de la controversia, es decir, que no analice la OR - 036.

Para conocer si el FN está legitimado para interponer una demanda de inconstitucionalidad, debemos trasladarnos a la Constitución, la cual, en su Título V, denominado “De las Garantías Constitucionales”, establece en el artículo 203⁵ inciso 2 que el FN está facultado para interponer la acción de inconstitucionalidad.

De la revisión del artículo 203° de la Constitución, podemos analizar que la Constitución otorga restricciones sobre materias de su especialidad o de su competencia a los GORES y a los Colegios Profesionales. Por ello, a partir de estas restricciones podemos entender lo que buscaba el GORECAJ al argumentar – en su contestación de la demanda - que el FN solamente podía interponer la acción de inconstitucionalidad en materias de su competencia.

Sin embargo, la Constitución no restringe, según la competencia o especialidad, la actuación del Presidente de la República, del FN, ni la del Defensor del Pueblo, para presentar una acción de inconstitucionalidad, como se puede deducir del artículo 203°.

⁵ Constitución: “Artículo 203°: Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (...)
2. El Fiscal de la Nación.
(...)”.

Adicionalmente, el TC realiza una explicación sobre el momento en que el GORECAJ pudo desarrollar su argumentación sobre la legitimidad del FN, para ello, nos remite al denominado “Recurso de Reposición”.

Según el Código Procesal Constitucional del 2004 (en adelante CPC2004) y el Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante CPCNuevo), ambos en el tercer párrafo del artículo 121°, señalan que contra los autos o los decretos que emita el TC se puede interponer recurso de reposición ante el mismo TC dentro de los tres días posteriores a la notificación.

Respecto al recurso de reposición, el TC, en el Expediente N° 01000-2019-AA (Reposición)⁶, señaló – mediante Auto –, lo siguiente:

“3. De conformidad con lo establecido por el párrafo tercero del artículo 121 del Nuevo Código Procesal Constitucional, el recurso de reposición procede contra decretos y autos, no contra resoluciones como la emitida en autos, por lo cual dicho recurso deviene en improcedente.

4. Por otro lado, la resolución cuestionada no adolece de vicio alguno de nulidad y lo que en realidad pretende la recurrente es que se reexamine la decisión adoptada, lo cual es manifiestamente improcedente, motivo por el cual debe desestimarse la solicitud de nulidad.”

Del citado Auto y de los Códigos mencionados, podemos afirmar que el Recurso de Reposición, desarrollado en el artículo 121° de CPCNuevo y del CPC2004, se interpone contra autos o decretos emitidos por el TC que adolecen de algún vicio de forma (Montoya, 2015, pp, 260 y 261), entre los cuales, encontramos la falta de legitimidad del demandante. Además, se interponen dentro de los tres días siguientes a la notificación, para que el propio TC resuelva el recurso en los dos días siguientes.

En nuestra opinión, el TC debió de desarrollar con mayor amplitud el artículo 203° de la Constitución, respecto a la legitimidad activa (Montoya, 2015, p, 62) del FN y la inexistencia de restricciones para interponer la acción de inconstitucionalidad, así como mostrar la real intención del GORECAJ: que no se analice el fondo de la controversia, en este caso, la OR - 036.

Antes de finalizar, debemos relacionar la actuación del FN, José Antonio Peláez Bardales, con la coyuntura política y conflictividad social existente en la Región de Cajamarca explicada en líneas arriba, para entender las causas que impidieron al propio Presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, interponer la demanda de inconstitucionalidad.

Finalmente, somos de la idea que el TC correctamente denegó el argumento del GORECAJ, respecto a la legitimidad activa (Montoya, 2015, p, 62) del Fiscal para ingresar la acción de inconstitucionalidad; sin embargo, no debió explayarse en el tema del recurso de reposición, sino que debió ampliar la explicación del artículo 203° de la Constitución, como lo hemos hecho en este Informe.

⁶ TC. Exp. N° 01000-2019-AA (Reposición).

En conclusión, el FN tiene legitimidad activa (Montoya, 2015, p, 62) para ingresar una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036, sin restricción alguna sobre la materia o competencia. Además, el TC debió ampliar su explicación sobre el artículo de la Constitución que otorga la posibilidad al FN de ingresar la demanda.

5.1.1.2. ¿La “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de la OR - 036?

Luego de analizar la legitimidad del FN para insertar la demanda de inconstitucionalidad, realizaremos un análisis sobre si el proceso de inconstitucionalidad es el adecuado para analizar la constitucionalidad de la OR - 036.

Cuando nos referimos al proceso de inconstitucionalidad, debemos partir de la Constitución, específicamente, del artículo 200° inciso 4 referido a la garantía constitucional denominada “Acción de Inconstitucionalidad”, la cual, se interpone o procede contra “las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Respecto al entidad que tendrá a su cargo la resolución de la demanda de inconstitucionalidad, la propia Constitución señala que el TC tiene la exclusividad para resolver los procesos de inconstitucionalidad, además, la Carta Magna precisa que el proceso de inconstitucionalidad tendrá como características principales: una instancia única y definitiva.⁷

Hasta este momento, hemos analizado que el TC es la instancia única y definitiva en un proceso de inconstitucionalidad, también, hemos analizado que el FN tiene legitimación activa para ingresar la demanda, por lo que, corresponde analizar si la OR - 036 emitida por el GORECAJ tiene rango de ley.

La Ley Orgánica que desarrolla el capítulo de la Constitución referido al proceso de Descentralización es la LBD. Esta LBD tiene como objetivo principal: “regular la estructura y organización del Estado en forma democrática, descentralizada y desconcentrada, correspondiente al Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales”⁸.

En la misma línea, la LBD tiene como finalidad: “el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el

⁷ Constitución: “Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

(...)”.

⁸ LBD: Artículo 1°.

equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población”.⁹

La LBD cumple su objetivo de regular la estructura y organización del Estado en sus tres niveles de gobierno, pero no desarrolla específicamente las Ordenanzas Regionales y sus características.

Para tener un mejor conocimiento de los Gobierno Regionales y sus ordenanzas, debemos revisar la LOGR. Esta LOGR tiene como finalidad desarrollar “la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales”¹⁰ conforme a la Constitución y a la LBD.

En el capítulo I del Título III, la LOGR desarrolla el régimen normativo del ordenamiento normativo regional, específicamente, en sus artículos 37° y 38° se precisa que las Ordenanzas Regionales son emitidas por el Consejo Regional¹¹ y “norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia”¹².

Con lo analizado hasta el momento, podemos concluir que las Ordenanzas Regionales emitidas por el Consejo Regional de los GORES ingresan en lo indicado por el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución: “normas regionales de carácter general”.

Sin embargo, en el presente informe, tenemos como objetivo realizar un análisis más específico, respecto al rango que tiene una ordenanza regional y las razones precisas que abren paso a la presentación de una acción de inconstitucionalidad contra una de estas ordenanzas, por ello, nos remitiremos al primer párrafo del artículo 43° de la LOGR que nos ayudará a responder la pregunta del presente problema secundario:

“Las Ordenanzas y Decretos Regionales pueden impugnarse mediante los mecanismos de acción de inconstitucionalidad y acción popular, respectivamente, en la vía correspondiente.”¹³

En conclusión, el artículo 43° de la LOGR nos aclara dos temas muy importantes y que resuelven nuestra pregunta: i) Las Ordenanzas Regionales tienen rango de ley y que ii) la vía adecuada para contradecirlas es la acción de inconstitucionalidad.

A partir de las conclusiones señaladas y de los desarrollado sobre la acción de inconstitucionalidad, pasaremos a analizar la sentencia materia del presente Informe, específicamente, el numeral 8 de la página 9, en el cual, el TC señala que el “proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, por lo que, será tramitado según el artículo 110° del CPC2004”.

⁹ LBD: Artículo 3°.

¹⁰ LOGR: Artículo 1°.

¹¹ LOGR : Artículo 37°.

¹² LOGR: Artículo 38°.

¹³ LOGR: Artículo 43.

Siguiendo lo señalado por el TC, el artículo 110° del CPC2004 se encuentra o forma parte de Título IX denominado “Proceso Competencial”, por lo que, podríamos pensar que estamos ante un error del TC; sin embargo, de la lectura del segundo párrafo del artículo señalado, se precisa, lo siguiente:

“Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad”.

De la cita del artículo 110°, podemos evidenciar que existe un claro conflicto de competencias entre el GN y el GORECAJ, pero que este conflicto es exclusivo de la OR -036 (norma con rango de ley), por ello, la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

Esta conducción de un conflicto de competencias hacia un proceso de inconstitucionalidad fue desarrollada con mayor amplitud por el TC en la Sentencia del Expediente N° 0020 – 2005-PI/TC y acumulados, en la cual, se advierte a nivel formal la existencia de un Ordenanza Regional – rango de ley - posiblemente inconstitucional, pero no se puede dejar de lado la existencia de un conflicto de competencias positivo a nivel material.¹⁴

En nuestra opinión, el TC comete el mismo error que cometió al momento de desarrollar el tema de la legitimación activa (Montoya, 2015, pp, 260 y 261) del FN, debido a que no desarrolla de manera clara y amplia las razones que llevaron a concluir que el presente proceso es en esencia un conflicto de competencias.

Desde nuestro punto de vista, lo que intenta el TC es realizar un resumen de su jurisprudencia; sin embargo, omite desarrollar correctamente los principios de jerarquía y competencia, los cuales, son fundamentales para entender la diferencia entre el proceso de competencia y el proceso de inconstitucionalidad.^{15 16}

A modo de ampliación de lo que el TC intentó resumir, el principio de jerarquía implica la existencia de una norma de mayor rango que otra, por ello, pueden existir leyes que vayan en contra de la Constitución, leyes que vayan en contra de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, leyes, entre otros ejemplos de jerarquía.^{17 18}

Para entender el principio de competencia, el cual, está estrechamente ligado al principio de jerarquía, debemos responder la siguiente pregunta: ¿Qué sucede cuando existe un conflicto entre normas de diferentes niveles de gobierno, como el presente caso materia del informe, es decir, entre normas del Gobierno Nacional – Leyes, Decretos Legislativos, entre otras normas - y del Gobierno Regional – Ordenanza Regional – que tienen el mismo rango de ley?^{19 20}

¹⁴ TC: STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 31.

¹⁵ TC: STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 31.

¹⁶ TC: STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 19.

¹⁷ TC: STC – 00047-2004-AI. Fundamentos 55 al 61.

¹⁸ TC: STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 19.

¹⁹ TC: STC – 00047-2004-AI. Fundamentos 62 al 65.

²⁰ TC. STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 19.

La respuesta es que el principio de jerarquía no será suficiente para solucionar el conflicto generado por la norma emitida por GORECAJ, sino que necesitaremos del principio de competencia para analizar si la OR - 036 cumple con adecuarse al ordenamiento jurídico nacional, es decir, si está acorde con la Constitución, la LBD, la LOGR y otras normas que desarrollen las competencias de cada uno de los niveles de gobierno.^{21 22}

Tomando en consideración lo explicado hasta el momento, se puede comprender mejor los fundamentos 9 y 10 de la Sentencia materia del presente informe, es decir, el TC, siguiendo los principios de jerarquía y de competencia, tiene que realizar una delimitación de los ámbitos de competencia en conflicto: el ámbito regulatorio del sector minero y el ámbito regulatorio de la protección del medio ambiente – específicamente: intangibilidad de las cabeceras de cuenca -.

A nuestro entender, el TC, respecto a la delimitación de los ámbitos competenciales, pudo ser más específico desde el inicio de la delimitación de las competencias en conflicto.

Por ejemplo: el TC pudo indicar que la OR - 036 mostraba como competencia exclusiva de los GORES la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su territorio, mientras que el FN precisaba que solamente la ANA es la competente para declarar intangibles las cabeceras de cuenca a nivel nacional.

Otro ejemplo es que el TC pudo diferenciar los tipos de minería: gran, mediana, pequeña y artesanal, para comprender mejor que la OR - 036 mostraba como competencia exclusiva de los GORES la regulación en todo el sector minero; y, por el contrario, el FN argumentaba que el único sector que podía desarrollar la regulación minera es el sector de Energía y Minas, dirigido por el MINEM.

Esta falta de especificación, al momento de delimitar las competencias en conflicto, se debe, a nuestro juicio, a la autorrestricción del TC para analizar la legalidad o constitucionalidad del acto administrativo que aprueba el EIA de Conga, debido, evidentemente, a no ser competente (más adelante analizaremos el problema del EIA y la declaratoria de inviabilidad de Conga).

A modo de síntesis, hasta este punto, tenemos claro que el FN tiene legitimación activa para realizar la acción de inconstitucionalidad. También, conocemos que la OR - 036 tiene rango de ley y la vía idónea para contradecirla es el proceso de inconstitucionalidad. Finalmente, entendimos que la controversia a nivel formal tiene como vía el proceso de inconstitucionalidad, pero a nivel material existe un evidente conflicto de competencias entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional, por lo que, se invocan dos principios: de jerarquía y de competencia.

²¹ TC: STC – 00047-2004-AI. Fundamentos 62 al 65.

²² TC: STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados. Fundamento 19.

En conclusión, la “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de una Ordenanza Regional, debido a que la OR - 036 tiene rango legal, por lo tanto, es imprescindible que se analice a partir de los principios de jerarquía y de competencia. Sin embargo, el TC omite desarrollar estos principios, que ayudarían a entender mejor las razones de su utilización en este tipo de procesos, además, el TC omite delimitar las competencias en conflicto, a causa de la autorrestricción para analizar el EIA y la concesión.

5.1.2. Problemas secundarios de fondo:

5.1.2.1. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible?

Al desarrollar su fundamentación sobre los temas de fondo, el TC no analiza directamente el primer artículo de la OR - 036, sino, por el contrario, deja para el punto 8 y 9 el análisis de las competencias sobre las cabeceras de cuenca. En este informe, analizaremos y desarrollaremos los artículos de la Ordenanza Regional por orden, para tener una explicación más didáctica y ordenada del fondo de la controversia.

El punto 8, denominado “Minería y protección de los recursos hídricos”, tiene algunas falencias, desde nuestra perspectiva, porque en ningún fundamento se desarrolla el tema de la minería propiamente, lo que hace el TC es desarrollar los siguientes temas: i) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, ii) la protección del agua, iii) la relevancia y valor del agua. Estos temas están ligados a la protección y cuidado del medio ambiente y del agua, pero demuestra que el TC intenta pronunciarse sobre la minería, pero retrocede al no mencionarla en sus fundamentos.

En el título del punto 9, denominado “Protección del ambiente, cabeceras de cuenca y competencias de los gobiernos regionales”, el TC recién analiza, independientemente de la Minería, el tema de las cabeceras de cuenca, pero continúa con el tema de la protección del medio ambiente, es decir, no quiere pronunciarse únicamente sobre los recursos hídricos, sino que intenta pronunciarse sobre algo que no puede: la concesión y el EIA de Conga.

Nuestra crítica se fundamenta en el orden, en el cual, se desarrollan los temas, porque, en nuestra opinión, no se puede hablar de minería y recursos hídricos sin antes desarrollar independientemente el tema de la protección de las cabeceras de cuenca – recursos hídricos -. Lo que hace el TC es desarrollar equivocadamente la relación entre la minería y los recursos hídricos, antes de analizar la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca – recursos hídricos - de manera independiente. Esta acción, en nuestra opinión, demuestra la importancia de la minería para el TC sobre el tema de los recursos hídricos y la necesidad – pese a las restricciones - de pronunciarse sobre la concesión y el EIA.

En esta línea argumentativa, desarrollaremos, en primer lugar, el tema de la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca independientemente del tema de la minería y de la protección del medio ambiente, así como las competencias del GN y el GORECAJ, respecto a los recursos hídricos.

Las cabeceras de cuenca están mencionadas y desarrolladas en la LRH, publicada el 31 de marzo del 2009, específicamente en el último párrafo de artículo 75° que indica, lo siguiente:

“El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua.”

De este párrafo del artículo 75° de la LRH, podemos obtener varias conclusiones: La primera: las cabeceras de cuenca son zonas, en las cuales, se originan las aguas. La segunda es que la única entidad para declarar zonas intangibles es la Autoridad Nacional, con opinión favorable del Ministerio del Ambiente (en adelante el MINAM). La tercera es que en estas zonas declaradas intangibles no se pueden otorgar derechos de uso, disposición o vertimiento de agua.

Es imposible no preguntarse quién es la Autoridad Nacional a la que se refiere el artículo mencionado, por ello, debemos remitirnos a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 977, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, la cual, crea la ANA.

Entonces, la ANA es un organismo público adscrito al Ministerio de Agricultura. Esta Autoridad Nacional tiene que dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos. Asimismo, es la encargada de elaborar la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos, ejerciendo potestad sancionadora en la materia de su competencia.²³

A modo de conclusión, podemos precisar que la ANA es la única entidad que puede declarar zonas de conservación, zonas de protección y zonas intangibles a las cabeceras de cuenca.

La LRH desarrolla las funciones de la ANA sobre las cabeceras de cuenca. En la misma línea, la LRH también desarrolla las funciones de los GORES y de los Gobiernos Locales, respecto al Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (en adelante SNRH): Participación en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos de las cuencas, en los Consejos de Cuenca y en desarrollo de acciones de control y vigilancia, en coordinación con la ANA, para garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos.²⁴

²³ Decreto Legislativo N° 997.

²⁴ LRH: Artículo 25°.

La LRH y su reglamento desarrollan las acciones que pueden desarrollar los GORES y gobiernos locales al momento de integrarse al SNRH de conformidad con sus leyes orgánicas, la LRH y su Reglamento. Por ello, se indica que tienen representación en el Consejo Directivo de la Autoridad Nacional del Agua y en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca.²⁵

A nuestro entender, luego de analizar las normas específicas sobre los recursos hídricos, entre los cuales, se encuentran las cabeceras de cuenca, el TC pudo desarrollar el tema de las cabeceras sin relacionar el tema de la minería y sin relacionar el tema de la protección ambiental, para llegar a una conclusión igual, pero sin darle mayor relevancia a la minería y a la protección al medio ambiente – EIA.

No olvidemos que el TC en la última parte de su fundamento 8 indica que no podrá desarrollar el tema del EIA de Conga, debido a que son actos administrativos; sin embargo, se contradice al intentar pronunciarse sobre el proyecto minero y sobre su EIA aprobado, a través del desarrollo de la declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca.

