TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0048-2004-PI/TC

SENTENCIA

DEL PLENO DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)

Resolución del 1 de abril de 2005

Asunto:
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.° 28258 —Ley de Regalía Minera—, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa.

Magistrados presentes:
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

1285

EXP.N.° 0048-2004-PI/TC
LIMA
JOSE MIGUEL MORALES DASSO
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.° 28258 —Ley de Regalía Minera—, de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de Inconstitucionalidad.
Demandante	: José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos.
Norma sometida a control	: Ley N.° 28258 —Ley de Regalía Minera—, publicada el 23 de junio de 2004.
Bienes demandados	: Artículo 66° que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2° y artículo 70°, que reconocen el derecho de propiedad; inciso 14 del artículo 2° y artículo 62°, que reconocen el derecho a la libertad contractual; inciso 2 del artículo 2°, que reconoce el derecho a la igualdad; y el artículo 103°, que recoge el principio de retroactividad de las leyes.

1250

Petitorio : Que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.° 28258, sus modificatorias y normas conexas.

III. NORMA CUESTIONADA

LEY N.° 28258 – *Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley.*

Su recaudación será distribuida según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Los demandantes alegan que la Ley N.° 28258 —Ley de Regalía Minera— vulnera la Constitución, por la forma y por el fondo. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, señalan que no se ha respetado el procedimiento formal para la creación de la denominada regalía minera, ya que de acuerdo al artículo 66° de la Constitución, las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante Ley Orgánica.

Sobre la inconstitucionalidad por el fondo, sostienen que la Ley cuestionada transgrede las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad (inciso 16 del artículo 2° y artículo 70° de la Constitución), así como el derecho a la libertad contractual (inciso 14 del artículo 2° y artículo 62° de la Constitución) y a la igualdad de trato (inciso 2 del artículo 2° y artículo 103° de la Constitución).

Señalan que en el Perú, la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual. Así, en materia económica el sistema legal debe procurar la plena vigencia de estas libertades patrimoniales, las cuales sólo pueden ser afectadas por valores superiores, y no para planificar resultados económicos circunstanciales.

1291

A su juicio, la regalía minera representa una clara intromisión en las libertades patrimoniales o libertades económicas, pues no ha revestido la formalidad exigida en el artículo 66° de la Constitución, ni tampoco ha respetado la esencia del derecho, pues se la denomina contraprestación sin que exista prestación recíproca que la justifique; es decir, es una contraprestación de nada.

Indican que el artículo 70° de la Constitución establece que nadie puede ser privado de su propiedad salvo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Por ello, advierten que la regalía minera impone un pago que significa una detracción forzosa de un porcentaje del valor obtenido por la transformación del mineral bruto a concentrado. Esta detracción patrimonial, añaden, se impone sin que exista causa de seguridad nacional, necesidad pública y sin pago justipreciado por el valor de esa propiedad sobre el concentrado.

Señalan, además, que el Estado goza de un poder tributario que le permite extraer recursos de la propiedad de las personas; empero, la regalía minera no se ha establecido como una obligación tributaria.

Refieren, por otro lado, que la norma cuestionada infringe el artículo 62° de la Constitución, que reconoce el derecho a la libertad contractual, por cuanto irrumpe contra los contratos de concesión anteriores a su vigencia; y, respecto a concesiones futuras, constituye una condición que limita la libertad de estipular, creando una ventaja para el Estado que va más allá de lo razonable.

De este modo, aducen, mientras se haya otorgado y subsista la concesión minera, la naturaleza y contenido del derecho otorgado no puede ser cambiado unilateralmente por una de las partes de la relación jurídica; sin embargo, tal como se constata, lo que establece la regalía es un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada y, por tanto, no querida originalmente por las partes.

Alegan que la forma como se ha establecido la regalía minera es discriminatoria, por las siguientes razones: a) si fuera válido imponer regalías en una actividad donde el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el cual la Nación goza de ciertos derechos en su origen, tendría que hacerlo en todas las actividades económicas en las que dicha situación se presenta, como son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc., lo cual no ha ocurrido; b) porque excluye del pago a los pequeños productores y a quienes ejercen actividad extractiva y de transformación a concentrados que no sean titulares de concesión; y c) porque establece que el porcentaje de contraprestación varía según el valor que resulta de la cantidad de concentrados.

1292

Los demandantes sostienen que mediante la regalía minera se crea una obligación que pretende ser una contraprestación por bienes que no son propiedad del Estado (concentrados), ya que la propiedad de estos pertenece al titular de la actividad minera, desde el instante en que se extrae el mineral de la tierra. Agregan que la Ley Orgánica de Recursos Naturales establece, en el segundo párrafo de su artículo 23°, que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural obtenido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Cuestionan que la regalía minera se aplique sobre el valor del concentrado, el cual es distinto al de la roca en su estado natural. Precisan que los minerales concentrados son resultado de labores industriales adicionales a la extracción, que imponen al titular de la actividad minera costos económicos diversos, y que, por ello, representa un valor totalmente distinto al recurso original, por lo que debe tomarse en cuenta que, en ese estado, ya no pertenecen al Estado ni a la Nación, sino al titular respectivo.