Volviendo al análisis del punto 8²⁶, el TC cita la Sentencia emitida en el Expediente N° 0048 – 2004-AI/TC para desarrollar el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, el cual, se encuentra explícito en el inciso 18 del artículo 2° de la Constitución. Este derecho es importantísimo; sin embargo, somos de la opinión que no tiene relación directa con el análisis de las competencias sobre las cabeceras de cuenca.

En la misma línea, el TC, en su fundamento 28, se refiere a la protección del agua y a la posibilidad de que los sistemas hidrográficos se vean contaminados; sin embargo, no relaciona esta contaminación con la actividad minera. En este mismo fundamento, el TC ingresa a los temas del cambio climático y el calentamiento global; sin embargo, nuevamente, en nuestra opinión, estos temas no tienen relación directa o indirecta con el análisis de las competencias sobre las cabeceras de cuenca.

En el penúltimo fundamento del punto 8²⁷, el TC desarrolla la relación entre la protección del agua y su escasez en el futuro, por ello, invoca la LRH como la ley base para desarrollar la política pública sobre la gestión de los recursos hídricos. Nuevamente, el TC desarrolla, a nuestro juicio, temas que no tienen relación directa con el análisis de las competencias sobre las cabeceras de cuenca.

En el último fundamento del punto 8²⁸, el TC nos recuerda que en su jurisprudencia ha establecido la relevancia del derecho al agua potable y a la importancia de proteger los servicios ambientales y de almacenamiento de agua.

²⁵ Reglamento de la LRH: Artículo 15°.

²⁶ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 27.

²⁷ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 29.

²⁸ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 30.

En síntesis, el punto 8²⁹ de la Sentencia no se refiere a la minería, no se refiere a las cabeceras de cuenca, por lo que, en nuestra opinión, los fundamentos resultan irrelevantes para conocer las competencias sobre las cabeceras de cuenca. Somos de la idea que el TC, en un primer momento y por el título, intentó desarrollar el tema de la minería y su relación con los recursos hídricos; sin embargo, retrocedió en su intento, debido a que tendría que mencionar por lo menos la concesión y el EIA de Conga, temas que el TC está impedido de pronunciarse.

Respecto análisis del punto 9³⁰, el TC, en el fundamento 31, desarrolla una definición de cabeceras de cuenca y la importancia de su protección, sin citar la norma, jurisprudencia o doctrina que desarrollan la definición. Además, el TC agrega que las acciones de protección de las cabeceras tienen que ser reales y efectivas, por ello, deben formar parte del SNRH. No existe una cita sobre el tema del Sistema, ni alguna referencia a la LRH.

En nuestra opinión, es positiva la definición del TC, ya que amplía la definición dada por la LRH; sin embargo, el TC pudo haber indicado la fuente de la definición y citar la LRH para tener un mejor panorama del SNRH y su importancia para la protección del agua.

Desde el fundamento 27 al fundamento 31, el TC no menciona el Proyecto, ni mucho menos al EIA de Conga, pese a que el título 8. menciona a la minería. En nuestra opinión, la decisión que toma el TC de no pronunciarse sobre la concesión y el EIA es correcto; sin embargo, en el fundamento 32, el TC contradice lo señalado en el fundamento 8.

En el análisis del fundamento 32, El TC de manera sorprendente y contradiciendo su fundamento 8, decide pronunciarse sobre el EIA y sobre la ejecución de Conga señalando que el artículo 1° de la OR - 036 tiene como objetivo que el EIA se invalide, lo que generará, según el TC, la inejecución del Proyecto Minero Conga.

Esta afirmación del TC evidencia, lo que indicábamos en líneas arriba, la relevancia que tiene la minería y, específicamente, el Proyecto Minero y su EIA, para el Tribunal.

Es tal la relevancia del Proyecto Conga y del EIA que el TC se pronuncia de manera inconstitucional y contradictoria sobre actos administrativos: Otorgamiento de Concesión y Aprobación de EIA; pese a que no tiene la competencia para pronunciarse y pese a que en su fundamento 8 indicó que no podía pronunciarse sobre actos administrativos.

La misma contradicción continúa en el fundamento 33, porque el TC analiza los considerandos de la Ordenanza para afirmar – sin fundamentación alguna – que los cuestionamientos al EIA del Proyecto sirvieron al GORECAJ para que se emitan los artículos de la Ordenanza, específicamente, el artículo sobre las cabeceras de cuenca.

²⁹ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamentos 27, 28, 29 y 30.

³⁰ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamentos 31, 32, 33, 34, 35 y 36.

En el fundamento 34, lamentablemente, el TC continúa pronunciándose sobre el IGA y sobre el Proyecto Minero con una afirmación sin sustento, como si el Pleno actuara como una de las partes: “La Ordenanza plantea proteger a determinado sector de la población cajamarquina de un proyecto minero cuyo EIA tiene, supuestamente, serias deficiencias”. En la parte final del fundamento bajo análisis, recién el TC se pregunta sobre las competencias que tiene el GORECAJ para regular las cabeceras de cuenca; sin embargo, menciona nuevamente “la supuesta amenaza originada por el proyecto Conga y detectada por el Gobierno Regional”.

En nuestra opinión, así como todos los fundamentos del punto 8, los fundamentos 31 al 34 del punto 9 no tienen relación alguna con el problema de las competencias sobre las cabeceras de cuenca, pero sí nos muestran que el TC se contradice de manera categórica al pronunciarse sobre el Proyecto Minero y sobre su EIA, pese a no tener la competencia y establecer en su fundamento 8 su negativa de pronunciarse sobre los actos administrativos. Esta relevancia dada al Proyecto y a su EIA muestra una parcialidad del Pleno hacia la empresa minera, el proyecto y su EIA, pese a que solamente se tenía que analizar las competencias sobre las cabeceras de cuenca.

Finalmente, el TC, en sus fundamentos 35 y 36, realiza el mismo análisis que hemos desarrollado al inicio del presente problema, es decir, el Pleno cita la LRH, específicamente, su artículo 75° para desarrollar el tema de la declaratoria de zonas intangibles a las cabeceras de cuenca por la ANA³¹. Asimismo, cita el artículo 4° de la LRH para indicar que la ANA es la Autoridad Nacional. Por lo tanto, el TC concluye que la entidad encargada de establecer como zonas intangibles a las cabeceras de cuenca es la ANA y no el GORECAJ.

En conclusión, el GORECAJ no es competente para emitir una Ordenanza que declare la intangibilidad de las cabeceras de cuenca; porque, la única entidad competente a nivel nacional para declarar la intangibilidad de este tipo de zonas es la ANA, previa opinión favorable del MINAM. Además, TC se contradice al pronunciarse sobre el Proyecto Minero y sobre su EIA, pese a su autorrestricción para pronunciarse sobre los actos administrativos, lo que demuestra la parcialización del TC hacia la empresa minera, el proyecto y su EIA.

5.1.2.2. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que declara inviable la ejecución de Conga para proteger el medio ambiente de la zona de desarrollo del proyecto minero?

Antes de responder el presente problema secundario, debemos recordar y retirar lo señalado por el TC en su considerando 8, es decir, la autorrestricción del TC para realizar un análisis de la concesión y del EIA de Conga.³²

Como comentamos en líneas arriba, existe una evidente restricción del TC para ingresar a los actos administrativos: EIA y Concesión de Conga; sin embargo, el

³¹ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 35.

³² TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 8.

TC tiene la posibilidad de aclarar y desarrollar las competencias de los GORES y del GN en temas de minería a nivel general.

En el análisis del problema secundario anterior, demostramos que el TC pudo desarrollar de forma clara y precisa las competencias referidas a declaratoria de intangibilidad de las cabeceras de cuenca; no obstante, decidió contradecir su propia restricción sobre no pronunciarse sobre los actos administrativos, lo que en nuestra opinión es inconstitucional y va más allá de las competencias del propio tribunal.

Para mostrar el presente problema secundario y responder la presente pregunta, debemos remitirnos, en primer lugar, al punto 7 (considerandos 19 al 26) de la sentencia, debido a que, en este tema y desde el inicio de su argumentación, el TC se centra exclusivamente en la LDB y la LOGR para mostrar las competencias en el tema de minería que tienen los GORES y el GN.

En los considerandos 19 y 20, es decir, desde el inicio del análisis, el TC afirma que el inciso 7 del artículo 192° de la Constitución otorga a los GORES las competencias para promover y regular actividades en materia de minería conforme a ley. Esta última frase de “conforme a ley” se refiere a la LDB y la LOGR.

A partir de lo señalado por la Constitución, podemos indicar, en la misma línea que el TC³³, que no están precisadas las competencias exclusivas³⁴, compartidas³⁵ o delegables³⁶ de los GORES en el sector minero, por ello, es necesario recurrir a la LDB³⁷, específicamente, al literal c) del artículo 36°³⁸ que desarrolla las competencias compartidas de los GORES para promocionar, gestionar y regular las actividades en su ámbito y nivel referidas al sector de minería.

Entonces, de la LDB³⁹ se desprende que los GORES y el GN tienen las competencias compartidas sobre el sector minero, pero no define cuáles son las competencias de cada uno de los niveles de gobierno, por ende, es ineludible revisar la LOGR para conocer con mayor claridad las competencias de los GORES a nivel del derecho de minas.

En la sentencia, el TC cita los artículos 10° y 59° de la LOGR para analizar las atribuciones específicas de los GORES en minería. En nuestra opinión, el artículo 10° es una reiteración del artículo 36° de la LDB, por lo que, es innecesario desarrollarlo. Por ello, en nuestro análisis de la LOGR, así como también señala el TC en su sentencia⁴⁰, la LOGR desarrolla en su Capítulo II las funciones específicas de los GORES, concretamente, en el artículo 59°.

³³ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 21.

³⁴ LDB: Artículo 13°.

³⁵ LDB: Artículo 13°.

³⁶ LDB: Artículo 13°.

³⁷ LDB: Artículo 31°.

³⁸ LDB: Artículo 36°.

³⁹ Artículo 36°, literal c).

⁴⁰ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 22.

La LOGR⁴¹, en el artículo mencionado en la parte final del párrafo anterior, define la competencia de los GORES en el tema de las minas otorgándoles una serie atribuciones en materia de minería, las cuales, tienen que desarrollarse de acuerdo con las políticas nacionales y los planes sectoriales⁴². También, les otorga la capacidad de fomentar y supervisar las actividades de la PMyMA, así como la exploración y explotación de los recursos mineros en sus regiones⁴³.

Finalmente, en el literal f) del artículo bajo análisis, la LOGR responde una parte de nuestra pregunta sobre las competencias en materia del derecho minero, es decir, nos precisa que los GORES pueden otorgar concesiones para PMyMA dentro de sus jurisdicciones, entonces, al ser competencias compartidas, el GN tiene competencias para otorgar concesiones que no sean de PMyMA.

Respecto a la clasificación de la minería, la cual, debió ser desarrollada por el TC al momento de delimitar las competencias en conflicto, existen cuatro tipos:

- i. Gran Minería: Cuando su capacidad de producción es superior a las 5000 Toneladas Métricas por día (en adelante TM/día).⁴⁴
- ii. Mediana Minería: Cuando su capacidad de producción es superior a las 350 TM/día e inferior a las 5000 TM/día.⁴⁵
- iii. Pequeña Minería: Cuando el tamaño de la concesión se encuentra dentro del rango de las 1000 Ha. hasta 2000 Ha. o cuando su capacidad de producción es superior a las 25 TM/día e inferior a las 350 TM/día.⁴⁶
- iv. Minería Artesanal: Cuando el tamaño de la concesión no excede las 1000 Ha. o cuando su capacidad de producción no excede las 25 TM/día.⁴⁷

En nuestra opinión, el TC de manera correcta desarrolla las competencias que tienen los GORES, respecto a la minería; no obstante, el TC no desarrolla, ni analiza concretamente el artículo 2° de la OR - 036, en la cual, se declara la no viabilidad de Conga, y que a nuestro parecer resulta importantísimo, debido a que existen dos temas que abarca la inviabilidad del proyecto: a) La concesión otorgada a MY; y, b) el EIA de Conga.

Para comprender mejor lo que implica la inviabilidad de la ejecución del Proyecto Conga, tenemos que conocer la definición de inviabilidad: “Que no tiene posibilidades de llevarse a cabo”⁴⁸.

⁴¹ Ley de Gobiernos Regionales. Artículo 59°

⁴² Ley de Gobiernos Regionales: “Artículo 59°

⁴³ Ley de Gobiernos Regionales: “Artículo 59.

⁴⁴ DS: N° 002-91-EM-DGM - Artículo 1°, literal g).

⁴⁵ DS: N° 002-91-EM-DGM - Artículo 1°, literal g).

⁴⁶ TUO de la LGM: “Artículo 91°.

⁴⁷ TUO de la LGM: “Artículo 91°.

⁴⁸ RAE.

Entonces, el GORECAJ señala que Conga no puede llevarse a cabo, debido a que existen “inconsistencias técnico – legales del EIA”⁴⁹, pero no indica si esta inviabilidad afecta la concesión de la empresa, es decir, el GORECAJ no se pronuncia precisamente sobre la nulidad de la concesión otorgada o sobre la nulidad propiamente del EIA aprobado, lo único que señala es que el Proyecto Conga no se puede ejecutar, porque hay falencias en el EIA, sin precisar una sola falencia en el artículo de la OR bajo análisis⁵⁰.

Desde el primer momento que revisamos la OR - 036, nos preguntamos: ¿Por qué el GORECAJ no declara la extinción de la concesión minera de la empresa o por qué el GORECAJ no declara nulo el acto administrativo que aprobó el EIA del proyecto?

La respuesta, a nuestro modo de ver, es que el GORECAJ tenía pleno conocimiento de su falta de competencia para declarar, por alguna causa establecida en la legislación minera, la extinción de una concesión minera y de declarar nulo un EIA, por ello, es necesario analizar el tema de la inviabilidad y lo que se esconde detrás de esta palabra, para entender lo que abarca la declaratoria de inviabilidad.

A) **Sobre la concesión minera otorgada a MY:**

En el Perú, las concesiones mineras se definen por el TUO de la LGM⁵¹, específicamente, por los artículos 9^o⁵² y 10^o⁵³. Además, la doctrina define a la concesión minera como “un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, que autoriza a realizar una actividad exploración-desarrollo-explotación, o de beneficio, labor general o transporte minero” (Belaunde, 2011, p. 57).

En la misma línea, el TC también ha desarrollado en su jurisprudencia la definición de concesión minera:

“8. La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, otorga por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.”⁵⁴

Entonces, se puede colegir de la legislación minera, de la doctrina sobre Derecho Minero y de la jurisprudencia del TC que la concesión otorgada a MY es un acto

⁴⁹ GORECAJ. OR – 036: Artículo 2°

⁵⁰ GORECAJ. OR – 036: Artículo 2°

⁵¹ DS: N° 014-92-EM.

⁵² TUO de la LGM: Artículo 9°.

⁵³ TUO de la LGM: Artículo 10°.

⁵⁴ TC: Exp. N°0048-2004-PI/TC. Fundamento 108.

administrativo irrevocable, mientras se cumplan las obligaciones establecidas por la ley.

En síntesis y a modo de conclusión, el GORECAJ no es competente para otorgar la concesión sobre el Proyecto Minero Conga, porque Conga pertenece a la denominada “Gran Minería”, debido a que tendrá una capacidad de producción de 92,000 TM/día (KNIGHT, 2010, p. 79). Además, porque, de la documentación y argumentación existente en los actuados del proceso de inconstitucionalidad, MY no ingresó en alguna causal de extinción de la concesión establecida en el TUO de la LGM⁵⁵.

B) Sobre el EIA de Conga:

En el literal A), realizamos un breve análisis de uno de los temas que está inmersos en el artículo 2° de la OR - 036, es decir, la concesión minera otorgada a MY y la imposibilidad del GORECAJ de declarar su extinción, debido a que el Conga se encuentra dentro de la clasificación de Gran Minería.

En el presente literal, realizaremos un análisis del segundo tema que contiene la palabra “inviabile” del artículo 2° de la OR - 036 emitida por GORECAJ: El EIA aprobado de Conga.

El TC desarrolla las competencias normativas en materia ambiental de los GORES, específicamente, en el punto 10 (considerandos 37 al 41). En este tema, el TC, omite la LBD y desarrolla directamente lo que señala la LOGR, específicamente, los artículos 10° y 53°, respecto a las competencias compartidas de los GORES y el GN sobre la “gestión sostenible de los recursos naturales, mejoramiento de la calidad ambiental y gestión del cambio climático”⁵⁶, a través del control y supervisión del “cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción”, así como “imponer sanciones ante la infracción de normas ambientales regionales”⁵⁷.

Hasta este punto, se desprende del artículo 36° de la LDB – pese a que el TC no se remite a esta ley, como sí lo hizo en el tema de la minería -, y de los artículos mencionados en el párrafo anterior sobre la LOGR que los GORES pueden controlar y supervisar los EIAS de su jurisdicción, es decir, de la PMyMA.

Finalmente, los TC recurre a la LSINEIA – artículo 18°⁵⁸ - para determinar de manera específica que los GORES pueden “emitir la certificación ambiental de los proyectos que, dentro del marco del proceso de descentralización, resulten de su competencia”, es decir, sobre los proyectos de PMyMA.

En síntesis, el TC desarrolla las competencias de los GORES y del GN, respecto a los EIAS, concluyendo que el GORECAJ solamente puede evaluar y aprobar los EIAS de los proyectos de la PMyMA.

⁵⁵ TUO de la LGM: Artículo 58°.

⁵⁶ LOGR: Artículo 10°.

⁵⁷ LOGR: Artículo 53°.

⁵⁸ LSINEIA: Artículo 18°.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con lo señalado por TC; sin embargo, el principal argumento, y que ya ha sido desarrollado en líneas arriba, para demostrar que el GORECAJ no tiene la competencia para declarar nulo el EIA de Conga es que los GORES solamente tienen competencias para la PMyMA. En otras palabras, si el GORECAJ no tiene la competencia para declarar la extinción de la concesión minera de un proyecto de la Gran Minería, entonces, tampoco podrá declarar la nulidad del EIA de un proyecto de la Gran Minería.

En conclusión, el GORECAJ no es competente para emitir la OR - 036 que declara la no viabilidad de Conga, debido a que no tiene la competencia para otorgar concesiones mineras a la Gran Minería y tampoco puede extinguirlas. Asimismo, el GORECAJ no tiene las competencias para evaluar y aprobar los EIAS de los proyectos mineros de la Gran Minería y tampoco puede declararlos nulos. Además, el TC debió analizar de manera general los temas de concesión y de EIAS, sin ingresar al caso en concreto, para desarrollar correctamente los tipos de minería y las competencias minero - ambientales de cada uno de los niveles de gobierno.

5.1.2.3. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR – 036 que encarga al Presidente Regional la realización de acciones técnico – legales para canalizar ante el Congreso una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga?

En la revisión y en el análisis de la sentencia, como ya comentamos en líneas arriba y en varias oportunidades, el tema que más resalta es la restricción que tiene el TC para poder pronunciarse sobre los actos administrativos: concesión minera y EIA. Estos dos temas son importantísimos para entender la emisión de la OR; sin embargo, el TC inicialmente aclara que no puede pronunciarse sobre los mismos. Evidentemente, esta restricción no permite un correcto análisis de toda la OR - 036.⁵⁹

Esta imposibilidad del Pleno para pronunciarse sobre el EIA y la concesión del Proyecto Conga hace que el análisis del artículo 3° de la OR - 036; respecto al encargo que el GORECAJ hace al Presidente Regional, para que solicite ante el Congreso una investigación sobre el contexto en el que se aprobó el EIA de Conga; se dé en un solo fundamento – párrafo -.⁶⁰

El TC, en su considerando 69, afirma que el GORECAJ sí tiene las competencias para coordinar con el Congreso la posibilidad de una investigación sobre la aprobación del EIA de Conga, para ello, se apoya en los artículos 68° y 69° del Reglamento del Congreso; sin embargo, en nuestra opinión, la base jurídica que otorga competencias al GORECAJ está en la LBD.⁶¹

En su Título VIII, denominado “Relaciones de Gobierno”, la LBD, específicamente, en su artículo 50°, lo siguiente:

⁵⁹ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 8.

⁶⁰ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 69.

⁶¹ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 69.

*“Artículo 50.- Relaciones con el Congreso de la República:
Los gobiernos regionales y locales se relacionan con el Congreso de la República, a través de los Congresistas y sus Comisiones de Descentralización y Regionalización, y de Gobiernos Locales, en asuntos de iniciativa legislativa, normatividad, intercambio de información y fiscalización. Tienen asimismo el derecho y obligación de participar en el proceso de sustentación y aprobación de sus presupuestos institucionales.”*

Del artículo citado, podemos señalar que los GORES tienen la competencia para coordinar con el Congreso sobre distintos temas, entre los cuales, encontramos la solicitud de una investigación sobre el contexto de aprobación del EIA de Conga.

En nuestra opinión, el TC desarrolló raudamente y de manera equivocada el análisis del artículo 3° de la OR - 036, debido a la urgente necesidad de emitir el fallo que declaraba inconstitucional la OR - 036 emitida por el GORECAJ y al conflicto que se desarrollaba en la Región Cajamarca.

Asimismo, a nuestro entender, los miembros del TC imaginaron que la declaración de inconstitucionalidad de la OR - 036 iba a frenar el conflicto originado por Conga, por ello, no realizaron un correcto análisis del artículo 3° de la OR - 036. Además, como veremos más adelante, tampoco desarrollaron un análisis correcto del artículo 4° de la OR - 036, debido, a nuestro juicio, a la premura por poner paños fríos al conflicto que se estaba desarrollando en la Región Cajamarca.

En resumen, el GORECAJ sí tiene la competencia para encargar al Presidente Regional las coordinaciones ante el Congreso, para solicitar una investigación sobre la aprobación de un EIA; sin embargo, la base normativa no es el Reglamento del Congreso, sino la LBD⁶².

A modo de conclusión, en nuestra opinión, el TC tenía el tiempo en contra para emitir la presente sentencia, por ello, desarrolló en un solo considerando el análisis del artículo 3° de la OR - 036. Asimismo, esta premura por emitir la sentencia, con la creencia de que solucionaría el conflicto que se estaba desarrollando, hizo que la base normativa utilizada sea equivocada, debido a que el Reglamento del Congreso no es la norma que otorga la competencia a los GORES para coordinar con el Congreso, sino la LBD⁶³.

5.1.2.4. ¿El GORECAJ es competente para emitir la OR - 036 que deja sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la misma?

Luego de analizar las competencias de los GORES para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca y la inviabilidad de proyectos mineros de la Gran Minería – que incluye la extinción de las concesiones mineras y la nulidad de los EIAs -, el TC, en nuestro análisis, se pronuncia de manera apresurada y equivocada sobre el artículo 3° de la OR - 036.

⁶² LBD: Artículo 50°.

⁶³ LBD: Artículo 50°.

En la misma línea argumentativa que el anterior problema secundario, el Tribunal Constitución analiza el artículo 4° de la OR - 036 en dos oraciones⁶⁴ y sin sustento normativo alguno: “(...) una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley”⁶⁵.

Si, a nuestro entender, el artículo 3° de la OR - 036 fue analizado de manera rauda y se cometió el error de fundamentar con el Reglamento del Congreso, pese a que la LDB es bastante clara, respecto al tema de las coordinaciones de GORES y Congreso. Entonces, para el análisis del artículo 4°, a nuestro modo de ver, no hubo tiempo de desarrollar la fundamentación en un párrafo, ni tampoco la base normativa. Por ello, el TC argumenta que si los artículos 1° y 2° de la OR han sido declarados inconstitucionales, entonces, el artículo 4° también lo es⁶⁶.

Somos de la opinión que el TC debió realizar una mejor explicación sobre la competencia de los GORES, a través de sus Ordenanzas Regionales, para dejar sin efecto normas con rango legal. Por ello, en este problema, desarrollaremos la fundamentación que el TC no realizó, debido, desde nuestra perspectiva, a la urgente necesidad de emitir el fallo, para solucionar el conflicto social originado por el posible desarrollo de Conga.

En líneas arriba, analizamos que las Ordenanzas Regionales tienen Rango de Ley⁶⁷, por ello, solamente pueden impugnarse mediante la acción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 200° inciso 4 de la Constitución. No obstante, las Ordenanzas Regionales se cumplen de manera obligatoria únicamente en sus jurisdicciones⁶⁸, es decir, la OR - 036 que estamos analizando en la presente acción de inconstitucionalidad solamente tiene obligatoriedad en la Región Cajamarca.

Asimismo, las Ordenanzas Regionales no pueden ir contra las competencias exclusivas de los Gobiernos Locales, ni del GN⁶⁹, es más, estas normas con rango de ley no pueden contradecir a la Constitución ni a las leyes de la República⁷⁰, como por ejemplo: la LDB y la LORG.

En relación a lo antes expuesto, la Constitución, la LDB y la LORG no le otorgan la competencia a los GORES para emitir Ordenanzas Regionales que vayan contra competencias del GN o de los Gobiernos Locales, pero sí pueden dejar sin efecto cualquier disposición legal de la misma jurisdicción. En el presente caso, la OR - 036 emitida por el GORECAJ intenta dejar sin efecto normas del GN, yendo en contra de la Constitución, la LDB y la LOGR⁷¹. Además, se debe resaltar la premura del TC de emitir la presente sentencia, lo que motivó, desde nuestra perspectiva, la inexistente fundamentación sobre el 4° de la OR – 036.

⁶⁴ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. En la parte final del fundamento 69.

⁶⁵ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 69.

⁶⁶ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 69.

⁶⁷ LOGR: Artículo 43°.

⁶⁸ LDB: “Artículo 10°.

⁶⁹ LDB: “Artículo 10°.

⁷⁰ LDB: Artículo 11°.

⁷¹ LDB: Artículo 10° y 11°.

Hasta este punto, hemos desarrollado los problemas secundarios que están estrechamente ligados a responder el problema principal; sin embargo, existen temas que deben ser abordados imprescindiblemente para entender las causas que llevaron al GORECAJ a emitir una OR - 036 completamente inconstitucional, así como también para entender la premura del TC de emitir la presente sentencia, lo que motivó, desde nuestra perspectiva, el incorrecto análisis de los artículos 3° y 4° de la OR - 036, así como los errores al momento de fundamentar y la inexistente fundamentación, respectivamente.

5.2. Problemas complementarios:

5.2.1. ¿Pudieron participar las poblaciones del AI del Proyecto Minero y MY en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036?

Conga, como explicamos en líneas arriba, es propiedad de MY (Newmont, 2024). Este Proyecto tiene un AI, es decir, aquella “área sobre la cual el proyecto de inversión podría generar algún impacto significativo ambiental y social, directo en indirecto” (SENACE, 2019, p. 2). Esta AI se divide en dos: Área de Influencia Directa (en adelante AID) y Área de Influencia Indirecta (en adelante AII) (SENACE, 2019, p. 2).⁷²

De la revisión del EIA de Conga, se desprende que existen 11 (Knight, 2010, p. RE – 15) caseríos que se encuentran dentro del AID y 21 (Knight, 2010, p. RE – 16) caseríos que se encuentran dentro del AII – se incluyen los Distritos de Sorochuco y Huasmín, pertenecientes a la Provincia de Celendín; y el Distrito de La Encañada, perteneciente a la Provincia de Cajamarca -.

En consecuencia, la existencia de poblaciones que se verán afectadas por Conga es innegable.

La pregunta del problema complementario surge, luego de la revisión de la Sentencia, ya que el TC no hace referencia directa, ni indirecta a estas poblaciones que se verán afectadas, en distintos niveles, por los impactos de Conga.

En nuestra opinión, existen varias perspectivas para intentar entender el no pronunciamiento, durante el proceso de inconstitucionalidad y en la sentencia, respecto a las personas que están dentro del AI. Por ello, en el presente Informe, analizaremos dos aspectos: i) la no participación en el proceso de inconstitucionalidad y ii) la invisibilización de las poblaciones afectadas al momento de tomar decisiones en proyectos de gran envergadura.

i) No participación en el proceso de inconstitucionalidad:

En líneas arriba, al momento de desarrollar el tema de la legitimación activa (Montoya, 2015, pp. 260 y 261), comprendimos que las partes en el presente proceso son: por un lado, el GORECAJ que emitió la OR - 036, y, por el otro, el FN, que interpuso la demanda de inconstitucionalidad; sin embargo, existen

⁷² Una de las principales críticas, respecto al AI, es que la propuesta de área de influencia de un proyecto es dada por la misma empresa minera.

otros actores que tienen intereses sobre la decisión que tomará el TC, los cuales, no han sido mencionados en la Sentencia, pero que, en nuestra opinión, sí debieron tener la posibilidad de participar durante el proceso para que la Sentencia pueda visibilizar a las poblaciones que se verán afectadas por el desarrollo de Conga.

De la revisión del expediente del proceso de inconstitucionalidad, resalta el pedido de MY para participar en el proceso como “amicus curiae”⁷³; sin embargo, el TC, mediante auto denominado “Resolución del Tribunal Constitucional” de fecha 13 de marzo, decidió denegar el pedido de MY para participar en el proceso, debido a que el TC argumentó que no emitió “solicitud alguna a Yanacocha a fin de que brinde información sobre aspecto alguno en el presente caso”.⁷⁴ Entonces, la denegatoria de ser “amicus curiae”, en primer lugar y a nuestro entender, fue correcta, debido a que MY no cumplía los requisitos⁷⁵ para serlo.

Este pedido y su denegación, desde nuestra perspectiva, es la causa principal para que el TC desarrolle su fundamento 8., el cual, ya hemos analizado y reiterado en varias ocasiones durante el presente informe; además, cierre la posibilidad de pronunciarse sobre la empresa, la concesión, el EIA, el conflicto y las poblaciones del AI de Conga.

Bajo nuestro punto de vista, el TC debió dejar participar a MY, ya sea como “litisconsorte facultativo”⁷⁶, es decir, “quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso”⁷⁷, el cual, no estaba regulado en el CPC2004 (Montoya, 2015, p. 263).

¿Por qué consideramos que sí era necesario aceptar la participación de MY en el presente proceso?

Porque, en primer lugar, el TC debió de conocer las causas que originaron la emisión de la OR – 036 emitida por el GORECAJ, es decir, no solamente quedarse en el análisis de la OR - 036 propiamente, sino conocer y analizar las razones que llevaron al GORECAJ a emitir una Ordenanza que, como hemos analizado en líneas arriba, era evidentemente inconstitucional.

En segundo lugar, porque el conocimiento de los hechos anteriores a la emisión de la OR - 036 hubiera servido para que el TC desarrolle otros temas importantes, no necesariamente específicos, pero que ayuden a la solución del conflicto que se desarrollaba en la realidad.

⁷³ Reglamento Normativo del TC - Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC.

⁷⁴ TC: Exp. N° 0001-20 12-PI/TC LIMA FISCAL DE LA NACIÓN. Resolución del TC (Auto) de fecha 13 de marzo del 2012. Pp. 1 y 2.

⁷⁵ Reglamento Normativo del TC - Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC y CPCNuevo: Artículo V del Título Preliminar.

⁷⁶ Al igual que el “amicus curiae”, el litisconsorte facultativo no estaba regulado en el CPC2004, por lo que, era necesario recurrir a la jurisprudencia del TC.

⁷⁷ CPCNuevo: Artículo 48°.

Finalmente, porque era la oportunidad perfecta para que, a través del Derecho, se pueda ayudar a prevenir y/o solucionar los conflictos ocasionados entre empresas mineras y poblaciones que se encuentran en las AIS.

Respecto a las personas que se verán impactadas por Conga, no existe en el expediente del proceso de inconstitucionalidad solicitud alguna para participar en el proceso, es decir, las poblaciones del AI no acudieron a solicitar su participación en el proceso. No obstante, a nuestro juicio, esta no participación en el proceso se pudo solucionar, como veremos en el siguiente punto.

ii) **La invisibilización de las poblaciones afectadas al momento de tomar decisiones en proyectos de gran envergadura:**

Antes de analizar como el TC perdió la oportunidad de apoyar a la solución del conflicto que se daba en la realidad y a la prevención de futuros conflictos entre empresas mineras y poblaciones de las AIS, debemos hacer notar la ausencia de las diferentes Organizaciones No Gubernamentales (en adelante ONGS) en el proceso de inconstitucionalidad, las cuales, también perdieron la oportunidad de darle voz a las poblaciones opositoras al desarrollo de Conga.

Respecto a la invisibilización⁷⁸ de las poblaciones afectadas o que se oponen a los proyectos, existe un precedente a nivel jurisprudencial muy conocido y que fue resuelto tres años antes de la sentencia bajo análisis: El caso del Área Natural Protegida (en adelante ANP) “Cordillera Escalera”⁷⁹, en el cual, el TC decidió solicitar información a las diferentes entidades del Estado⁸⁰.

¿Por qué el TC solicita esta información en el caso “Cordillera Escalera”?

Porque el demandante había omitido la existencia de poblaciones dentro del ANP, por ello, el Tribunal, para tener un mejor conocimiento de los hechos, de las partes y emitir una respuesta que ayude a la solución del conflicto que se desarrollaba en la realidad, decide solicitar información a diferentes entidades estatales.⁸¹

En el caso concreto, el TC, pese a tener a la mayoría de los magistrados que participaron en el caso “Cordillera Escalera”, decide no solicitar mayor información sobre las poblaciones que se encuentran dentro del AI de Conga.

En la misma línea argumentativa, existe una gran invisibilización del TC hacia las poblaciones del caso concreto, ya que al momento de desarrollar el numeral 13 denominado “Aspectos contextuales del presente caso”, específicamente, en los considerandos 64., 65. y 66. lo que hace es ejemplificar casos de conflictos y desastres ambientales, pero no ingresan en el caso en concreto, es decir, en las poblaciones del AI del Proyecto Conga.

⁷⁸ RAE: “1. f. Acción y efecto de invisibilizar o invisibilizarse.”

⁷⁹ TC: Exp. N° 03343-2007-PA/TC.

⁸⁰ TC: Exp. N° 03343-2007-PA/TC. Fundamento 2.

⁸¹ TC: Exp. N° 03343-2007-PA/TC. Fundamentos 1 y 2.

La contradicción sobre la invisibilización de las poblaciones se agrava, cuando el TC señala en su considerando 64., lo siguiente: “En el Perú, la historia ha demostrado como importantes sectores de la sociedad han sido ignorados invisibilizados”⁸²; pese a mostrar la invisibilización de manera general e histórica de las poblaciones en los diversos conflictos, omite analizar a las poblaciones que señala la OR - 036, el EIA de Conga y renuncia a solicitar información sobre estas poblaciones a las diferentes entidades del Estado.

Bajo nuestro punto de vista, el TC, debido a la premura por emitir una decisión y en la idea de solucionar el conflicto con una decisión de inconstitucionalidad de la OR - 36, comete el error del demandante del caso “Cordillera Escalera”, es decir, invisibiliza a las poblaciones del AI de Conga, para no desarrollar a profundidad otros temas que pudieron dar una solución real al conflicto y prevenir los futuros conflictos.

En conclusión, las poblaciones del AI de Conga y la MY sí pudieron participar, ya sea de forma indirecta (solicitud de información del TC a las diferentes entidades estatales) o de forma directa (litisconsorte facultativo) en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036; sin embargo, el TC renuncia a la posibilidad de otorgar una solución real al conflicto, debido a la premura de emitir una decisión que declare inconstitucional la OR- 036, bajo la creencia que solucionaría el conflicto.

5.2.2. ¿Existía protección internacional hacia las poblaciones del AI de Conga al momento de desarrollarse el proceso de inconstitucionalidad?

En líneas arriba, hemos mostrado las contradicciones del TC: La primera contradicción: su propia restricción para pronunciarse de manera directa o indirecta sobre el EIA y sobre la concesión otorgada a MY⁸³; sin embargo, sí se pronuncia de manera directa e indirecta sobre el EIA de Conga. La segunda contradicción: desarrollar el tema de la invisibilización histórica de las poblaciones de las AI de los proyectos mineros de manera general⁸⁴; sin embargo, no se pronuncia e invisibiliza a las poblaciones del AI de Conga. Esta última contradicción nos lleva a responder el segundo problema complementario y último problema del presente Informe.