Finalmente, afirman que desde el punto de vista económico, el concesionario minero sólo está obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia, regulado por los artículos 39° y siguientes de la Ley General de Minería, así como por los artículos 20° y 21° de la Ley Orgánica de Recursos Naturales. Refieren que hay una única retribución, que alternativamente puede ser contraprestación, o derecho de otorgamiento, o derecho de vigencia; y, en el caso de las concesiones mineras, sólo se paga el derecho de vigencia, como requisito previo para el otorgamiento de la concesión minera.

2. Argumentos de la contestación de la demanda

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos, con los siguiente argumentos:

En primer lugar, sobre la inconstitucionalidad por la forma, señala que las imposiciones que se hacen sobre los frutos que generen los recursos naturales no son materia de Ley Orgánica, pues sólo puede ser materia de dicha jerarquía normativa la determinación de condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares, mas no la parte impositiva.

De este modo, agrega, la regalía minera no es ni una condición para la utilización de los recursos naturales, ni una condición para el otorgamiento de estos, pues se establece en un momento posterior al cumplimiento de las condiciones establecidas para la utilización y otorgamiento de la concesión a los particulares.

En segundo lugar, respecto al fondo, afirma que la regalía minera es un mecanismo de compensación económica al Estado por el provecho particular del que gozan los usuarios de

1293

este recurso. En ese sentido, debe entenderse que al tratarse del uso exclusivo y excluyente de recursos naturales no renovables por parte de quien se beneficia de la concesión minera, el Estado está facultado para establecer fórmulas mediante las cuales pueda conseguirse que la Nación participe de este beneficio económico, en su calidad de beneficiaria original del recurso. Esta fórmula es la regalía minera.

Al igual que los demandantes, refiere que la regalía minera no es un tributo, pues se trata de un mecanismo de obtención de recursos originarios, es decir, de fuentes propias, como es el patrimonio de la nación. Así, siendo el Estado el titular, a nombre de la Nación, de los recursos naturales no renovables, es plenamente justificado que exija este pago amparado en su dominio soberano.

Asimismo, advierte que el derecho de vigencia y la regalía minera, son conceptos distintos. El primero representa el pago por el derecho real de la concesión, mientras que el segundo consiste en el pago por la explotación del recurso natural; por lo tanto, no puede admitirse lo que sostienen los demandantes, respecto a que el único pago exigido a los beneficiarios de la concesión minera es el derecho de vigencia.

En cuanto al cálculo de la regalía sobre el valor de concentrado o su equivalente, y no de este en estado puro, indica que se debe a la imposibilidad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos, esto es, susceptibles de valoración económica (oro, plata, cobre o zinc, entre otros), que se extraerán de un agregado de minerales, debido a que estos en estado natural no se encuentran aislados sino que están acompañados de otros minerales que muchas veces no tienen valuación económica.

Afirma que constitucionalmente se ha establecido que el derecho de propiedad se ejercita en armonía con el bien común, teniendo como prioridad el interés general frente al particular.

De igual modo, alega que la Ley en cuestión no transgrede el derecho a la libertad contractual, por cuanto, si bien debe mantenerse inalterable lo pactado entre partes, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos como el establecimiento de obligaciones o cargas, sin embargo, por aplicación inmediata de la Ley, todas las operaciones o actividades de explotación de recursos minerales valiosos que se realicen a partir de la fecha de su vigencia, estarán comprendidas dentro de sus alcances y, por ende, estarán afectas al pago de la regalía correspondiente.

Sostiene que los compromisos asumidos en los contratos no inhiben al Estado en su soberanía ni impiden que por medio de una ley pueda hacer valer el reconocimiento de un derecho que le es propio, como el derecho de propiedad sobre los recursos naturales y, por ende, a solicitar una contraprestación económica por su uso. La única excepción son aquellos casos en los cuales se haya celebrado contratos ley o convenios de estabilidad

1254

tributaria o administrativa, que acrediten una situación de protección e inalterabilidad contractual.

Sobre la alegada afectación del principio de igualdad, manifiesta que la Ley establece un tratamiento de igualdad a los iguales y de desigualdad a los desiguales. Añade que no podría generalizarse la regalía a todas las actividades económicas, ya que por su naturaleza no todas se abocan a la explotación de recursos naturales; y que incluso dentro de la misma actividad minera existen características disímiles, por lo que se ha considerado pertinente establecer el pago en base a rangos, así como el pago de 0% a los pequeños productores y mineros artesanales.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

La Constitución como concreción de la norma y de la realidad social, política y económica, es el parámetro fundamental para establecer la conformidad de la norma legal con dicha realidad constitucional. Los principios del Estado Social y Democrático de Derecho contenidos en la Constitución y que este Tribunal, como su supremo intérprete, ha venido desarrollando a través de su jurisprudencia, resultan también de vital importancia para evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Dado el impacto social de la presente sentencia, que versará sobre el aprovechamiento de recursos naturales de vital importancia como son los minerales, este Colegiado considera indispensable referirse de manera previa a los siguientes temas:

1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho.
2. El contenido de lo "social" en la actividad del Estado y de los particulares.
3. La responsabilidad social de la empresa.
4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente.
   a) El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.
   b) El medio ambiente y los recursos naturales.
   c) La política nacional del ambiente.
   d) Los conceptos de sostenibilidad y solidaridad.
   e) Medio ambiente y empresa.