Antes de responder la pregunta del problema secundario, debemos señalar, lo siguiente:

En primer lugar, debemos ser claros en señalar que en la sentencia bajo análisis no existe una sola oración o cita que nos lleve a un marco normativo internacional, es decir, no hay citas o fundamento que haga referencia a los tratados internacionales, no hay citas sobre derecho comparado, ni mucho menos citas sobre sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo que sí encontramos es jurisprudencia del TC.

⁸² TC. Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 64.

⁸³ TC. Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 8.

⁸⁴ TC: Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Fundamento 64.

En segundo lugar, esta inexistencia de un marco normativo internacional en la sentencia está estrechamente relacionada, en nuestra opinión, a la renuncia del Pleno para conocer, a través de un pedido a las diferentes entidades estatales, sobre las poblaciones que se encuentran dentro del AI de Conga.

En tercer lugar, esta ausencia de un marco normativo internacional en la sentencia, a nuestro entender, también está relacionada con el apresuramiento del TC por emitir la decisión y publicar la sentencia.

Por ello, a continuación, abordaremos los dos temas que el TC omitió en su sentencia, respondiendo dos preguntas:

¿Quiénes son las poblaciones del Área de Influencia del Proyecto Minero Conga?

El EIA de Conga, elaborado por la empresa Knight Piésold Consultores S.A. (en adelante KPC) a pedido de MY., señala la existencia de Rondas Campesinas (en adelante RC) y de Comunidades Campesinas (en adelante CC) (Knight, 2010, p. 3 – 744). Estos datos no han sido analizados, ni divulgados de la misma forma que la afectación de las lagunas; sin embargo, son igual o más importantes para conocer si la protección internacional se pudo aplicar a las poblaciones del AI, ya sea directa o indirecta.

Para comprender mejor las divisiones que hace la empresa KPC sobre el AI, debemos entender que el área más amplia de estudio es denominada: Área de Estudio General (AEG) y el área más específica es denominada: Área de Estudio Específico (AEE) (Knight, 2010, p. RE – 14), es decir, las zonas (caseríos) que se dividirán en Área de Influencia Directa y en Área de Influencia Indirecta (Knight, 2010, pp. RE – 15 y 16).

Para conocer a profundidad a las poblaciones que se encuentran dentro del AI de Conga, debemos quedarnos únicamente con los caseríos del AEE, ya que son aquellos que recibirán, según KPC, los impactos ambientales y sociales del desarrollo de Conga (Knight, 2010, pp. RE – 15 y 16).

En el punto 3.5.6.10. del EIA de Conga, denominado “Institucionalidad y Participación”, señala la existencia de instituciones como las RC y las CC en los caseríos del AEE, específicamente, en los caseríos de los distritos de “La Encañada”, “Sorochuco” y “Huasmín” (Knight, 2010, pp. 3 – 745).

Entonces, a partir de lo mencionado en el EIA de MY, tenemos la existencia de CC y de RC, las cuales, tienen protección legal, a través de la Ley de Comunidades Campesinas y su Reglamento y de la Ley de Rondas Campesinas y su Reglamento.

No es el objetivo del presente informe desarrollar de manera extensa las instituciones referidas en el párrafo anterior, solamente conocer a las poblaciones, para luego analizar si existía o no protección internacional sobre éstas.

¿Existía un marco normativo internacional de protección hacia estas poblaciones?

La existencia de una o más CC o de una o más RC en la zona de influencia de Conga (Knight, 2010, pp. 3 – 745) hacen posible que las poblaciones estén bajo la protección del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Desde nuestro punto de vista, esta potencial protección internacional de las poblaciones del AI de Conga es la causa principal para que el TC decida omitirlas en la sentencia, ya que visibilizar estas instituciones haría factible aplicar el Convenio 169 y la temida, por las mineras, Consulta Previa.

El Convenio 169 es desarrollado en la sentencia del caso “Cordillera Escalera” en el año 2009, en la cual, el TC, en su fundamento 31, indica que el Convenio 169 tiene rango constitucional y es parte del ordenamiento jurídico interno desde el cinco de diciembre de 1993⁸⁵. Sin embargo, llama la atención que, a pesar de la jurisprudencia que antecedió, el TC decida no analizar a las poblaciones del caso concreto y la posible aplicación del Convenio 169 y de la Consulta Previa.

En conclusión, la existencia de CC y RC en el AI de Conga abre la posibilidad de protección internacional hacia las poblaciones, a través de la aplicación del Convenio 169 y de la Consulta Previa. Sin embargo, el TC decide renunciar al desarrollo de estos temas, a pesar de existir jurisprudencia anterior que visibilizaba a las poblaciones y a su protección internacional.

⁸⁵ TC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC. Fundamento 31.

VI. CONCLUSIONES

- El FN tiene legitimidad activa para ingresar una demanda de inconstitucionalidad en contra de la OR - 036, sin restricción alguna sobre la materia o competencia. Además, el TC debió ampliar su explicación sobre el artículo de la Constitución que otorga la posibilidad al FN de ingresar la demanda.
- La “Acción de Inconstitucionalidad” es la garantía constitucional adecuada para analizar la constitucionalidad de una Ordenanza Regional, debido a que la OR - 036 tiene rango legal, por lo tanto, es imprescindible que se analice a partir de los principios de jerarquía y de competencia. Sin embargo, el TC omite desarrollar estos principios, que ayudarían a entender mejor las razones de su utilización en este tipo de procesos, además, el TC omite delimitar las competencias en conflicto, a causa de la autorrestricción para analizar el EIA y la concesión.
- El GORECAJ no es competente para emitir una Ordenanza que declare la intangibilidad de las cabeceras de cuenca; porque, la única entidad competente a nivel nacional para declarar la intangibilidad de este tipo de zonas es la ANA, previa opinión favorable del MINAM. Además, TC se contradice al pronunciarse sobre el Proyecto Minero y sobre su EIA, pese a su autorrestricción para pronunciarse sobre los actos administrativos, lo que demuestra la parcialización del TC hacia la empresa minera, el proyecto y su EIA.
- El GORECAJ no es competente para emitir la OR - 036 que declara la no viabilidad de Conga, debido a que no tiene la competencia para otorgar concesiones mineras a la Gran Minería y tampoco puede extinguirlas. Asimismo, el GORECAJ no tiene las competencias para evaluar y aprobar los EIAS de los proyectos mineros de la Gran Minería y tampoco puede declararlos nulos. Además, el TC debió analizar de manera general los temas de concesión y de EIAS, sin ingresar al caso en concreto, para explicar correctamente los tipos de minería y las competencias minero - ambientales de cada uno de los niveles de gobierno.
- El TC tenía el tiempo en contra para emitir la presente sentencia, por ello, desarrolló en un solo considerando el análisis del artículo 3° de la OR - 036. Asimismo, esta premura por emitir la sentencia, con la creencia de que solucionaría el conflicto que se estaba desarrollando, hizo que la base normativa utilizada sea equivocada, debido a que el Reglamento del Congreso no es la norma que otorga la competencia a los GORES para coordinar con el Congreso, sino la LBD
- La Constitución, la LDB y la LORG no le otorgan la competencia a los GORES para emitir Ordenanzas Regionales que vayan contra competencias del GN o de los Gobiernos Locales, pero sí pueden dejar sin efecto cualquier disposición legal de la misma jurisdicción. En el presente caso, la OR - 036 emitida por el GORECAJ intenta dejar sin efecto normas del GN, yendo en contra de la Constitución, la LDB y la

LOGR. Además, se debe reiterar la premura del TC de emitir la presente sentencia, lo que motivó, desde nuestra perspectiva, la inexistente fundamentación sobre el 4° de la OR – 036.

- Las poblaciones del AI de Conga y la MY sí pudieron participar, ya sea de forma indirecta (solicitud de información del TC a las diferentes entidades estatales) o de forma directa (litisconsorte facultativo) en el proceso de inconstitucionalidad de la OR - 036; sin embargo, el TC renuncia a la posibilidad de otorgar una solución real al conflicto, debido a la premura de emitir una decisión que declare inconstitucional la OR- 036, bajo la creencia que solucionaría el conflicto.
- La existencia de CC y RC en el AI de Conga abre la posibilidad de protección internacional hacia las poblaciones, a través de la aplicación del Convenio 169 y de la Consulta Previa. Sin embargo, el TC decide renunciar al desarrollo de estos temas, a pesar de existir jurisprudencia anterior que visibilizaba a las poblaciones y a su protección internacional.



VII. RECOMENDACIONES

- La interposición de demandas de inconstitucionalidad, en contextos de conflictividad social, debe tener un demandante que pueda ser visto como un actor imparcial. Esto ayudaría a que el objetivo de solucionar el conflicto, a través de la decisión del TC, se pueda encaminar, más allá de la legitimación que tenga a nivel Constitucional.
- Los GORES y Gobiernos Locales emiten ordenanzas de inviabilidad de los proyectos mineros – regionales y municipales respectivamente -, debido a la falta de mecanismos jurídicos adecuados y rápidos que canalicen las demandas de la población que representan, por lo tanto, es necesario la creación de estos mecanismos para evitar la emisión de ordenanzas inconstitucionales, pero que recogen el sentir de la población.
- La protección de diferentes zonas, como las cabeceras de cuenca, se debe dar a través de la Zonificación Económica y Ecológica (ZEE), como instrumento principal para el Ordenamiento Territorial (OT) en todas las regiones del país. Este ordenamiento prevendría el origen de los conflictos sociales o reduciría la conflictividad de los conflictos actuales. Por ello, es necesario que los GORES y Gobiernos Locales tengan el presupuesto y las capacidades para desarrollar un correcto análisis del territorio.
- Las empresas mineras deben de diseñar, desde el otorgamiento de la concesión, programas de relacionamiento comunitario, para evitar que la población se vea sorprendida con los anuncios de desaparición de lagunas, de ríos, de canales de regadío, entre otros. Este relacionamiento comunitario debe tener como objetivo principal: que la población apruebe el proyecto, luego de conocer los impactos ambientales y sociales que tendrán durante el periodo de duración del proyecto.
- Se debe desterrar la creencia que una sentencia de Tribunal Constitucional puede solucionar un conflicto social, lo que sí puede hacer, para ayudar a reducir la conflictividad, es mostrar correctamente – sin restricciones, ni contradicciones - los hechos, las partes y sus posturas, así como desarrollar temas que son fundamentales para las partes en conflicto.
- Ante la existencia de un conflicto social, ambiental y/o cultural, es imprescindible que en los procesos constitucionales que surjan, especialmente en los procesos de inconstitucionalidad, se permita, por lo menos, que la población tenga la posibilidad de hacer uso de la palabra ante el TC o que el propio TC solicite información sobre las características de la población que se verá afectada por un proyecto minero. No se puede solucionar conflictos invisibilizando a las poblaciones. Esto solamente acrecentará la conflictividad y la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

• LIBROS, REVISTAS, INFORMES Y ARTÍCULOS:

- FERRERO DIEZ CANSECO, A. (1999). Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana. *IUS ET VERITAS*, (18), 56-66.
- JOSÉ DE ECHAVE Y ALEJANDRO DIEZ, Más allá de Conga, CooperAcción, 2013.
- KNIGHT PIÉSOLD CONSULTING. Informe Final del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga. Febrero, 2010.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014). Perú: 2015.
- BELAUNDE MOREYRA, Martín. Derecho Minero y Concesión. Editorial San Marcos. Cuarta Edición: 2011.
- OSINERGMIN. Panorama de la Minería en el Perú. Alfredo Dammert Lira y Fiorella Molinelli Aristondo. Setiembre del 2007

• FUENTES DE INTERNET:

- BLOOMBERG. Precio del oro se acerca a los US\$2.300 tras declaraciones de Powell sobre las tasas. 03 de abril de 2024.
Link:
<https://www.bloomberglinea.com/2024/04/03/precio-del-oro-se-acerca-a-los-us2300-tras-declaraciones-de-powell-sobre-las-tasas/>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- FERRERO DIEZ CANSECO, A. (1999). Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana. *IUS ET VERITAS*, 9(18), 56-66.
Link:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15821>
(Última revisión: 30 de junio de 2024).
- INEI. Instituto Nacional de Estadística e Informática. Compendio estadístico Perú 2017.
Link
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1483/COMPENDIO2017.html
(Último acceso el 30 de junio de 2024).

- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ (MINEM). Inventario de Pasivos Ambientales Mineros, 2023.
Link:
<https://www.gob.pe/institucion/minem/colecciones/24670-inventario-de-pasivos-ambientales-mineros>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- NEWMONT MINING CORPORATION. Newmont Board Approves Conga Project in Peru and Tanami Shaft Project in Australia. 27 de julio de 2011.
Link:
<https://www.newmont.com/investors/news-release/news-details/2011/Newmont-Board-Approves-Conga-Project-in-Peru-and-Tanami-Shaft-Project-in-Australia/default.aspx>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- NEWMONT MINING CORPORATION. Operations and projects. 2024.
Link:
<https://www.newmont.com/operations-and-projects/global-presence/south-america/yanacocha-peru/yanacocha/default.aspx>
(Último acceso el 21 de abril de 2024)
- NEWMONT MINING CORPORATION. Newmont Board Approves Conga Project in Peru and Tanami Shaft Project in Australia.
Link:
<https://www.newmont.com/investors/news-release/news-details/2011/Newmont-Board-Approves-Conga-Project-in-Peru-and-Tanami-Shaft-Project-in-Australia/default.aspx>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- NEWMONT MINING CORPORATION. Newmont Board Approves Conga Project in Peru and Tanami Shaft Project in Australia.
Link:
<https://www.newmont.com/investors/news-release/news-details/2011/Newmont-Board-Approves-Conga-Project-in-Peru-and-Tanami-Shaft-Project-in-Australia/default.aspx>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- NEWMONT – YANACOCHA. Nosotros. 2024.
Link:
<https://yanacocha.com/nosotros/#>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- OSINERGMIN. Observatorio Energético Minero. Principales Proyectos Mineros en el Perú. 2024.
Link:
<https://observatorio.osinergmin.gob.pe/principales-proyectos-mineros>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).

- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (RAE). 2024.
Link:
<https://www.rae.es/>
(Último acceso el 07 de abril de 2024).
- SENACE. Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. Área de Influencia Ambiental y Social en un proyecto de inversión.
Link:
Chrome-
extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2019/06/pub_area-de-influencia-ambiental-y-social-en-un-proyecto-de-inversion.pdf
(Última revisión: 02 de junio de 2024).

- **JURISPRUDENCIA:**

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). Laudo: Bear Creek Mining Corporation y la República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21), 2017.
Link:
chrome-
extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3745/DS10808_Sp.pdf
(Último acceso el 21 de abril de 2024).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ – EXPEDIENTE N° 300-2002-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ – EXPEDIENTE N° 03343 – 2007 – PA/TC
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. EXPEDIENTE N° 01000-2019-AA (Reposición).
Link:
<https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/01000-2019-aa-reposicion>
(Última actualización: 11 de mayo de 2024).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. STC – 0020-2005-PI/TC y acumulados.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. STC – 00047-2004-AI.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. PLENO JURISDICCIONAL. SENTENCIA DEL EXPEDIENTE N°0048-2004-PI/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 0001-20 12-PI/TC LIMA FISCAL DE LA NACIÓN. Resolución del Tribunal Constitucional (Auto) de fecha 13 de marzo del 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. EXPEDIENTE N° 03343-2007-PA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Expedientes Acumulados N° 300-2002-AA/TC Y OTROS
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO . Expediente N.º 0001-2012-PI/TC

• **NORMATIVA Y LEGISLACIÓN:**

- Antigo Código Procesal Constitucional. 2004 - Ley N° 28237.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura - Decreto Legislativo N° 997.
- Decreto Supremo que aprueba la adecuación del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos a lo dispuesto en la Ley N° 30640 - Decreto Supremo N° 016-2017-MINAGRI.
- Decreto Supremo que aprueba el Marco Metodológico de Criterios Técnicos para la Identificación, Delimitación y Zonificación de Cabeceras de Cuenca; y modifica el numeral 103.5 del artículo 103 del Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-AG - Decreto Supremo N° 014-2021-MIDAGRI.
- Ley de Bases de Descentralización – Ley N° 27783.
- Ley de Recursos Hídricos - Ley N° 29338.
- Ley de Rondas Campesinas - Ley N° 27908.
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental – Ley N° 27446.
- Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656.

- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales - Ley N° 27867.
- Ley que modifica la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, mediante el establecimiento de los criterios técnicos para la identificación y delimitación de las cabeceras de cuenca - Ley N° 30640.
- Modifican las atribuciones asignadas a las Jefaturas Regionales de Minería - Decreto Supremo N° 002-91-EM-DGM.
- Nuevo Código Procesal Constitucional – Ley N° 31307.
- Ordenanza Municipal N° 012-2000-CMPC. Municipalidad Provincial de Cajamarca.
- Ordenanza Regional N° 036 – 2011 – GR.CAJ-CR. Gobierno Regional de Cajamarca.
- Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos - Decreto Supremo N° 001-2010-AG.
- Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas - Decreto Supremo N° 008-91-TR.
- Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas - Decreto Supremo N° 025-2003-JUS.
- Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional - Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC. 2004.
- Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería - Decreto Supremo N° 014 – 92 – EM.

ANEXOS:

**ORDENANZA REGIONAL
N° 036-2011-GR-CAJ-CR**





GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
CONSEJO REGIONAL



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

ORDENANZA REGIONAL
N° 036- 2011- GR.CAJ - CR

EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA

POR CUANTO:

EL CONSEJO REGIONAL CAJAMARCA

Ha aprobado la Ordenanza Regional siguiente:

CONSIDERANDO:

Que el artículo 191° de la Constitución Política del Perú señala que "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia", norma ratificada en el artículo 2° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; autonomía que, por lo demás, es definida en el artículo 8° de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, como el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Siendo el caso que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35° incisos "a" y "n" del mismo cuerpo normativo, es competencia exclusiva de los Gobiernos Regionales, planificar el desarrollo integral de la región y promover el uso sostenible de los recursos forestales y de la biodiversidad;

Que la competencia exclusiva del gobierno regional para planificar el desarrollo integral de su territorio tiene que hacerse respetando el carácter sostenible de dicho desarrollo, en la medida que éste debe crear las condiciones para armonizar el crecimiento económico con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Que, asimismo, el artículo 10° numeral 2), literales d) y e) de la Ley 27867, señala como competencias compartidas de los Gobiernos Regionales, la gestión sostenible de los recursos naturales y el mejoramiento de la calidad ambiental y la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales.

Que, en consecuencia y desde esta perspectiva, es competencia del gobierno regional adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades económicas que se desarrollen en el territorio sean ambiental y socialmente sostenibles, o lo que es lo mismo que no degraden el ambiente ni pongan en peligro la vida de las personas, cuya dignidad es el valor supremo de la sociedad y del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

Que en esa línea de razonamiento, la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en el artículo 8° señala los principios rectores de las políticas y la gestión regional, entre ellos el literal 8) prescribe el principio de Sostenibilidad, referido a que la gestión regional se caracteriza por la búsqueda del equilibrio intergeneracional en el uso racional de los recursos naturales para lograr los objetivos de desarrollo, la defensa del medio ambiente y la protección de la biodiversidad. Podemos asumir con mayor detalle por sostenibilidad a la relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía humana y los sistemas ecológicos, también dinámicos pero que normalmente cambian a un ritmo más lento y donde: a) La vida en todas sus manifestaciones puede continuar indefinidamente; b) Los individuos humanos pueden prosperar; c) Las culturas pueden desarrollarse, pero en la que los efectos de la actividad humana se mantienen en unos límites, de forma que no se destruya la diversidad, la complejidad y el funcionamiento del sistema ecológico que sirve de sostenimiento a la vida.

Que, al respecto debe tenerse presente que el Perú ha suscrito la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que en su Principio 11, prescribe que "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberán reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican". Declaración que también ha sido ratificada en la V Cumbre de Lima - Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe-Unión Europea, del 16 de mayo de 2008, en tanto que estas normas internacionales están vinculadas a lo establecido en el Protocolo de Kioto, la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y Sequía. Normas internacionales que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, forman parte del derecho nacional.

Que, asimismo, la necesidad de adoptar medidas eficaces sobre el medio ambiente, se desprende también del hecho que la Constitución Política del Perú ha señalado, en el artículo 2°, numeral 22, que toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, así como de lo dispuesto por el artículo 66° y 88° de la misma Constitución que señala que "Los recursos naturales renovables y no renovables son Patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento (...) y que es obligación del Estado promover la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas;

Que, atendiendo al carácter descentralizado del gobierno previsto en el artículo 44° de la Constitución Política del Perú, se entiende que la alusiones al Estado comprende a sus tres niveles de gobierno: Nacional, Regional y Local. Razón por la que todos estos niveles están obligados a promover y garantizar el desarrollo sostenible, asegurando que todas las personas de todas las generaciones puedan llegar gozar de sus beneficios, protegiendo el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico y la preservación de un disfrute permanente los recursos naturales y de los bienes y servicios ambientales;



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA CONSEJO REGIONAL



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

ORDENANZA REGIONAL N° 036 - 2011 - GR.CAJ - CR

Que, confirmando lo expuesto, se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional ha establecido (Expediente N° 3510-2003-AA/TC), que *"El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute"*;

Que, además, la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, artículo 4°, literal f) regula el Principio de **Subsidiariedad** precisando que las actividades de gobierno en sus distintos niveles, alcanza mayor eficiencia efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. Principio de subsidiariedad que supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea **equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad**;

Que, en ese mismo sentido, en el artículo 8° numeral 10) de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales desarrolla también el principio de **Subsidiariedad**, resaltando **que el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer las distintas funciones que le competen al Estado**. Por consiguiente, **el Gobierno Nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los Gobiernos Regionales (...)**. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el Principio de Subsidiariedad en su vertiente institucional significa que "no deben centralizarse al más alto nivel aquellas decisiones que puedan ser adoptadas con igual o mayor eficiencia **a un nivel político y administrativo inferior y, por consiguiente, más próximo a los ciudadanos**".;

Que, en tal sentido, la **subsidiariedad**, como principio, encuentra asidero en los parámetros competenciales definidos por la precitada ley, dejando sentado que las competencias atribuidas implican normar y gestionar eficientemente la sostenibilidad, sin más limitaciones que las puedan surgir de dispositivos legales prohibitivos en cuanto a su participación competencial como segundo nivel de gobierno;

Que, asimismo, a los efectos de la intervención normativa y administrativa del Gobierno Regional en defensa de la biodiversidad, el aprovechamiento racional y sustentable de los recursos naturales y el cuidado y preservación del medioambiente, debe tenerse en cuenta el Principio Precautorio que inspira la legislación ambiental peruana;

Que, en efecto, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en el artículo VII de su Título Preliminar sobre Derechos y Principios, establece la aplicación del **Principio Precautorio**, - que es recogido conforme a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el Principio 15 y Convenio Marco de Naciones Unidas, inciso 3 del artículo 3°, señalando que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente;

Que este principio, también está invocado en el Decreto Supremo N° 102-2001-PCM que aprueba la Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica, señalando como uno de sus principios rectores el criterio de precaución y estableciendo que el **Estado Peruano es responsable y soberano en la adopción de medidas para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica**". En el artículo 6° indica, asimismo, que **"el ejercicio de los derechos de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente"**. El artículo 7°, numeral 7.1 prescribe también que **"las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales"**.

Que en cuanto a esto, el Tribunal Constitucional (Expediente N° 3510-2003-AA/TC) se ha pronunciado señalando que **"respecto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado se aplica 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" (...);

Que, en este contexto normativo, se debe traer a colación lo establecido en el artículo 99°, numeral 99.2 del cuerpo legal antes citado, referente a que los ecosistemas frágiles comprenden, entre otros, desiertos, tierras semiáridas, montañas, pantanos, **bofedales**, bahías, islas pequeñas, **humedales**, **lagunas alto andinas**, lomas costeras, bosques de neblina y bosques relicto. De otra parte, el artículo 2° numeral 2.1, establece que el ámbito de dicha **norma es de obligatorio cumplimiento** para toda persona natural o jurídica, pública o privada, dentro del territorio nacional, el cual comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo;

Que, asimismo, el Decreto Supremo N° 087-2004-PCM, Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, en su artículo 9° literal b), referido a las categorías de uso del territorio, prescribe que son zonas de protección y conservación ecológica, las Áreas Naturales Protegidas en concordancia con la legislación vigente, las tierras de protección en laderas; las áreas de **humedales** (pantanos, aguajales y cochas). Y también se incluyen **las cabeceras de cuenca** y zonas de colina que por su disección son consideradas como de protección, de acuerdo al reglamento de clasificación de tierras y las áreas adyacentes a los cauces de los ríos según la delimitación establecida por la autoridad de aguas. Que, al respecto, es necesario señalar que **cabecera de cuenca se define como la parte de la cuenca que, por su posición, capta y almacena en las lagunas y**

¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, ARA Editores, Lima, 2004. p. 158, citado en la página web. <http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/MARTIN-VINCES.pdf>.



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA CONSEJO REGIONAL



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

ORDENANZA REGIONAL N° 036- 2011- GR.CAJ - CR

represamientos de sus altiplanicies, la mayor parte de los aportes de la precipitación y tiene una cobertura vegetal típica de pastos o bosques y menor presión demográfica;

Que es el caso que mediante la Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre de 2010, se ha aprobado el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga a ejecutarse en la concesión ubicada en los distritos de Sorochuco y Huasmin de la Provincia de Celendín y en el distrito de Encañada de la provincia de Cajamarca, Departamento de Cajamarca, aproximadamente a 73 Km al noreste de la ciudad de Cajamarca y a 585 km de la ciudad de Lima, siendo que el área asociada al desarrollo del proyecto en su componente mina se encuentra en la región Jaica, a una altitud que varía desde los 3 700 a 4 262 m, en plena cabecera de las cuencas de la quebrada Toromacho, río Alto Jadibamba, quebrada Chugurmayo, quebrada Alto Chirimayo y río Chailhuagón. Cuencas que derivan sus aguas al río Marañón, un afluente del río Amazonas que desemboca al Océano Atlántico. Siendo el caso, además, que en el área cuya explotación minera se pretende se encuentran diversas lagunas como Chailhuagón, Mishacocha, Perol, Mamacocha, Alforjacocha, Azul, Mala, Cortada, entre otras, conforme así lo señala en el Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental del citado proyecto en su página 17, algunas de las cuales serán vaciadas para permitir el desarrollo de tajos abiertos y otras para ser utilizadas como botaderos;

Que, es el caso que este proyecto ha merecido múltiples reparos y observaciones de muchas instituciones públicas y privadas, las cuales han sido confirmadas por un reciente Informe elaborado por el Ministerio del Ambiente en el cual, según lo publicado por la Prensa Nacional, se ha subrayado que el Proyecto Conga *"transformará de manera significativa e irreversible la cabecera de cuenca, desapareciendo varios ecosistemas y fragmentando los restantes, de tal manera que los procesos, funciones e interacciones y servicios ambientales serán afectados de manera irreversible"*. Precisándose, asimismo, que en *"la evaluación de los humedales (lagunas altoandinas y bofedales) no se ha desarrollado en función a la fragilidad del ecosistema que se pretende intervenir"*.

Que, asimismo, sobre este tema, el Consejo Regional ha recibido el Oficio N° 904-2011-GR-CAJ/GR.RENAMA, mediante el cual se alcanza el Informe Técnico N° 001-2011-GR.RENAMA/EQUIPO TÉCNICO (documento que será parte conformante de la presente Ordenanza), el mismo que ha sido elaborado por el Equipo Técnico de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente, sobre las Observaciones y Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto Conga aprobado en octubre de 2010. En el que se concluye que el Proyecto Minero Conga es inviable debido a que no es compatible su desarrollo en la cabecera de cuenca, en la medida que afectará todos los acuíferos y cuerpos de aguas superficiales de cinco micro cuencas, no existiendo un estudio hidrogeológico detallado, precisando que el impacto que generará en la flora y fauna terrestre es irreversible ya que en este lugar se encuentran especies endémicas y protegidas, lo que generará un daño irreversible en la zona de jalca alterando los procesos ecológicos esenciales comprometiendo el agua para consumo humano y desarrollo de actividades productivas como agricultura y ganadería base de la población directamente afectada, lo que se corrobora, además, con el Informe del Colegio de Ingenieros del Perú – Cajamarca, denominado "Revisión Preliminar del Estudio Hidrológico e Hidrogeológico del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Minero Conga", en el que se denuncian gruesas inconsistencias técnicas respecto a los datos que obran en el Estudio de Impacto Ambiental de dicho proyecto y, a su vez se cuenta con el Informe de parte denominado Comentarios Generales sobre el Estudio Hidrogeológico presentado en la Evaluación del Impacto Ambiental del Proyecto Conga, en éste último se establecen una serie de deficiencias y vacíos del estudio de impacto ambiental del proyecto, de acuerdo a los estudios que forman parte de la presente Ordenanza Regional.

Que, en consecuencia, el Proyecto Minero Conga violaría abiertamente lo dispuesto en la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, que en el Título Preliminar, artículo III, numeral 5, establece el *Principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas*, señalando que el Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Precizando, enseguida, en el artículo 1°, que *el agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación*. Razón por la que, además y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3°, se ha declarado *"de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones"*. Añadiéndose en su artículo 75° *in fine* que *"el Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas..."*.

Que, asimismo, se estaría violando la Ordenanza Municipal N° 020-2004-MPC/A, emitida por la Municipalidad Provincial de Celendín, el 13 de octubre del 2004, mediante la cual se declaró como Área de Conservación Ambiental, Zona Intangible, Reserva Ecológica y Reservada contra la Explotación Minera, las jurisdicciones de: Azul Conga, La Laguna del Perol, Laguna Cortada, Laguna Alforjacocha, Laguna de Milpo y las Microcuencas del Río Sendamal, Río Chugur, Río Chugumayo; por ser zonas eminentemente agrícolas y ganaderas; además de todos los afluentes de la parte baja, tanto manantiales, cochas y filtraciones, por formar parte del colchón de aguas de la parte alta cuya jurisdicción pertenece al Distrito de Sorochuco; declarando, además, como Área de Conservación Ambiental, Zona Intangible, Reserva Ecológica y Reservada contra la Explotación Minera las jurisdicciones de las cuencas hidrográficas del Río Jadibamba y del Río Sendamal pertenecientes a la Provincia de Celendín, incluyendo todos sus recursos hídricos y ecosistemas presentes en ellas; precisando como Zona no apta para la Explotación Minera, las jurisdicciones de las cuencas, afluentes, manantiales, cochas o filtraciones motivo de la presente ordenanza, pues los impactos generados por esta actividad ocasionarían graves problemas ambientales a los



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
CONSEJO REGIONAL**



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

**ORDENANZA REGIONAL
N°036- 2011- GR.CAJ - CR**

ecosistemas, poniendo en riesgo la vida y las actividades humanas y naturales. La mencionada norma municipal se dio dentro de las funciones y competencias de los gobiernos locales;

Que, el desarrollo del Proyecto Conga afecta, también, lo dispuesto en la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, en la medida que dicha Ley señala, en el artículo 5° literal c), que para los efectos de la clasificación de los proyectos de inversión que queden comprendidos dentro del SEIA, la autoridad competente deberá ceñirse al **critero de la protección de los recursos naturales, especialmente las aguas**, el suelo, la flora y la fauna. Mientras que en el literal e) establece el criterio de protección de la diversidad biológica y sus componentes: ecosistemas, especies y genes; así como los bienes y servicios ambientales y **bellezas escénicas**, áreas que son **centros de origen y diversificación genética por su importancia para la vida natural**;

Que el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga ha violado, finalmente, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 020-2008-EM, que aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, que en el artículo 11°, prescribe que **"ninguna actividad de exploración podrá atravesar bofedales o humedales, con caminos de acceso, u originar la colocación de materiales, residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos"**;

Que, siendo así, el acto administrativo que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental y las consiguientes autorizaciones otorgadas a la empresa Minera Yanacocha para llevar adelante el Proyecto Conga, estarían comprendidas en el supuesto de nulidad de pleno derecho prevista en el numeral 1) del artículo 10° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que **"son vicios del acto administrativo que causan nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes y reglamentos"**;

Que, por tanto, en uso de la autonomía normativa que la Constitución y la Ley confiere al Gobierno Regional, invocando los principios de Subsidiariedad y Precautoriedad anteriormente explicados, resulta indispensable establecer, mediante ordenanza, medidas eficaces para la protección del medio ambiente en la zona amenazada gravemente por el Proyecto Conga, en la medida no existe reglamentación asertiva y directa respecto al órgano competente a la protección, conservación e intangibilidad de cabeceras de cuenca y ecosistemas frágiles, ya que las normas hacen referencia al Estado en general, por lo que, ante estos vacíos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es procedente recurrir a las interpretaciones *Pro homine* realizadas por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y de los Tratados Internacionales, que en virtud al artículo 55° de la Constitución Política del Perú, forman parte de nuestra normatividad interna, quedando habilitado el Gobierno Regional de Cajamarca a normar estos supuestos de hecho en donde la problemática ambiental y social constituyen una unidad indisoluble, procurando salvaguardar así derechos fundamentales de mayor jerarquía y orden que los derechos de propiedad y explotación que ostentara el titular del Proyecto Conga;

Que, en este punto debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional, en sendas resoluciones, ha manifestado que el Principio *Pro homine* es un principio hermenéutico que, al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *ius fundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. Precisanando dicha jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el Principio *Pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo, pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable, incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos;

Que, en consecuencia, este Consejo Regional se considera impelido a intervenir en forma urgente para proteger valores y derechos fundamentales de nuestra comunidad, máxime si este mismo órgano ha aprobado, mediante la Ordenanza Regional N° 034-2011-GR.CAJ-CR, la Actualización de la Zonificación Ecológica y Económica a nivel macro del Departamento de Cajamarca a escala 1:250,000, así como los nueve (09) sub modelos que la sustentan como base para el Ordenamiento y la Planificación Territorial; instrumento de planificación que permitirá la implementación de políticas de desarrollo, programas, proyectos de inversión pública y privada, que conlleven al logro del desarrollo sostenible del departamento, la misma que se hace en mérito a lo dispuesto por Ordenanza Regional N° 018-2010-GRCAJ-CR, Decreto Supremo N° 087-2004-PCM y recomendaciones realizadas por el Ministerio del Ambiente - MINAM. Sobre este tema es importante precisar que, mediante Resolución Viceministerial N° 005-2011-VMDERN-MINAM, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 8 de noviembre del año 2011, se declara viable el proceso de Macro Zonificación Económica Ecológica - Z.E.E. del Departamento de Cajamarca, a efectos de iniciar su Plan de Ordenamiento Territorial; Razón por la que, a partir de esta declaración todas las autoridades y entidades estamos obligados a tener en consideración la Z.E.E. como guía y parámetro para el desarrollo sostenible de las distintas actividades que se desarrollan en el territorio, especialmente cuidando que el uso o aprovechamiento de los recursos naturales deba realizarse en armonía con el medio ambiente, evitándose con ello daños irreversibles en cabeceras de cuencas y en ecosistemas frágiles, como lo es el caso de los territorios afectados por el Proyecto Conga;

Que, asimismo, las medidas que se adoptan esta ordenanza, son concordantes con actos normativos previos adoptados por este Consejo Regional, especialmente con lo dispuesto en la Ordenanza Regional N° 031-2011-GRC-CR, de fecha 05 de setiembre de 2011, mediante el cual se ha declarado de Interés Público Regional la conservación y protección de los ríos