Posteriormente, este Colegiado procederá a analizar las cuestiones jurídicas controvertidas, es decir:

1255

5. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, corresponderá determinar si la creación de la regalía minera está sujeta a la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 66° de la Constitución

Y respecto a la inconstitucionalidad por el fondo corresponderá evaluar:

6. La naturaleza jurídica de la regalía minera.
7. El principio de igualdad y el pago por las regalías mineras.
8. La regalía minera y el derecho de propiedad.
9. La concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual.

VI. FUNDAMENTOS

§1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y democrático de Derecho

1. La Constitución de 1993 (artículos 3° y 43°) establece que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo no es sólo una cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

   En efecto, si bien es cierto que los valores básicos del Estado liberal eran, precisamente, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro»[1].

2. El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

   No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de

[1] GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980. p. 26.

1296

la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

3. La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones y persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.

4. El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).

5. De ahí que el Estado Social y Democrático de Derecho promueva, por un lado, la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus objetivos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social.

6. Como ha señalado Peter Häberle, el Tribunal Constitucional, a través de los procesos constitucionales, sobre todo de aquellos que logran una "gran audiencia" en la sociedad, se vincula cada vez más con los actores directos, "se sociabiliza", lo que permite que "(...) cuanto más interviene en la conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él (…)"[2].

7. El Tribunal Constitucional participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo, a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad plural, advirtiendo los peligros de determinadas opciones del legislador democrático, a través de sus sentencias exhortativas, o, simplemente, llevando el mensaje de la Constitución a los lugares más alejados del país, a través de sus

[2] *Häberle, Peter. "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional", en: Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar, traducción de Joaquín Brage, Lima 2004, pág.122.*

1257

audiencias descentralizadas. En un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras y las opciones autoritarias que aún rondan cercanas, la labor del Tribunal, en cada caso, supone la convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones.

Como bien precisa Kelsen: «(...) no puede comprenderse la democracia partiendo de la sola idea de libertad; ya que ésta, por sí misma, no puede fundar un orden social, cuyo sentido esencial es la vinculación; y sólo una vinculación normativa puede establecer vínculos sociales y establecer una comunidad. El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama para sí, sino para los demás; el "yo" quiere que también el "tú" sea libre, porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola»[3].

8. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, sustentándose en los artículos 3° y 43° de la Constitución, que reconocen al nuestro como Estado Social y Democrático de Derecho, ha venido otorgando contenido a sus principios a través de su jurisprudencia. De este modo, desde la STC N.° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001) y en causas subsiguientes, se ha marcado la pauta de lo que el constituyente histórico ha querido plasmar en la concepción de una Constitución como una realidad viviente.

9. La jurisprudencia constitucional es una herramienta fundamental para la construcción y defensa permanente del Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto permite que el modelo mismo de organización política no sólo se consolide, sino que se desarrolle en un diálogo fructífero y constante entre texto y realidad constitucional.

10. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional es también una fuente de primer orden no sólo para los tribunales ordinarios y los demás entes públicos, sino para el propio Tribunal a la hora de decidir un nuevo caso. En cada sentencia de principio, un nuevo dispositivo de nuestra Constitución es desarrollado sin olvidar que se trata de una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en buena cuenta, *Constitución viviente* de la sociedad plural.

§2. El contenido de lo "social" en la actividad del Estado y de los particulares

11. Este Colegiado, al dejar sentado que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, precisó que: "[l]a configuración del Estado Social y Democrático de derecho requiere de dos aspectos

[3] Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Labor, 2.ª edición, 1977. p. 138.

1298

básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)"(STC 0008-2003-AI, Fundamento N° 12).

12. En términos económicos, en la precitada ejecutoria nos referimos a una actividad que "(...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia (...)" (Fundamento N.° 13). La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.

13. En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

§3. Responsabilidad social de la empresa

14. El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término "social" respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como "Social y Democrático de Derecho" cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como "Estado Democrático y Social de Derecho".

1259

15. En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. 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.

16. 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.

Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario".

1300

§4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente

El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

17. La Constitución Política de 1993 (artículo 2°, inciso 22) reputa como fundamental el derecho de la persona «(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». El constituyente, al incluir dicho derecho en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, ha tenido como propósito catalogar el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano, como un derecho de la persona. El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de «medio ambiente», pues es un concepto que es consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión.

Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven[4]. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»[5]; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

Una vez precisado el concepto de medio ambiente, debemos referirnos al derecho en sí. Nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve[6].

En su primera manifestación, esto es, *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado*, dicho derecho 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

---

[4] Vera Esquivel, Jesús. *El nuevo Derecho internacional del medio ambiente*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 1992. p. 14.

[5] Alonso García, María. *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 90.

[6] Canosa Usera, Raúl. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson-Ciudad Argentina Editorial, 2000. p. 101.

1301

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.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*. 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. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

18. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

19. En lo que respecta al principio de desarrollo sostenible o sustentable, constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se "financien" incurriendo en "deudas" sociales para el porvenir.

20. Al respecto, en 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la Comisión Brundtland, emitió su informe en el que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y

1302

que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas.

21. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del mes de junio de 1992, que recoge entre sus principales fines la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, proclama, entre otras cosas, una serie de principios, entre los que destacamos lo siguiente:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

- El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

- Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como presupuesto indispensable para el desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder adecuadamente a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

- Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

- Las autoridades nacionales deberán procurar y fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, priorizando el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

22. En atención a lo expuesto, el desarrollo sostenible o sustentable *requiere de la responsabilidad social:* ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo

1303

de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general.

23. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido, en el caso Elizabeth Ponce Pescorán vs. Municipalidad Provincial del Callao y Depósitos Químicos Mineros S.A. (Exp. N.° 1752-2004-AA/TC, Fundamento 23), que, conforme al artículo 59° de la Constitución, el Estado estimula la creación de la riqueza y la libertad de empresa, comercio e industria, y que estas se ejercen en una economía social de mercado según lo dispone el artículo 58° de la Constitución, de manera que la responsabilidad social de la empresa es plenamente compatible con las disposiciones constitucionales citadas.

24. Es de verse en dicha sentencia, que alude expresamente a la relación de las empresas con las preocupaciones sociales y medioambientales a través de sus actividades comerciales, que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.

25. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible.

26. En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras.

Medio ambiente y recursos naturales

27. La Real Academia de la Lengua define naturaleza como aquella realidad objetiva que existe independientemente de la conciencia y que está en incesante movimiento y cambio; por ende, sujeta a evolución continua. La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivientes e inanimados— sociales y culturales

1304

existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como "(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos"[7].

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana.

Así, entre los elementos carentes de utilidad y beneficio y que, incluso, pueden afectar la vida humana tenemos los terremotos, maremotos, ondas de frío o calor, etc. En cambio, aquellos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre son los denominados *recursos naturales*.

28. Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar[8].

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que los recursos naturales son todos aquellos recursos que el hombre encuentra en su ambiente y que puede utilizar en su beneficio. Estos se clasifican en:

a) Recursos renovables: Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. En tal sentido, devienen en duraderos y obtienen permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resilencia, y sólo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga en su aprovechamiento. Por tal motivo, un recurso

[7] *Andaluz Westreicher, Carlos. Derecho Ambiental. Lima: Gráfica Bellido, 2004, pág. 107*
[8] *Andaluz Westreicher, Carlos Op. Cit. pág. 26*

1305

será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento no se realice de manera desmesurada e irracional. Sólo así se podrá alcanzar el aprovechamiento sostenible del bien ambiental.

b) Recursos no renovables: Son aquellos que, al ser utilizados, se agotan irremediablemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar autoregeneración o autodepuración.

29. El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

30. El Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que *condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana.*

Política Nacional del Ambiente

31. El artículo 67° de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la *política nacional del ambiente*. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Esta política nacional -entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente- debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de

1306

gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 22) de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida".

Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; *ergo*, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente.

32. El uso sostenible obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede.

    Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección.

33. En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22) y de los artículos 66º y 67º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables- en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

Los conceptos de sostenibilidad, solidaridad y la responsabilidad social de la empresa minera.

34. Las cláusulas de protección del medio ambiente y los recursos naturales, prescritas básicamente en los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, establecen el marco de actuación del Tribunal y la responsabilidad de los actores económicos en la preservación de los recursos y medios indispensables para nuestra propia subsistencia como especie. En efecto, la actividad de las empresas mineras, por el mismo hecho de estar vinculada a la explotación de recursos naturales, comparte 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.

1307

35. La preocupación por la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, desde luego, no es un tema plausible solo desde una perspectiva constitucional. El enfoque económico se ha orientado en los últimos años a la necesidad de cambiar la perspectiva de rentabilidad inmediatista en el ámbito de la explotación de los recursos, por la de una rentabilidad estratégica, donde el concepto "sostenibilidad" resulta clave. De este modo, se ha puesto en tela de juicio una idea que parecía irrefutable hasta hace poco, y que consistía en sostener que "el crecimiento económico ininterrumpido conduce al mayor bienestar general"; ahora se considera que en algunos casos el propio crecimiento puede ser motivo de alarma por el nivel de deterioro que puede significar el agotamiento de algunos recursos no renovables o el daño que puede acarrear para el medio ambiente. El desarrollo sostenido significa, desde esta perspectiva, "(...) que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicas). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo"[9].

36. Por "sostenibilidad" debe entenderse "(...) a la relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía humana, y los sistemas ecológicos, asimismo dinámicos pero que normalmente cambian a un ritmo más lento, y donde a) la vida humana puede continuar indefinidamente; b) los individuos humanos pueden prosperar; c) las culturas humanas pueden desarrollarse; pero en la que d) los efectos de la actividad humana se mantienen de 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[10]". Esto pone de manifiesto que no se trata ya solamente de las posibles restricciones con una finalidad solidaria o para cumplir con determinadas prestaciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho, sino incluso, como una necesidad de mantener y preservar nuestra propia especie. Como ha precisado Costanza[11], "(...) en un sentido importante, sostenibilidad es mera justicia con relación a las generaciones futuras. En donde hay que incluir también a las futuras generaciones de otras especies, aun cuando nuestro interés principal se centre en nuestra propia especie". Ese es pues el criterio que debe informar a este Colegiado para decidir un caso como este, donde, en buena cuenta, las restricciones o el cumplimiento de algunas obligaciones impuestas a las empresas mineras se sustentan en el hecho que la comunidad organizada pueda orientar los

---

[9] *Cfr. Meter Dogsé y Bernd Von Droste, "El desarrollo sostenible. El papel de la inversión", En: Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland, Robert Gooldland y otros (Editores),Trotta, Madrid, 1997, pgs. 90 y 91*

[10] *Robert Costanza, "La economía ecológica de la sostenibilidad. Invertir en capital natural". En: Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland, Robert Gooldland y otros (Editores), Trotta, Madrid, 1997, pgs. 108.*

[11] *Robert Costanza, op. Cit. pg. 108*

1308

recursos económicos resultantes a mejorar la calidad de vida, a propiciar investigaciones para prevenir desastres ecológicos o a satisfacer necesidades básicas como puede ser la salud o la educación.

37. El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su *ethos* organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1° de la Constitución Política, que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho.

Medio ambiente y empresa

38. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Ello exige que el Estado -a través de la Administración como gestora pública- asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44°, consistente en "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

Estos principios se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarrean desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución. Además exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un

1305

desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

No obstante, un límite constitucional a esta política nacional del ambiente es el reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59° de la Constitución, derecho fundamental que no se encuentra en conflicto con la regulación estatal de la materia, sino que se realiza a través de ella.

§5. Sobre la supuesta inconstitucionalidad formal de la Ley N.° 28258: La materia reservada a ley orgánica por el artículo 66° de la Constitución

39. Los demandantes señalan que al establecer la contraprestación denominada regalía minera, la Ley N.° 28258 incurre en una inconstitucionalidad formal, puesto que, de acuerdo con el artículo 66° de la Constitución, sólo por ley orgánica pueden fijarse las condiciones de la utilización de recursos naturales y su concesión a particulares.

Por su parte, el demandado arguye que la regalía minera no es una condición para la utilización de los recursos naturales, ni tampoco una condición para su otorgamiento, de modo que su regulación no está sujeta a reserva de ley orgánica.

Al respecto, lo primero que este Tribunal debe recordar es que la ley orgánica no es una categoría normativa que pueda entenderse en los mismos términos que la ley ordinaria. Y no porque su ubicación en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993 sea distinta (pues ambas comparten el mismo rango), sino por su disímil naturaleza.

En efecto, a diferencia de la ley ordinaria, la ley orgánica es una categoría normativa cuyo uso legislativo es excepcional, ya que, por un lado, se aparta de la común manifestación del principio democrático en el ámbito del procedimiento legislativo (sostenido en la preponderancia de las mayorías simples sobre las minorías), para imponer una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas; y, por otro, se ocupa de materias específicas y directamente reservadas por la propia Constitución.

Así, el artículo 106° de la Constitución establece que: "Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida por la Constitución. (...). Para su aprobación o modificación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

40. Debido a su carácter excepcional, el ámbito material reservado para las leyes orgánicas no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente

restrictiva. La regla de la aplicación no extensiva de las normas que establecen excepciones está prescrita, además, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

41. El artículo 66° de la Carta Fundamental, reserva a la ley orgánica la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, renovables o no renovables.

    A juicio del Tribunal, la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley N.° 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales), norma que se encuentra vigente y que no ha sido impugnada.

42. El artículo 1° de dicha Ley N.° 26821 precisa el ámbito de su aplicación: "La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internaciones suscritos por el Perú".

43. Asimismo, es menester destacar que el artículo 3° de la mencionada Ley N.° 26821 define la naturaleza y señala cuáles son los recursos naturales; al respecto, declara que: "Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado tales como:

    a. Las aguas: superficiales y subterráneas;
    b. El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
    c. La diversidad biológica: como la diversidad de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
    d. Los recursos hidrocarboníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
    e. La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
    f. Los minerales;
    g. Los demás considerados como tales.

1311

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley".

44. De igual forma, es preciso enfatizar que el artículo 4º de la misma Ley N.º 26821 precisa el ámbito del dominio sobre los recursos naturales, e indica que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos". El dominio, vale decir la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley orgánica, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Empero, resulta obvio que la regulación legal para la concesión a particulares de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene que ser diversa, según la naturaleza de dichos recursos.

45. En ningún caso el Estado puede abdicar de su *ius imperium* para regular el aprovechamiento de los recursos naturales que son de la Nación. Así lo indica –aunque en la teoría del derecho constitucional era innecesario- el artículo 6º de la aludida Ley N.° 26821, al disponer que: "El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos" (subrayado nuestro).

46. Los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las **leyes especiales** para cada recurso natural, según lo determina el artículo 19º de la Ley N.° 26281, que –como se ha indicado-, es ley orgánica. En cuanto a las condiciones de su otorgamiento a particulares, el artículo 20º de la Ley N.º 26821 precisa, como una de sus condiciones, el pago de una retribución económica. En concreto, dicho precepto establece que:

"Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.
La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales".

Consecuentemente, de conformidad con dicho dispositivo: a) todo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente; b) la retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en *criterios económicos, sociales y*

ambientales; c) la categoría retribución económica puede incluir *todo concepto* que deba aportarse al Estado por el recurso natural; d) dentro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del titulo que contiene el derecho; y e) dichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales.

47. Así, tal como lo dispone el artículo 66° de la Constitución, la condición para exigir a los particulares el pago de una retribución económica por la concesión de los recursos naturales, se encuentra fijada en una ley orgánica (en este caso la Ley N.° 26821). No obstante, la regulación específica de cada una de las modalidades como pueda materializarse dicha retribución, corresponde ser desarrollada por leyes especiales. Y no podría ser de otro modo, pues, si como quedó dicho, las leyes orgánicas tienen naturaleza excepcional y su contenido es eminentemente restringido, sería constitucionalmente inaceptable extender la materia reservada a la regulación y reglamentación de los muy diversos modos como tal retribución económica pueda hacerse efectiva. Justamente, es por ley especial como se regula la regalía minera.