**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
CONSEJO REGIONAL**



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

**ORDENANZA REGIONAL
N°036 - 2011- GR.CAJ - CR**

Llaucano y sus afluentes (Tres quebradas, Tingo, Arascorgue, Pinayugo, Cortadera, Collpa, Quebrada Honda, Pachachaca, El tambillo, Quengorio, Uñigan y río Chontas); Río las Llangas y sus afluentes (San Isidro, Jadibamba, Chumuch, Potrerillo, Chirimayo, Sendamal, Rejo, Challhuayaco y San Idelfonso); ríos Cantango, Miriles, Luplug, que van hacia el Marañón, ríos Bachota y Shirac de la cuenca del Crisnejas; ríos Cascasen, Muyoc, Rejo, La Masma, Chaupeloma, De las Quinuas, Agua Blanca, Tambomayo, Chulluamayo - Encañada, Challuagon - Grande, Azufre, Quinuano, río Grande, río Porcón, Ronquillo y sus afluentes, en la cuenca del río Cajamarquino; ríos Negro, Lalichuco, Cochicorral, Quebrada Honda, Jocos, Potosí, Nañún, La Colpa o Garbancillo, Quinual, Cauday, Huancaday, Masma, Huarachamayo, Combayo, Yerbabuena, Marabamba, Cachachi, Tambulococha, Morcilla, Surumayo, Cantalash, en la Cuenca del Crisnejas; Ríos Cumbemayo, Chetillano, Huacrucro, Chontayoc, Pacachal, Asunción, Quinual, Catuden y Chanta, en la cuenca del Jequetepeque; ríos Atuncho y Chusgón en la intercuenca del Marañón; ríos Cospán, Salagual, Huaycot, Soccha y Chingavilán, en la Cuenca del Chicama, los que hacen posible las actividades productivas de los poblados de Bambamarca, El Tambo, Huamgamarca, Palian, Huasmín, Sorochuco, Celendín, San Marcos, Matara, Namora, Cajamarca, Cajabamba, el valle de Condebamba, así como de las poblaciones aledañas, para la provisión de recursos naturales esenciales a los pobladores de las comunidades de estas cuencas, jurisdicción de la Región Cajamarca; a fin de salvaguardar los intereses regionales de conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la diversidad biológica en las zona señalada ubicada en el departamento de Cajamarca, entre las provincias de San Pablo, San Miguel, Hualgayoc, Cajamarca, y que abarcan los distritos de Cajamarca, La Encañada, Bambamarca, Tumbaden, San Silvestre de Cochán y Llapa, jurisdicción del Gobierno Regional de Cajamarca; a fin de garantizar la provisión de agua de las ciudades de San Pablo, San Bernardino, Tumbadén y San Luis en la Provincia de San Pablo; Chilete y Tembladera en la provincia de Contumazá, San Silvestre de Cochán en la provincia de San Miguel y Bambamarca en la provincia de Hualgayoc, así como de las poblaciones aledañas, para la provisión de recursos naturales esenciales a los pobladores de las comunidades de estas cuencas y la conservación de la diversidad biológica;



Que, al respecto debe tenerse presente que el interés público es un instrumento legal que permite proteger y garantizar las relaciones entre los actores de una sociedad y el Estado y se enmarca dentro de los principios de la convivencia, el respeto y el reconocimiento del otro, en la medida que la suma de los intereses particulares es el "bien común". En ese sentido, el interés público constituye un principio que debe guiar la potestad de la administración pública; Razón por la no se puede desligar el aspecto humano y social del factor de análisis medio ambiental, en la medida que esta Ordenanza Regional no aborda únicamente aspectos formales medio ambientales, sino que, como una unidad indisoluble, regula aspectos humanos, sociales y medio ambientales cuya positivización aún no ha sido implementada de manera estricta y precisa en nuestro ordenamiento jurídico nacional, siendo un deber-derecho del Estado y por subsidiaridad del Gobierno Regional Cajamarca el regular y pronunciarse respecto del vacío normativo advertido;



Que, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos resulta evidente que el estudio de impacto ambiental del Proyecto Conga, presenta inconsistencias, falencias y vacíos que hacen que dicho documento no garantiza que el impacto que pudiera provocar el desarrollo de este proyecto sea mitigable, por el contrario los análisis técnicos preliminares que se exponen en los informes señalados precedentemente, contienen indicios razonables y suficientes de que en el área de influencia de dicho proyecto se podrían generar daños irreversibles al ecosistema y recurso hídrico en las cabeceras de cuenca, lo que justifica la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables desde este nivel de gobierno, en aplicación de los Principios de Subsidiariedad, Precautorio y *Pro homine*, ante la inacción del Gobierno Nacional;

Que, el artículo 13° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales reconoce que *El Consejo Regional es el Órgano normativo y fiscalizador del Gobierno Regional*, correspondiéndole conforme al artículo 15° literal a. de la norma precitada: *aprobar, modificar o derogar las normas que regulen o reglamenten los asuntos y materias de competencia y funciones del Gobierno Regional*;



Que, ejercitando dicha competencia, este Consejo Regional, recogiendo la demanda de inviabilidad del proyecto Conga formulada por diversas organizaciones sociales y autoridades representativas de los sectores más humildes de nuestra región, especialmente de las provincias impactadas por el Proyecto Conga, conviene en adoptar dicha declaración y autorizar al Presidente Regional para que solicite ante los órganos competentes el inicio de las investigaciones necesarias sobre la forma en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga, a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente;

Que, mediante Dictamen N° 060-2011-GR.CAJ-CR/COAJ-COGAS, evacuado por las Comisiones Ordinarias de Asuntos Jurídicos y Gestión Ambiental Sostenible, de fecha 05 de diciembre del año 2011, se emite opinión favorable para la aprobación del Proyecto Ordenanza Regional que declara de "Interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca e inviable la Ejecución del Proyecto Conga", proyecto remitido por los Consejeros Regionales, por los argumentos que se exponen en los considerandos precedentes;

Estando a lo acordado por el Pleno del Consejo Regional del Gobierno Regional Cajamarca en su Sesión Extraordinaria de fecha 05 de diciembre del año 2011; y a las atribuciones conferidas por la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783; Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867, modificada por las Leyes N°s 27902, 28013, 28961, 28968 y 29053; Reglamento Interno del Consejo del Gobierno Regional Cajamarca, aprobado mediante Ordenanza Regional N° 010-2011-GRCAJ-CR, artículo 314° del Código Penal, por unanimidad el Pleno aprobó la siguiente:



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
CONSEJO REGIONAL**



"Año del centenario de Machu Picchu para el Mundo"

**ORDENANZA REGIONAL
N° 036 - 2011 - GR.CAJ - CR**

ORDENANZA REGIONAL

- PRIMERO:** **DECLARAR** de Interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible.
- SEGUNDO** **DECLARAR** Inviabile la Ejecución del Proyecto "CONGA" en las cabeceras de cuenca donde se ubican las lagunas: El Perol, comprensión del Distrito de Sorochuco; Azul, Cortada comprensión del Distrito de Huasmin; Mamacocha comprensión del Distrito de Bambamarca y todas aquellas ubicadas en el ámbito de influencia del Proyecto Conga, en razón a las inconsistencias técnico - legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre de 2010, por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, ejecución que podría ocasionar daños irreversibles en los ecosistemas frágiles generando a su vez perjuicios económicos y sociales de magnitudes incalculables, colisionando directamente con los derechos fundamentales de las personas que habitan en dichas jurisdicciones y en el área de influencia directa e indirecta del Proyecto Conga, lo cual pone en riesgo la gobernabilidad de la Región Cajamarca y la paz social de sus pobladores. Por lo que el Gobierno Regional de Cajamarca, al amparo y aplicación de los Principios de Subsidiariedad, Precautorio, *Pro Homine*, y haciendo uso de su autonomía política, económica y administrativa ante la falta de regulación y los vacíos normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho; instando al Gobierno Central el respaldo de esta decisión.
- TERCERO:** **ENCARGAR** al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, realice las acciones técnico - legales a fin de canalizar ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre las circunstancias en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "CONGA", a ejecutarse en la concesión minero "Conga", a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente.
- CUARTO:** **DEJAR** sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la presente Ordenanza Regional.
- QUINTO:** **ENCARGAR** a la Dirección Regional de Administración la publicación de la presente Ordenanza Regional en el Diario Oficial "El Peruano" y en el portal electrónico del Gobierno Regional Cajamarca (www.regioncajamarca.gob.pe).
- SEXTO:** La presente ordenanza entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Por tanto:

Mando se registre, publique y cumpla.

DADO EN LA SEDE INSTITUCIONAL DEL GOBIERNO REGIONAL, A LOS CINCO DÍAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE.



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA

Gregorio Santos Guerrero
PRESIDENTE REGIONAL



**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO
Expediente N.º 0001-2012-PI/TC**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
Expediente N.º 0001-2012-PI/TC

**SENTENCIA DEL PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca
Lima, 17 de abril de 2012

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, que declara inviable la ejecución el Proyecto Minero Conga

Magistrados

**ALVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
MESIA RAMIREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ**

EXP. N.º 0001-2012-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del abril de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, y pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2011, que declara inviable el Proyecto Minero Conga.

ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

Mediante demanda de inconstitucionalidad el Fiscal de la Nación cuestiona la Ordenanza Regional N.º 036-2011-GR.CAJ-CR emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca. Alega que con dicha normativa el Gobierno Regional de Cajamarca se extralimitó en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo, cuestionando específicamente: i) la declaración del interés público regional respecto a la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; ii) la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; iii) el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que aprobó dicho proyecto; y, iv) que se deje sin efecto cualquier norma que se oponga tal Ordenanza Regional.

El Fiscal de la Nación argumenta que en aplicación del *test* de competencia el Gobierno Regional de Cajamarca actuó fuera del ámbito de sus competencias. Así afirma que si bien el artículo 192 de la Constitución establece que los Gobierno Regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan de las inversiones, actividades y servicios públicos que son de responsabilidad, tal función debe efectuarse en armonía con las políticas y planes nacionales locales. Y que si bien el artículo 192, inciso 7) establece que los gobiernos regionales son competentes para promover y regular actividades en materia de agricultura, minería y medio ambiente, ello debe realizarse de acuerdo al principio de unidad. En tal sentido la autonomía regional no puede contravenir la normativa del gobierno nacional.

En tal sentido, la Ley N.º 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) establece en su artículo 26.1 establece que el diseño de políticas nacionales y sectoriales entre otros, es competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Y de manera similar, la Ley N.º 27867, de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), artículo 45 a) establece que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir y gestionar las políticas nacionales y sectoriales en consideración a los intereses nacionales y diversidad de las regiones, estando los Gobiernos Regionales encargados de definir, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere, por consiguiente, que las competencias de los Gobiernos Regionales deben desarrollarse de conformidad con las políticas y planes nacionales atendiendo al principio de unidad y el de cooperación y lealtad Regional, sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el Gobierno Nacional.

Aludiendo al Decreto Legislativo N.º 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro de Planeamiento Estratégico, en sus artículos 3 y 4, concluye que a fin de contribuir con el desarrollo de nuestro país los cursos de acción de los Gobiernos Regionales y Nacional deben estar alineados con un objetivo común, de lo contrario la visión de futuro en sociedad sería difusa. De ahí que concluya la entidad demandante que los gobiernos regionales carecen de competencia para normar las políticas regionales y ejercer funciones generales, en contravención con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere también que la Ley N.º 29157, Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) en su artículo 4 indica que es competencia exclusiva del Ejecutivo diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, las que son además de obligatorio cumplimiento para los gobiernos regionales.

De otro lado, argumenta el Fiscal de la Nación que de conformidad con el artículo 52 de la Ley N.º 28611, General del Ambiente (LGA), las competencias ambientales son ejercidas por los gobiernos regionales entre otras instituciones, de conformidad con las políticas públicas y normas ambientales de carácter nacional, las mismas que son función exclusiva del Gobierno Nacional.

De igual forma alude al artículo 25 de la Ley N.º 29338, de Recursos Hídricos (LRH) que establece que los Gobiernos Regionales intervienen en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos, siendo la Autoridad Nacional del Agua la encargada de velar por la protección del agua, sus fuentes, ecosistemas y bienes naturales asociados. En virtud de ello, es esta autoridad la que puede declarar zonas intangibles. El Decreto Supremo N.º 001-2010-AG, que Aprueba el Reglamento de la LRH, establece de igual forma que la declaración de zonas de protección del agua es declarada por la Autoridad Nacional del Agua, en coordinación con la autoridad ambiental y las autoridades sectoriales correspondientes, con lo que se podrá restringir cualquier actividad que afecte la calidad del agua (artículo 127). Concluyendo el Fiscal de la

Nación por lo tanto de que los gobiernos regionales no son competentes para declarar zonas intangibles.

Respecto la inviabilidad declarada por el Gobierno Regional de Cajamarca del proyecto Conga, advierte el demandante que corresponde al Poder Ejecutivo establecer la política gubernamental del sector minero, por lo tanto determinar la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura. Así lo determina el artículo 6, inicio h) del Decreto Ley N.º 25952, Ley Orgánica del Sector Energía y Minas (LOSEM) que establece como función del Ministerio de Energía y Minas (MEM) otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, de conformidad con la legislación de la materia.

Por su parte, el Decreto Supremo N.º 016-93-EM, Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería contempla en su artículo 4, que la autoridad competente en el sector minero metalúrgico es el único ente gubernamental encargado de: “1. Fijar las políticas de protección del medio ambiente para las actividades minero-metalúrgicas y dictar la normativa correspondiente.” “2. Aprobar los Estudios de Impacto ambiental y Programas de Adecuación y Manejo de Ambiental y autorizar la ejecución de los mismos para cada una de las unidades económicas administrativas.”

Más aun, el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 053-99-EM, que Establece Disposiciones Destinadas a Uniformizar Procedimientos Administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales, uniformiza procedimientos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales. Por consiguiente, establece que “La Autoridad Sectorial competente en Asuntos Ambientales del Sector Energía y Minas es el Ministerio de Energía y Minas a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales (...).”

Argumenta por último que, al declararse la inviabilidad del Proyecto “Conga” en el fondo se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que aprobó el EIA y las autorizaciones otorgadas a la empresa minera Yanacocha SRL, no siendo el Gobierno Regional de Cajamarca competente para declarar la nulidad del acto administrativo referido. De acuerdo al artículo 202 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General (LPAG) la nulidad de oficio procede por el mismo funcionario que emitió el acto administrativo o por uno de mayor jerarquía y solo luego dentro del años de emisión de tal acto. Una vez transcurrido tal período solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial.

Sobre el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre la

aprobación del referido, el Fiscal de la Nación argumenta que según los artículos 88 y 89 del Reglamento del Congreso de la República las investigaciones del Congreso se desarrollan a través de comisiones respectivas constituidas en virtud de las mociones de orden presentadas por los parlamentarios.

Por lo expuesto el demandante considera que el Gobierno Regional de Cajamarca no ha respetado el principio de cooperación y lealtad regional, puesto que ha contravenido el ordenamiento legal. La Ordenanza resulta contraria así al principio de taxatividad y clausula residual ya que el Gobierno Regional de Cajamarca se ha atribuido facultades que no les corresponde. Por ende, la ordenanza regional cuestionada no supera el test de competencia, y por lo tanto debe ser declarada inconstitucional.

Contestación de la Demanda

Con fecha 13 de marzo de 2012 el Gobierno Regional de Cajamarca, por medio de su representante, contesta la demanda argumentando que el Fiscal de la Nación, de conformidad con el artículo 159 de la Constitución, carece de las atribuciones necesarias para interponer la presente demanda de inconstitucionalidad. Alega que si bien el artículo 203.2 de la Constitución legitima al Fiscal de la Nación a interponer demandas de inconstitucionalidad, solo podría hacer ello para cuestionar aspectos que afecten al ámbito de su competencia. Permitir lo contrario significaría que un órgano constitucional, desarrolle su actividad fuera del marco autorizado por la Constitución.

Sobre el fondo de la cuestión demandada, alega que la Constitución de 1993, al igual que la de 1979, no desarrolla minuciosamente las competencias de los órganos constitucionales, por lo que “es muy difícil encontrar las atribuciones del gobierno nacional (Poder Ejecutivo)” (sic). Afirma que en los 27 artículos de la Constitución “dedicados al gobierno no se determinan las atribuciones propias” (sic) tan solo se refieren a competencias genéricas. De igual manera, al Congreso solo se le reconoce atribuciones normativas y no vinculadas a la administración pública. Por consiguiente, es “casi imposible contrastar un ejercicio de atribuciones de órganos constitucionales distintos con las atribuciones del Legislativo y el Ejecutivo” (sic).

De otro lado, para la demandada, luego de la reforma constitucional introducida por la Ley N.º 28607, sí se determinaron las competencias de los gobiernos regionales y locales. Estima en tal sentido que en lo que respecta a la minería, compete al gobierno regional otorgar licencias y autorizaciones respectivas. Alega asimismo que la LOGR reconoce específicas atribuciones en materia ambiental a los gobiernos regionales, entre las cuales destaca; implementar el sistema regional de gestión ambiental y controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, y proyectos y estudios en materia ambiental y sobre el uso racional de los recursos naturales.

Acerca del artículo 66 de la Constitución refiere que es requerida su reglamentación por cuanto el Estado, si bien es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, está conformado por varios niveles de gobierno. Destaca también el respeto que merecen las propiedades de las comunidades indígenas, no pudiendo ser modificados sus derechos reconocidos por la Constitución de 1920 y 1933. En virtud de lo argumentado solicita que la demanda sea declarada infundada.

FUNDAMENTOS

§1. Cuestiones previas

1. El Gobierno Regional de Cajamarca cuestiona la competencia del Fiscal de la Nación para interponer la demanda de inconstitucionalidad. Argumenta que si bien de conformidad con el artículo 203° inciso 3 de la Constitución el Fiscal de la Nación tiene legitimidad para interponer este tipo de demandas, estas solo podrían estar dirigidas a cuestionar aspectos relativos al ámbito de su competencia desarrolladas en el artículo 159 de la Norma Fundamental, lo que no ha ocurrido en este caso, ya que tales competencias son: promover de oficio o a pedido de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia, representar en los procesos penales a la sociedad, conducir la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contemple, ejercer iniciativa en la formación de leyes y dar cuenta al Congreso o al Presidente sobre los vacíos o defectos de la ley.
2. El artículo 121° del Código Procesal Constitucional establece que contra los decretos o autos que emita el Tribunal Constitucional procede recurso de reposición dentro de los tres días de notificado aquel auto o decreto. La resolución de fecha 16 de enero de 2012, notificada al Gobierno Regional de Cajamarca el 1 de febrero de 2012 admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación. En tal sentido, tal resolución pudo ser cuestionada mediante el recurso de reposición y dentro del plazo de tres días de notificada la resolución de admisibilidad. Sin embargo, solo con la contestación de la demanda del 13 de marzo de 2012 el Gobierno Regional de Cajamarca cuestiona la legitimidad del demandante para interponerla demanda de inconstitucionalidad. Consecuentemente y, habiendo transcurrido el plazo para interponer el recurso de reposición, debe tenerse por consentida la admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad.