§6. Naturaleza de la regalía minera

48. Luego de haber sentado el marco teórico pertinente y de haber desvirtuado la supuesta inconstitucionalidad formal de la norma cuestionada, corresponde ingresar en el análisis de la alegada inconstitucionalidad material de dicha norma.

49. Cuando el Estado interviene en materia económica a través de la creación de tributos, su actuación se encuentra sujeta al respeto de los principios constitucionales establecidos en el artículo 74° de nuestra Constitución (principios de legalidad, igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales). Ello no quiere decir, claro está, que si una exigencia económica -como la regalía minera- no reviste cariz tributario, el legislador quede habilitado para establecerla sin ningún parámetro de objetividad y razonabilidad.

La intervención del Estado se considera como legítima y acorde con la Constitución, cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen. Es necesario, en consecuencia, que dicha medida no transgreda los derechos fundamentales de las personas o, en todo caso, que dicha afectación se lleve a cabo bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad.

50. De otro lado, es importante tener en cuenta que la regalía minera no es una creación novedosa del legislador peruano, pues también está regulada por otros ordenamientos jurídicos de alta rentabilidad en el sector minero, en los cuales adopta la denominación de regalía minera o *royalty*, siendo normalmente incorporada en los costos de

producción de las empresas. Por tal motivo, mal podría desconocerse su existencia o argumentarse que ella resta competitividad minera al país.

Diferencia frente al canon minero

51. En nuestro ordenamiento jurídico, el canon ha sido previsto constitucionalmente en el artículo 77º, como el reconocimiento del derecho que le asiste a los gobiernos locales y regionales para recibir una porción de lo recaudado en beneficio de su comunidad; debiendo calcularse, sobre la base de la totalidad de ingresos y rentas provenientes de la explotación de recursos naturales de sus circunscripciones.

52. Por consiguiente, no se trata de un pago, sino de una compensación del Estado a los Gobiernos Regionales y Locales respecto a la distribución de ingresos ya recaudados. En nuestro país coexisten 6 tipos de canon, a saber: minero, petrolero, pesquero, forestal, gasífero y de hidrocarburos. En el caso del canon minero, la compensación será la distribución de los ingresos recaudados a las zonas donde se explotan los recursos minerales, garantizándose la participación directa de la población local en el beneficio del reparto. Medida que se justifica porque dicha población será la que recibirá el mayor impacto cuando estos recursos se agoten.

53. Como se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que, 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.

Diferencia con el derecho de vigencia

54. Los demandantes sostienen que mediante el pago por derecho de vigencia de la concesión, los titulares de actividad minera ya retribuyen al Estado por el uso de recursos naturales, y que ello se encuentra establecido en el artículo 20º de la Ley N.º 26821 -Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales-.

55. Conforme ya lo hemos señalado precedentemente, estamos frente a dos tipos diferentes de retribución económica. La regalía minera –como ya se señaló- es una retribución económica contraprestativa o compensatoria por el usufructo de lo que se extrae. En tanto que el derecho de vigencia es una retribución económica por el mantenimiento de la concesión, y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose en causal de caducidad de la concesión. Esta diferencia, además, puede constatarse en la forma de cálculo de cada una; así, el derecho de vigencia, de

1313

periodicidad anual, tomará en cuenta el número de hectáreas otorgadas o solicitadas en concesión, y no la producción obtenida, como en el caso de la regalía.

56. La diferencia es contemplada por la propia Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; su artículo 29º, al establecer las condiciones del aprovechamiento sostenible, estipula de manera independiente, por un lado, que se cumpla con la retribución económica correspondiente de acuerdo a las leyes especiales (literal d); y, por otro, que se mantenga al día el derecho de vigencia (literal e). Tal como quedó dicho al analizar el supuesto alegado de inconstitucionalidad formal, el artículo 20º de esta ley orgánica es el que establece las diferentes retribuciones económicas a que tiene derecho el Estado por la explotación de sus recursos naturales no renovables, diferenciando el derecho de vigencia de otras contraprestaciones.

§7. El principio de igualdad y el pago por regalías mineras

57. Los demandantes alegan que el establecimiento de la regalía minera también infringe el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio cuando impone su pago en el sector minero, obviando al resto de sectores productivos. Asimismo, aducen que dicho trato discriminatorio también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros.

58. De manera previa a la dilucidación de tal tema, este Colegiado considera necesario efectuar algunas precisiones a fin de que se comprenda, cabalmente, el análisis que se va a realizar. En primer lugar, se delimitará la igualdad: como derecho y como principio constitucional; y, en segundo, se aplicará el *test* de razonabilidad o proporcionalidad, a fin de determinar, en el caso concreto, si existe o no la alegada transgresión.

59. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

60. Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que

cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable[12].

61. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable[13]. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación** está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

63. Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva *–affirmative action–*". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e

---

[12] Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En *Boletín Mexicano de Derecho Comsparado*, N.° 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701.

[13] Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho constitucional. Vol I.* Madrid, Tecnos, 4.° edición, 2003. pp. 324-325.

injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de razonabilidad.

65. El *test* de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.° C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2° subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*[14]. Criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

66. Expuestas estas precisiones, se procederá a aplicar el *test* mencionado al caso que hoy nos convoca.

---

[14] Bernal Pulido, Carlos. «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana». En Juan Vega Gómez y Edgar Corso Sosa (coordinadores). *Instrumentos de tutela instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* México D.F.: UNAM, 2002. pp. 71-74; también Cianciardo, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000. pp. 323-352.

67. Los demandantes argumentan que el establecimiento de la regalía minera vulnera el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio al imponer su pago en el sector minero, obviando al resto de los sectores productivos. Asimismo, alegan que dicho trato diferenciado, contrario al principio de igualdad, también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros.

68. En primer lugar, debe analizarse, a la luz del *subprincipio de idoneidad o de adecuación*, si con el establecimiento del pago de las regalías mineras se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicho pago es idóneo. Con respecto al primero, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que la Constitución declara que «(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico *(...)*» (artículo 23"); asimismo, que «(...) son deberes primordiales del Estado (…) promover el desarrollo general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación» (artículo 44"); también, que «(...) el Estado orienta el desarrollo del país»; y, finalmente, que la descentralización «tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país(...)» (artículo 188").

69. De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; ello quiere decir que todos los sectores de la población deben gozar de las mismas oportunidades y condiciones para alcanzar su pleno desarrollo social, económico y cultural. Especialmente, como señala la Constitución (artículo 59") «(…) los sectores que sufren cualquier desigualdad (…)».

70. Por otro lado, debe esclarecerse si el pago de las regalías es un medio idóneo para alcanzar el desarrollo integral del país. La Constitución atribuye al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables (artículo 58"); además, la Ley de Regalía Minera (artículo 8"), establece una distribución equitativa de la regalía entre las comunidades, municipalidades distritales y provinciales, gobiernos regionales y universidades nacionales. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el pago de la regalía minera constituye un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del *test* de razonabilidad o proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.

71. En cuanto al *subprincipio de necesidad,* debe tenerse presente, como ya ha sido precedentemente expuesto, que existe la obligación de retribuir, mediante el pago de las regalías mineras, por la obtención de un beneficio patrimonial producto de la

explotación de los recursos minerales no renovables, de los cuales es soberano el Estado. Siendo este medio idóneo para tal fin, el legislador ha previsto el pago de la regalía como una contraprestación económica directa e inmediata que los titulares de las concesiones mineras deben pagar al Estado por la explotación de los recursos minerales que se detraen y no son recuperables. Por tal motivo, y a criterio de este Colegiado, el pago de la regalía no es gravoso ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad.

72. Finalmente, y en cuanto al *subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*, debe esclarecerse si la realización del fin perseguido es proporcional a la exigencia del pago de la regalía minera. Una de las características de los recursos minerales es que son limitados y no renovables. Siendo así, el Estado, en nombre de la Nación, asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes ante un eventual agotamiento del recurso, por lo que dichas acciones deben ser oportunas y preventivas. En este sentido, el pago de la regalía minera es razonable y proporcional no sólo para afrontar el agotamiento de nuestros recursos minerales y los daños que sobre el medio ambiente ineludiblemente provoca su explotación, sino también por los beneficios económicos que dicha actividad extractiva proporciona a las empresas mineras, a efectos de generar paralelamente el desarrollo alternativo. A criterio de este Tribunal, por tanto, es plenamente exigible el pago de la regalía minera.

73. Ahora bien, la aplicación del *test* de razonabilidad o proporcionalidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, permite concluir en que la Ley de Regalía Minera no es discriminatoria y, por tanto, no vulnera el mencionado principio.

74. De otro lado, es evidente que no son equiparables, en modo alguno, la actividad económica realizada por el sector minero con la efectuada por otros sectores productivos, ni tampoco con las de pequeñas empresas de explotación minera. Por ello, el término de comparación *-tertium comparationis-* que aducen los demandantes, para sustentar una supuesta vulneración del derecho-principio a la igualdad, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales.

75. Debe considerarse, por último, como señala Pérez Royo, que el principio de igualdad no impide que el legislador diferencie; lo que proscribe es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada[15]; lo cual, dicho sea de paso, no ha sucedido en el presente caso. Más aún si con tal diferenciación se persigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, como es el de promover el desarrollo integral del país, en general, y de los sectores menos favorecidos, en particular.

---

[15] Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 7.° edición, 2000. p. 311.

§8. La regalía minera y el derecho de propiedad

76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70°, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la **función social** que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo.

La función social de la propiedad

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los limites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

81. En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general. En consecuencia, atendiendo a la utilidad y beneficio que los recursos naturales -en este caso, los minerales no renovables- pueden generar a la Nación, es justificable la exigencia de deberes y obligaciones que las empresas que los reciben en concesión tienen frente a la colectividad.

7318

82. Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una concesión minera implica la cesión a particulares del bien natural extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación.

83. Los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión. En el ejercicio del dominio que el Estado otorga a los particulares, se debe tomar en cuenta que el artículo 23° de la Ley N.° 26821, establece como regla imperativa el aprovechamiento sostenible[16] de los recursos naturales, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables según nuestra legislación y conforme ha quedado dicho, consiste en su explotación eficiente, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza.

Por lo demás, así lo establece el artículo 8° de la propia Ley N.° 26821, al disponer que: "El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación [y] el bien común (...)".