3. Al margen de ello, en virtud del rol como Supremo Interprete de la Constitución, este Colegiado observa que la Norma Fundamental no dispone de limitación alguna a la legitimidad del Fiscal de la Nación para interponer demandas de inconstitucionalidad. En tal sentido, argumentos como el presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca respecto a este punto no tiene asidero constitucional.

§2. Delimitación del petitorio

4. El Fiscal de la Nación solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 28 de diciembre de 2011, la cual establece:

“PRIMERO: DECLARAR de interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible.”

SEGUNDO: DECLARAR inviable la Ejecución del Proyecto “CONGA” en las cabeceras de cuenca donde se ubican las lagunas: El Perol, comprensión del Distrito de Sorochuco, Azul, Cortada comprensión del Distrito de Huasamín; Mamacocha comprensión del Distrito de Bambamarca y todas aquellas ubicadas en el ámbito de influencia del Proyecto Conga, en razón a las inconsistencias técnico – legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución Directoral N.º 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre de 2010, por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, ejecución que podría ocasionar daños irreversibles en los ecosistemas frágiles generando a su vez perjuicios económicos y sociales de magnitudes incalculable, colisionando directamente con los derechos fundamentales de las personas que habitan dichas jurisdicciones y en el área de influencia directa e indirecta del Proyecto Conga, lo cual, pone en riesgo la gobernabilidad de la Región Cajamarca y la Paz social de sus pobladores. Por lo que el Gobierno de Regional de Cajamarca, al amparo y aplicación de los Principio de Subsidiariedad, Precautorio, *Pro homine*, y haciendo uso de su autonomía política, económica y administrativa ante la falta de regulación y los vacíos normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho, instando al Gobierno Central el respaldo de esta decisión.

TERCERO: ENCARGAR al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, realice las acciones técnico – legales a fin de canalizar ante el Congreso de la

República, los procesos investigatorios sobre las circunstancias en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Conga”, a ejecutarse en la concesión minero “Conga” a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente.

CUARTO: DEJAR sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la presente Ordenanza Regional.”
[...]

5. El argumento central del demandante es que mediante la cuestionada ordenanza regional se invaden las competencias del Gobierno Nacional en lo que a la regulación del sector minero se refiere. Afirma que el verdadero efecto de la ordenanza es la declaración de nulidad del acto administrativo que aprobó el EIA, esto es, la Resolución Directoral N.º 351-2010-MEM/AAM, aprobada por el MEM, para lo cual el gobierno regional no tiene competencia alguna. En efecto, basándose en la normativa referida en los antecedentes, el Fiscal de la Nación alega que es el Gobierno Nacional el encargado de determinar la política nacional relativa a la explotación minera y de la política ambiental. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tendría competencia alguna para declarar inviable la ejecución del proyecto Conga.
6. De otro lado, el Gobierno Regional de Cajamarca afirma que mientras que la Constitución no determina una competencia precisa sobre los sectores en los cuales el gobierno nacional es competente, el artículo 192 de la Constitución sí lo establece para el caso de los gobiernos regionales. Por ello alega que los gobiernos regionales son competentes para regular la normativa relativa al ámbito de minería y protección del ambiente, entre otros aspectos. Por consiguiente, el representante del Gobierno Regional de Cajamarca afirma que es la región la competente para regular tales ámbitos.

§3. Conflicto de competencias y legitimidad de actos administrativos

7. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo examen se pueden distinguir dos tipos de argumentos: Aquellos dirigidos a sustentar la conservación e intangibilidad de la protección de cabeceras de cuencas, como de interés público regional, y aquellos dirigidos a sustentar la inviabilidad de la ejecución del proyecto Conga al cuestionar el EIA de tal proyecto minero, aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAAM) del MEM.

8. Este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias, siendo tramitado según lo ordena el artículo 110° del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional tiene rango legal (art. 200, inciso 4, de la Constitución). El proceso de inconstitucionalidad, como se sabe, es un proceso fundamentalmente objetivo en el que se efectúa un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía (norma constitucional y norma infraconstitucional de rango legal). De ahí que en este tipo de casos se persiga primordialmente la defensa de la Constitución antes que un interés subjetivo (STC 0020-2005-PI/TC y acumulados, fund. 16). Se desea expresar con esto que en el caso en particular, este Tribunal no analizará la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el EIA referido, por no ser competente para ello en el presente proceso, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución.

§4. Delimitación de los ámbitos competenciales en conflicto

9. La ordenanza regional bajo análisis declara intangible las cabeceras de cuenca de toda la Región de Cajamarca y declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga. Los efectos normativos de tal Ordenanza se despliegan dentro del ámbito regulatorio de las actividades mineras, en relación con el impacto ambiental que estas pueden tener en determinada área (cabecera de cuenca). Por lo tanto, debe tomarse en consideración cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional en el ámbito del sector minero, considerando como un elemento relevante en tal repartición, la protección de los recursos hídricos, específicamente las cabeceras de cuenca.
10. Debe atenderse también que la propia naturaleza de la actividad minera tiene una incidencia directa en el ambiente debido al propio proceso extractivo del mineral, así como su posterior procesamiento. Es debido a ello que la aprobación de un proyecto minero cuenta con un procedimiento para evaluar el impacto ambiental de tal actividad. En el presente caso, el Gobierno Regional de Cajamarca alega que son competentes para regular aspectos relativos a la protección del ambiente, inclusive, en el contexto de un proyecto minero. Por ello, en líneas generales, la naturaleza del conflicto competencial gira, principalmente, en torno al ámbito regulatorio del sector minería en su relación con la protección del ambiente, específicamente sobre la protección de la cabecera de cuencas.

§5. Determinación de competencias: test de competencia

11. El principio de competencia, tributario del principio de jerarquía (STC 0020-2005-PI/TC, fund. 19 y 20), es la herramienta que guiará la metodológica con la que este

Tribunal resolverá la presente causa, debido a que, como ya se advirtió, se está ante lo que en esencia es un conflicto de competencias. Por ello, este Colegiado tendrá que observar cómo la Constitución y las normas interpuestas han repartido las competencias entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional a fin de determinar las competencias respectivas en materia de minería y protección de cabeceras de cuencas.

12. Como ya ha sido establecido en la jurisprudencia de este Tribunal, si bien el Estado Peruano es unitario (art. 43 de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales. En efecto, ha sido ampliamente explicitado en la STC 0020-2005-PI/TC que el Estado peruano es unitario y descentralizado. Y conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa. No obstante, de acuerdo al artículo 192, tal autonomía debe ser ejercida “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.”
13. Para determinar ello se deben tomar en consideración las normas que establecen las competencias de los gobiernos regionales, y en general, organizan y desarrollan el proceso de descentralización. Así, la LBD y la LOGR son las normas interpuestas que delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales. Asimismo, en determinados casos también deben considerarse otras normas como la Ley N.º 28273, *Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales* (LSAGRL) y, ya dentro del ámbito de la ejecución de tal normativa, es de tenerse en cuenta los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales, tales como los emitidos mediante el Decreto Supremo N.º 052-2005-PCM o el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM.
14. Las referidas normas interpuestas desarrollan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales. En efecto, el artículo 13º de la LBD explica: “a) Competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y, b) Competencias compartidas son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados.” Por su parte, para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional, como ya lo hizo en otras ocasiones (SSTC 0020-2005-PI/TC acumulados, 0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC), este Tribunal apelará al *test* de competencia.
15. Este *test* está estructurado según determinados principios constitucionales. En tal sentido, se debe analizar en primer lugar el **principio de unidad**, compuesto por el **principio de cooperación y lealtad regional**, así como por el **principio de**

taxatividad y cláusula de residualidad y el principio de control y tutela. Por su parte, el siguiente principio que estructura el referido test es el principio de competencia, conformado por el principio de competencias y el bloque de constitucionalidad. La misma manera, otros principios deben ser tomados en consideración como, el principio de efecto útil y poderes implícitos y el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos. Estos principios ha sido desarrollados en permanente jurisprudencia de este Tribunal, por lo que nos remitimos a lo ya desarrollado las STC 0020-2005-PI/TC (fund. 34-79) y otras (0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC).

16. En suma, se debe contrastar la normativa cuestionada a la luz del principio unitario, procediendo posteriormente al análisis del principio de competencia, propiamente dicho, en donde se revisa la lista de materias repartidas previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. De igual modo, deben observarse las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales (STC 020-2005-PI/TC, fund. 33).

§6. Las SSTC 008-2010-PI/TC (Municipalidad Provincial Víctor Fajardo) y 009-2010-PI/TC (Gobierno Regional del Cusco)

17. Es relevante para resolver este caso tener presente lo expresado por este Tribunal en las STC 008-2011-PI/TC (*Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo*) y 009-2011-PI/TC (*Gobierno Regional del Cusco*). En el primero de los casos se discutió si es que la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo podía prohibir el otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera en su jurisdicción territorial. En tal caso, la Municipalidad Provincial Víctor Fajardo, argumentaba, en términos generales, que tal decisión se tomaba en virtud a la protección del recurso hídrico del área de su competencia. En el segundo de los casos, fue el Gobierno Regional del Cusco el que declaró su jurisdicción territorial, como área de no admisión de denuncias mineras. En este caso, el gobierno regional alegaba que tal decisión se daba en virtud a su trascendencia histórica de la región, que estaba dedicada exclusivamente a la actividad turística y agropecuaria.
18. En ambos casos el Tribunal determinó la inconstitucionalidad de tales las normas. En virtud del análisis de competencias establecido por la Constitución y las normas interpuestas, se determinó que tales ámbitos eran competencia del Gobierno Nacional. En líneas generales, el argumento que sustentaba ambas decisiones del Tribunal era que el Gobierno Nacional era el competente para regular la actividad de la gran y mediana minería, por consiguiente, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras o declarar la no admisión de denuncias mineras en cierta jurisdicción, contraviene las competencias del Gobierno Nacional.

§7. Competencias normativas en materia de minería

19. Como se pasará a fundamentar a continuación con mayor detalle, la Constitución ha establecido que las regiones son competentes para regular las materias relativas al ámbito de minería. La LBD y la LOGR, por su parte, en su calidad de normas interpuestas, establecen que estas competencias son compartidas, estando los gobiernos regionales encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal, mientras que el Gobierno Nacional estará encargado de la gran y mediana minería. En consecuencia, como se sostendrá a continuación, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga. En tal sentido, es manifiesto que el Gobierno Regional de Cajamarca, excedió sus funciones y contravino la repartición de competencia establecida por la Constitución.
20. En efecto, la Constitución establece en su artículo 192° que los gobiernos regionales son competentes para [...] “5. Promover el **desarrollo socioeconómico regional** y ejecutar los planes y programas correspondientes.” [...] “7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, **minería**, vialidad comunicaciones, educación, salud y **medio ambiente**, conforme a ley” (énfasis agregado).
21. El artículo 36 c) de la LBD, por su parte, establece que son **competencias compartidas** (entre el gobierno regional y nacional) “la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, **minas**, transportes, comunicaciones y **medio ambiente**” (énfasis agregado). La LOGR, siguiendo el mismo criterio establece en su artículo 10° las competencias exclusivas y compartidas especificando, en el inciso 2, literal c), y como una competencia compartida, la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel correspondientes a minas y medio ambiente, entre otros.
22. Queda claro hasta ahora que la competencia del ámbito de minería es compartida entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional. Sin embargo, estos artículos no presentan una lista específica de cómo se reparten tales responsabilidades normativas. Para ello debe observarse lo establecido en el artículo 59° de la LOGR, que complementando y desarrollando las disposiciones previas, establece que son **funciones específicas** de los Gobiernos Regionales, en materia de energía y minas e hidrocarburos: “a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de energía, **minas** e hidrocarburos de la

región, **en concordancia** con las políticas nacionales y los planes sectoriales. [...]” y “f) Otorgar concesiones para **pequeña minería y minería artesanal** de alcance regional” (énfasis agregado). Se desprende pues que no los gobiernos regionales no cuentan con competencia expresa en el ámbito de la gran y median minería.

23. Como se observa, en materia de minería, el ejercicio de las competencias a cargo de los gobiernos regionales debe realizarse conforme a las políticas nacionales elaboradas por el gobierno nacional y de manera compartida. Ello implica la continuación de un mismo proyecto de desarrollo por parte de los gobiernos regionales, bajo las premisas generales decididas por el Gobierno Nacional. Así, las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal se encuentran bajo la competencia normativa de los gobiernos regionales, mientras que la mediana y la gran minería son competencia del Gobierno Nacional. En efecto, mediante el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM, se aprobó el Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, transfiriéndose, entre otras funciones, la evaluación y otorgamiento de Certificado de Operaciones Minera a la pequeña y minería y a la minería artesanal. Y desde la Resolución Ministerial N.º 179-2006-MEM-DM, se observa que el Gobierno Regional de Cajamarca ya contaba, respecto la pequeña minería y la minería artesanal, con la función de fomentar y supervisar su exploración y explotación. Dicho de otro modo, las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal deben ser otorgadas y fiscalizadas por los gobiernos regionales en concordancia con las políticas nacionales. Por el contrario, las competencias relacionadas a la mediana y gran minería están excluidas del ámbito normativo de los gobiernos regionales.
24. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, *Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO-LGM)*, establece en su artículo 105º que son atribuciones del Registro Público de Minería: “f) Otorgar el título de las concesiones mineras” y “[...] h) Declarar la caducidad, abandono, caducidad o nulidad de las concesiones y publicar, en su caso, su libre denunciabilidad.” De otro lado, el Decreto Ley N.º 25962, llamada “Ley Orgánica” del Sector Energía, (LOSE), establece en su artículo 5º que:

“Corresponde al Ministerio de Energía y Minas formular, en armonía con la política general y los planes del Gobierno, las **políticas de alcance nacional en materia de electricidad, hidrocarburos y minería**, supervisando y evaluando su cumplimiento.” Y en su artículo 6 establece “Son funciones del Ministerio de Energía y Minas: [...] h) Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, de conformidad con la legislación sobre la materia; [...]” (énfasis agregado).
25. Así, si bien el órgano competente era el denominado Registro Público de Minería, a partir del Decreto Supremo N.º 015-2001-EM, *Aprueban Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero-*

INAAC (ROF-INAAC), las menciones al Registro Público efectuadas al TUO-LG, se entenderán como referidas al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC). Dicha entidad es, según el artículo 17° de la LOSE, una Institución Pública Descentralizada del Sector Energía y Minas dependientes del MEM. A su vez, debe considerarse el Decreto Supremo N.º 008-2007-EM, que aprueba la fusión del INACC con el Instituto Geológico Metalúrgico (INGEMMET). Y, como lo indica el Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, *Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET*, en su artículo 3.14, una de sus funciones es otorgar los títulos de concesión minera (STC 0008-2010-PI/TC, fund. 36).

26. En suma, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de minería, las normas interpuestas, como la LBD y la LOGR, establecen que las competencias en materia de minería son compartidas, estableciéndose específicamente que las concesiones en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal recaen sobre los gobiernos regionales. En cuanto al Gobierno Nacional, este es competente para el otorgamiento de la concesión de la gran minería así como de la mediana minería. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para declarar la inviabilidad de la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga, ya que intervenir en ello, implica exceder las competencias normativas atribuidas por la Constitución y las normas interpuestas que ordenan la repartición de competencias. Por todo ello, el artículo segundo de la Ordenanza regional bajo estudio debe ser declarada inconstitucional.

§8. Minería y protección los recursos hídricos

27. En la STC 0048-2004-AI/TC, se determinó que *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado* (art. 2.18 de la Constitución), “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido” (fund. 17). De ahí que este derecho se concretice en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*.
28. En lo que se refiere a la protección del agua, no es posible enfatizar más la importancia del recurso hídrico. Evidentemente, la salud ambiental de una población se vería en un gravísimo riesgo si es que los sistemas hidrográficos de la región que

esta habita son contaminados. Tales sistemas mantienen la vida, son fuente directa del agua potable, así como fuente para el desarrollo de la industria y la agricultura. Pero no solo la contaminación resulta ser una amenaza, sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, demandan acciones concretas por parte del Estado y la sociedad a fin de preservar y explotar de manera sostenible el agua. Por ejemplo, el Decreto Supremo N.º 086-2003-PCM, que *Aprueba la Estrategia Nacional sobre Cambio Climático*, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 27 de octubre de 2003, hace referencia a la *desglaciación andina*, producto del calentamiento global, lo que hace peligrar los recursos hídricos de alta montaña.

29. En tal sentido, la protección del agua debe realizarse considerando los sólidos indicadores que demuestran una previsible escasez de este recurso en el futuro. El Estado ha mostrado su preocupación sobre la materia emitiendo normativa dirigida a proteger y gestionar eficientemente tal recurso. La LRH sienta las bases de la política pública sobre la gestión de dichos recursos. La relevancia y valor del agua, como bien lo indica la LRH, tiene dimensiones socioculturales, económicas y ambientales (Principio de valoración del agua y de gestión ambiental). Su gestión integrada es de necesidad pública y de interés nacional teniendo el objetivo de administrar eficiente y de manera sostenible las cuencas hidrográficas y acuíferos, **fomentando una nueva cultura del agua**, en procura de satisfacer las presentes demandas así como garantizando el acceso de futuras generaciones (LRH, art. 3).
30. De igual modo, este Tribunal en su rol de defensa de la Constitución y derechos fundamentales, ha establecido en la STC 06546-2006-PA/TC la relevancia del derecho al agua potable. Y en la STC 03343-2007-PA/TC (fund. 12) ha hecho referencia a la importancia de proteger los servicios ambientales, como el almacenamiento del agua.

§9. Protección del ambiente, cabeceras de cuencas y competencias de los gobiernos regionales

31. Las cabeceras de cuenca son ecosistemas frágiles, son zonas en donde se generen los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas. Resulta loable por tanto toda intención de protegerlas y procurar, de esta manera, el cuidado, recolección y reserva del agua. Pero para que tal protección sea realmente efectiva, no basta con medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico, ya que éstas pueden servir como una medida meramente temporal pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva.

32. La Ordenanza Regional bajo análisis sostiene estar regulando la protección de las cabeceras de cuenca y con ello un ambiente equilibrado y adecuado. En virtud de tal argumento, lo que en la práctica ocurre, es la invalidación del EIA aprobado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), y por lo tanto, se declare inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga.
33. En efecto, en los considerandos de dicha ordenanza se argumenta que el EIA aprobado “violaría abiertamente” el artículo III numeral 5, de la LRH que establece el principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas. De igual forma, afirma que se está contraviniendo el artículo 75 que estipula “el Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas...”. Tales cuestionamientos le valen al Gobierno Regional para que “recogiendo la demanda de inviabilidad del proyecto Conga formulada por diversas organizaciones sociales y autoridades de los sectores más humildes” se autorice al Presidente Regional para que “se solicite a los órganos competentes el inicio de las investigaciones necesarias sobre la forma en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga [...]”. Y que se “declare de interés público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región de Cajamarca e inviable la Ejecución de Proyecto Conga”.
34. En suma, la Ordenanza Regional bajo análisis plantea proteger a determinado sector de la población cajamarquina de un proyecto minero cuyo EIA tiene, supuestamente, serias deficiencias. No obstante esta preocupación del Gobierno Regional, es de preguntarse hasta que punto ello activa competencias normativas para regular la protección de cabecera de cuencas. O si es que en todo caso, tal competencia existía previamente a la supuesta amenaza originada por el proyecto Conga y detectada por el Gobierno Regional. Como ya se ha expresado, la determinación y autorización del EIA para proyectos de mediana y gran minería es competencia del Gobierno Nacional.
35. A mayor abundancia, tal relevancia ha sido, asimismo, reconocida en la LRH, que en su artículo 75 establece: “El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua.” Con ello no solo reconoce la importancia especialísima de las cabeceras de cuenca sino que también determina de manera taxativa las entidades involucradas en declarar qué cabeceras de cuencas son intangibles.

36. Tal como se lee en el artículo 4 de la LRH, la Autoridad Nacional es una referencia a la Autoridad Nacional del Agua (ANA). Por lo tanto, es el ANA el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca y no el Gobierno Regional, que no interviene en tal procedimiento. En suma, y atendiendo al principio de taxatividad desarrollado previamente, así como al principio de subsidiariedad, es de determinarse que el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su región.

§10. Competencias normativas en materia ambiental de los Gobiernos Regionales

37. La LOGR, en su artículo 10º, inciso 2 d) establece como competencias compartidas la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. De otro lado, el artículo 53º h) de la LOGR establece como función específica de los gobiernos regionales en materia ambiental la de controlar y supervisar el cumplimiento de normas, contratos, proyectos y estudios de impacto ambiental y uso racional de los recursos naturales en su respectiva jurisdicción.
38. Por su parte, el artículo 18º de la Ley N.º 27446, *del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (LSNEIA)*, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1078, precisa que corresponde “a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.” Ello es coherente con la competencia otorgada a los Gobiernos Regionales, encargados de aprobar la certificación ambiental en los proyectos de su competencia, como son los proyectos de pequeña minería y minería artesanal.
39. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo análisis se alega que, tomando en cuenta el principio de subsidiariedad establecido por el artículo 4, literal f) de la LBD, y en base al principio precautorio y el Informe Técnico de la Gerencia Regional de Recursos Naturales del Gobierno Regional de Cajamarca, éste decidió declarar inviable la ejecución del proyecto Conga. Se sustentó para ello que se contravenía específicamente el artículo III de la LRH. El Gobierno Regional de Cajamarca refirió también que el Proyecto Conga vulneraría lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (RAAEM)*, que prohíbe que la actividad de exploración pueda “atravesar bofedales o humedales con caminos de acceso u originar colocación de materiales residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos.”
40. Considerando ello, el Gobierno Regional de Cajamarca concluyó que en uso de la autonomía conferida por la Constitución a los gobiernos regionales e invocando los

principios de subsidiariedad, el precautorio, así como el de interpretación *pro homine*, era preciso establecer medidas eficaces para la protección del medio ambiente en la zona amenazada gravemente por el Proyecto Conga puesto que “no existe reglamentación asertiva y directa respecto al órgano competente a la protección, conservación e intangibilidad de cabeceras de cuenca ecosistemas frágiles, ya que las normas hacen referencia al Estado en general [...] quedando habilitado el Gobierno Regional de Cajamarca a normar estos supuestos de hecho donde la problemática ambiental y social constituyen una unidad indisoluble, procurando salvaguardar así derechos fundamentales de mayor jerarquía y orden que los derechos de propiedad y explotación que ostentará el titular del Proyecto Conga” (sic).

41. Al respecto es importante que se tome en consideración que el RAAEM establece en su artículo 3º que es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la DGAAM, la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de las gran minería y la mediana minería.

§11. La inversión privada deseada por la Constitución

42. La Constitución ha establecido un amplio margen para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución). De igual modo la Constitución garantiza la iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución) y facilita y vigila la libre competencia (artículo 61 de la Constitución), entre otras libertades. La empresa, que es el conjunto de esfuerzo para alcanzar un fin comercial es reconocida como uno de los elementos indispensables en la creación de riquezas. Desde luego, y como bien lo dispone la Constitución, el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública” (artículo 59). Es por ello que la Constitución protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.
43. Así, con los ingresos que el Estado percibe por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon, es que el Gobierno puede mantener el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. La explotación de recursos naturales desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran. Además de ello, en los casos dispuestos por la Constitución debe garantizarse la co-participación de las riquezas.

44. Tomando ello en consideración, este Tribunal estima relevante desarrollar el siguiente planteamiento, a manera de esquema, sobre la inversión privada deseada por la Constitución. Esto es, brindar previsibilidad sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de co-participación de la riqueza.
45. Respecto el punto i), es de resaltarse el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. En la STC 03343-2007-PA (*Caso Cordillera Escalera*), este Tribunal determinó que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.
46. De igual modo este Tribunal se afirmó en lo expresado en la STC (STC 0048-2004-AI/TC) respecto el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado, expresando:

“La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (subrayado agregado).

47. Continuando con lo expuesto en el caso *Cordillera Escalera* el tribunal dijo que el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. El concepto de responsabilidad social de la empresa, tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.
48. Y es que desde la emisión de la STC 0048-2004-AI/TC, este Tribunal ya especificó, el vínculo y tensión existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Tal actividad debe encausarse dentro de cierto principio tales como: a) el principio de desarrollo sustentable, b) el principio de prevención; principio de restauración; principio de mejora; principio precautorio; c) principio de prevención, d) principio de restauración, e) principio de mejora, f) principio precautorio y, g) principio de compensación (STC 0048-2004-AI/TC, fund. 18). Solo bajo el respeto de tales principios se puede comprender el desarrollo de la actividad empresarial minera. De igual modo en la citada sentencia, se dejó establecido la especial responsabilidad que tenían las empresas mineras. Y es que debido a la naturaleza de su actividad, estas tiene una “responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma” (fund. 34).
49. Así, interesa resaltar que la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales. Y es que la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la

finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estará dispuesta a soportar.

50. Para ello, las empresas deben de internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones.
51. El punto ii) recae en la actividad estatal. Es el Estado, y particularmente la Administración la que debe fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del Estado vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca.
52. Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal.
53. No escapa a este Colegiado que para que el Estado cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común es indispensable la creación de nuevos proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza, la cual, deberá ser objeto de una razonable distribución en coherencia con los principio de la Economía Social de Mercado, entre los que cabe mencionar el principio de subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza. Por tanto, el desarrollo del país, que es un imperativo histórico, no puede estar reñid, a priori, con el respeto a las distintas actividades económicas de los ciudadanos ni con la preservación del medio ambiente.

54. El punto iii) se dirige atender las situaciones en caso de la ocurrencia de daños contra terceros. En tal sentido, si la actividad empresarial genera daños estos no solo deben ser sancionados por la Administración, sino que deben generar una reparación directa, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas. Ello implica no solamente esperar, en virtud de la autonomía de la persona, a que demandas de indemnización sean interpuestas. Como la realidad lo ha demostrado en varias ocasiones, la desesperación de los ciudadanos, de la mano de otras circunstancias tales como bajos ingresos o desconocimiento de sus derechos, genera en ocasiones, que estos no hagan valer sus derechos en forma idónea. En tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.
55. Por último, el punto iv), que a continuación se desarrollará está referido al principio de co-participación de la riqueza que viene a reforzar un modelo descentralista adoptado por la Constitución. La relevancia de este principio a la luz del presente caso, obliga por lo tanto a desarrollarlo de manera más pormenorizada, dejando para otros casos, el desarrollo de los puntos precedentes.

§12. Descentralización y el principio constitucional de la co-participación de la riqueza

56. Las aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tiene por objetivo acercar el Estado a la población. La consecuencia práctica que con ello se pretende, es un mejoramiento en la prestación de servicios estatales, así como la fiscalización de las actividades de los particulares, puesto que la entidad estatal estaría más próxima a las poblaciones y por lo tanto, más al tanto de sus necesidades. Los recursos naturales pertenecen a la nación de acuerdo a lo estipulado en el artículo 66 la Constitución. Pero en ningún momento restringe que estos sean únicamente administrados por el Gobierno Nacional. Son las normas como la LBD y la LGR las que, concretizando el principio de progresividad de competencias y transferencias de recursos, disponen las competencias atribuidas a cada entidad gubernamental sobre distintos ámbitos. Como se ha apreciado, en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal, por ejemplo, es el Gobierno Regional el que es competente para otorgar su concesión.

57. Además de las cláusulas constitucionales sobre descentralización (artículo 189-199 de la Constitución), otras cláusulas constitucionales también deben ser consideradas manifestaciones del objetivo descentralizador del constituyente. Es de apreciarse, por ejemplo, el rango legal otorgado a las ordenanzas regionales y municipales respecto de cuestiones de su competencia y en su jurisdicción territorial (art. 200.4). De igual manera, la Constitución reconoce legitimación a los Gobiernos Regionales y Municipales Provinciales que interpongan demandas de inconstitucionalidad (art. 203).
58. Por su parte, el artículo 77 de la Constitución establece en su segundo párrafo el derecho que le asiste a los gobiernos locales y regionales a recibir en calidad de canon, una porción de lo recaudado por la explotación de recursos naturales en beneficio de la comunidad de la zona. Como ya lo ha establecido este Tribunal en la STC 0042-2004-PI/TC (fund. 53): “el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.”
59. Desde luego, tal canon no implica un pago por asumir y soportar el proceso extractivo de, por ejemplo recursos minerales, y menos aun se trata de una compra de voluntades o silencios para asumir la carga de la contaminación ambiental. Mediante el canon se pretende evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el Gobierno Nacional, en desmedro de la zona de donde tales dividendos proceden. Frente a casos de contaminación proceden otro tipo medidas legales como el pago indemnizatorio por la provocación de daños o medidas sancionatorias en contra de quienes hayan sido responsables de tales hechos.
60. En tal sentido, el canon es una de las manifestaciones del proyecto descentralista, específicamente en cuanto plasma el *principio de co-participación de la riqueza*. Este principio, establece que las poblaciones desde donde se han extraído determinados recursos naturales se vean directamente beneficiadas con las rentas de dicha explotación. La explotación de recursos sin co-participación contraviene no solo el artículo 66 de la Constitución sino también el principio de solidaridad. Y precisamente en virtud de tal principio es que, los gobiernos regionales no pueden tampoco negarse que tales beneficios sean compartidos con otras entidades del Estado. En suma, no todo debe ser absorbido por el Gobierno Nacional y no todo puede ser absorbido por el Gobierno Regional o Municipal.
61. La consecuencia esperada de este principio es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no solo de tales recursos

financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. En tal sentido, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud.

§13. Aspectos contextuales del presente caso

62. La coyuntura internacional prevalente ha significado una subida en el precio de los metales, lo que ha beneficiado las perspectivas de los proyectos mineros en el país. No obstante, esta industria, que significa importantes ingresos a las arcas del Estado ha generado tensiones con ciertos sectores de la población que alegan, en líneas generales, que tal actividad perjudicaría su salud así como sus actividades económicas por los pasivos ambientales de la industria de la minería. El debate ha sido planteado por la opinión pública como la tensión entre pro-mineros contra anti-mineros. Cada una de estas posiciones ha buscado desprestigiar a la otra, aduciendo la intolerancia de los sectores que se oponen a los proyectos mineros, a pesar de los beneficios que las mineras puedan brindar según alegan. De otro lado, se ha argumentado que la gran minería no ha traído los beneficios prometidos y que por el contrario, deja pasivos ambientales que terminan por empobrecer a la población. Esta polarización del debate está compuesta por varias capas que atraviesan cuestiones culturales, económicas y políticas.
63. Determinar cuál de estas posiciones del debate es la posición “correcta” no es el deber de este Tribunal. Es deber de este Tribunal, en cambio, supervisar que se garantice el acceso de todas las partes interesadas al diálogo institucionalizado. De igual forma, este Tribunal debe garantizar que los acuerdos tomados en tales espacios no vulneren o contravengan los valores básicos de la Constitución. El debate democrático, debe precisamente por ello encausarse dentro de las vías institucionales; no es sencillo y muchas veces puede tener la apariencia de no ser ordenado o inclusive efectivo; pero lo opuesto, la ausencia de consensos, la imposición de medidas en virtud de una principio de autoridad que no haya tomado en cuenta demandas de la sociedad, sin que ello signifique el sometimiento a populismos cortoplacistas, no soluciona los conflictos sociales, sino que por el contrario puede agudizarlos, generando situaciones de mayor polarización. Una sistema político sin diálogo, sin un amplio y vigoroso debate, y sin consensos, es una sistema sospechoso de toma de decisiones, y por lo tanto, con serios riesgos de deslegitimización frente a la sociedad.
64. En el Perú, la historia ha demostrado cómo importantes sectores de la sociedad han sido ignorados o invisibilizados [Mendez, Cecilia. *Incas Si, Indios No: Apuntes Para el Estudio*

del Nacionalismo Criollo en el Perú. 2a. ed. -Lima:IEP, 2000. Documento de Trabajo 56, Serie Historia 10]. Bastaba con tildar a ciertos sectores de la población como retrógrados, ignorantes, incivilizados o salvajes a fin de socavar sus demandas e implantar las políticas elaboradas sin tomar en cuenta los específicos contextos que rodeaban a estas poblaciones. No existió preocupación alguna por incluir su voz, o reconocerlos como interlocutores en los debates acerca de lo que es el desarrollo y cómo debe alcanzarse. Pero no solo ello, cuando se generaron daños a consecuencia de tales políticas, el Estado falló en solucionar efectivamente tales conflictos, que en varias situaciones, han escalado hasta convertirse en verdaderas demandas sociales.

65. Así, y para centrar la problemática en la extracción minera, es de citar algunos ejemplos, tangibles de desastres ambientales a consecuencia de la actividad minera. Así es, pertinente citar el caso de La Oroya, una situación crítica analizada por este Tribunal (STC 2002-2006-PC/TC). De igual forma, es de citarse el caso de los Niños de Plomo de las comunidades de Quiulacocha y Champamarca en Cerro de Pasco, en donde, en 2005, según un estudio realizado se concluyó que 4 de cada 5 niños en tales comunidades adolecía de intoxicación por plomo [Astete, John, Walter Caceres y otros "Intoxicación por Plomo y otros Problemas de Salud en Poblaciones Aledañas a Relaves Mineros" *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 2009, 26(1), pp. 15-19]. Asimismo, el derrame de mercurio ocurrido en junio de 2000 en las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la Provincia de Cajamarca [Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N.º 62. El caso del Derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan en la provincia de Cajamarca*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2001] y que generó numerosos casos de contaminación en tales poblaciones. Tal hecho además puso en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano para lidiar con desastres de este tipo. Según se aprecia del Informe Defensorial N.º 62, la Dirección General de Minería del MEM no adoptó medidas de prevención y fiscalización sobre las normas de seguridad de la Minera Yanachocha tampoco se observó, a decir de la Defensoría, "un adecuado nivel de coordinación y colaboración entre las entidades públicas competentes tanto para prevenir los efectos del derrame de mercurio como para entrenar tal emergencia." [Ib. p. 83]. También es pertinente mencionar el colapso parcial de la presa de relaves en el distrito de Huachocolpa, provincia de Huancavelica y distrito de Licay, provincia de Angáres, que ocasionó la contaminación de los ríos Escalera y Opamayo en 2010. A consecuencia de ello, el Ministerio del Ambiente declaró la Emergencia Ambiental en el área afectada [Resolución Ministerial N.º 117-2010-MINAM, del 5 de Julio de 2010].
66. Estos dramáticos y penosos casos ponen en manifiesto la intensidad de los daños ocasionados y el entendible temor y suspicacias que los proyectos mineros causan en lo pobladores de las zonas aledañas a estos proyectos. En consecuencia, la resistencia a tales proyectos tiene una historia que no puede, de buenas a primeras,

ponerse a un lado. La desconfianza frente a los proyectos mineros no debe ser comprendida como expresión de intolerancia ni de intransigencia; es tan solo una predisposición como consecuencia de determinadas experiencias de una comunidad. Esta situación se transvasa a cualquier diálogo que sobre la materia se plantee, por lo que ignorarla o menospreciarla, no significará la volitización del problema.

§14. La Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR

67. La Ordenanza Regional N.º 036-2011-GR.CAJ-CR, en su artículo 1º declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región Cajamarca. Como ya se observó en la presente resolución, el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. En tal sentido, tal artículo debe ser declarado inconstitucional.
68. De igual forma el artículo segundo de la ordenanza en cuestión, que declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga, es inconstitucional puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias para anular o suspender proyectos de gran minería.
69. Respecto el artículo tercero, este Tribunal entiende que no escapa de las competencias del Gobierno Regional de Cajamarca el encargo otorgado al Presidente de la Región para que canalice ante el Congreso de la República los procesos de investigación sobre las circunstancias en que fue aprobado el EIA del proyecto Conga. Tal encargo no contraviene lo estipulado en los artículos 88º y 89º del Reglamento del Congreso de la República. En efecto, en virtud del principio de efecto útil y poderes implícitos, el Gobierno Regional de Cajamarca puede realizar las coordinaciones que estime pertinente a fin de coordinar políticas regionales con el Congreso de la República o solicitar la creación de comisiones. Por consiguiente, habiendo sido declarado inconstitucional el artículo primero y segundo de la ordenanza, el artículo cuarto, deviene igualmente en inconstitucional porque una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley.
70. Por último, queda claro que a juicio de este Tribunal, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39º de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de “lealtad constitucional” [Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*, 1985], que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Regional de Cajamarca N.º 036-2011-GR.CAJ-CR

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
MESIA RAMIREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