---

[16] *Artículo 28 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales: "los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.*
El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

1315

El Estado, así como tiene el deber de garantizar la propiedad privada, tiene también la obligación de proteger y garantizar la propiedad pública. Al respecto, y a efectos de la protección de la propiedad, nuestra Constitución no distingue entre propiedad pública y privada. En efecto, el artículo 70° de nuestra Ley Fundamental, cuando establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, no sólo se limita a la protección de la propiedad de los particulares, sino también de la propiedad pública.

Por ello, como ha señalado Pierre Bonn, «(...) no hay ninguna razón que impida que la propiedad pública pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada»[17]. Es por ello que la Constitución no distingue, a efectos de su protección, entre propiedad pública y propiedad privada, reconociendo la legítima facultad del Estado para velar también por la propiedad pública. Dicha protección cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66°), estos son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento.

86. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional no comparte la posición de los demandantes, cuando afirman que la regalía vulnera su derecho de propiedad sin justiprecio. En concreto por dos razones fundamentales: la primera, porque las limitaciones que se establecen al derecho de propiedad en función al interés general y el bien común, son admitidas; y, la segunda, porque el dominio sobre los recursos naturales no renovables que ostentan los titulares de la actividad minera es sobre el bien extraído y no sobre el situado en tierra, el cual, en tal estado, es patrimonio de la Nación.

Con el mismo razonamiento de los demandantes, el Estado tampoco podría ejercer su atribución de legislar sobre la atención prioritaria del trabajo, en sus diversas modalidades; sobre la prohibición de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores mineros y el respeto a la dignidad de los mismos; sobre la remuneración mínima, equitativa y suficiente, de dichos trabajadores; sobre la seguridad en la explotación industrial; sobre la jornada de trabajo; sobre el descanso anual remunerado; sobre los derechos de sindicación, negociación colectiva y fomento de solución pacífica de los conflictos laborales: ni tampoco sobre el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promover otras formas de participación, de conformidad con las disposiciones de los artículos 23°, 24°, 25°, 26, 27°, 28° y 29° de la Constitución. Resulta obvio que ninguna persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede estar por encima del ordenamiento jurídico y constitucional de la República.

---

[17] Bon, Pierre. «El estatuto constitucional del derecho de propiedad en Francia». En *Revista Chilena de Derecho Público,* N.° 1, Vol. 25, Santiago de Chile, 1988. p. 545.

1320

87. En ese sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión.

88. Finalmente, carece de fundamento la afirmación de los demandantes según la cual la regalía minera es una contraprestación de nada (pág. 9 de la demanda). Tal argumento soslaya que los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación; y que, justamente, sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada. Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación.

El cálculo sobre el valor del concentrado

89. Los demandantes cuestionan la fórmula de cálculo de la regalía sobre el valor de concentrado o su equivalente, aduciendo que se trata de bienes distintos a los minerales en su fuente, y que, en la etapa de concentración, ya son propiedad del concesionario minero, motivo por lo cual no se justifica la intervención del Estado en este nivel.

90. El artículo 3° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales -N.° 26821-, establece que se considera como recursos naturales, a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades, y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

91. El demandado argumenta que el cálculo de la regalía sobre el valor concentrado o su equivalente, se justifica por la dificultad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos en estado puro, debido a que no son susceptibles de valoración económica en el mercado.

En efecto, el mineral, en su estado concentrado, es propiedad de quien lo extrae, pero ello no impide utilizarlo como parámetro de medición. Conforme se describe en la propia Ley Orgánica de Recursos Naturales, los minerales deben tener un valor actual o potencial en el mercado, por lo que el legislador necesariamente deberá remitirse a alguna valoración para el cálculo de la regalía, sea a boca de mina o a valor concentrado.

1321

92. El cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado permite al Estado ejercer una adecuada fiscalización respecto a los montos declarados por los titulares de la actividad minera; toda vez que, a este nivel, existen valores referenciales en el mercado internacional que hacen posible comparar los montos declarados; lo que no sucede en el caso del mineral inmediatamente extraído a boca de mina.

93. Para este Tribunal, esta opción legislativa, compatible con la Constitución, es razonable tomando en cuenta que, para establecer la base de referencia de la regalía, el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera ha previsto una serie de deducciones y ajustes que permiten descontar algunos gastos efectuados por la empresa para llegar a obtener el concentrado.

§9. Concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual

94. Los demandados sostienen que el establecimiento de la regalía minera transgrede la libertad contractual de los titulares afectos, establecida en por el artículo 62° de la Constitución, ya que impone un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada. Asimismo, refieren que se aplica sin discriminar a las empresas mineras con concesiones vigentes, y a las que obtuvieron sus concesiones después de la vigencia de la Ley.

    Agregan que una de las manifestaciones de la libertad contractual es la inmutabilidad del negocio celebrado, según las normas vigentes al tiempo de su celebración, de modo que no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

95. El representante del Poder Legislativo, respecto a lo alegado por los demandantes, manifiesta que los compromisos asumidos en los contratos no inhiben al Estado de su soberanía ni impiden que por medio de una ley pueda hacer valer el reconocimiento de un derecho que le es propio, como el derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Asimismo, afirma que la única excepción es la de aquellos casos en los cuales se hayan celebrado contratos ley o convenios de estabilidad tributaria o administrativa, que acrediten una situación de protección e inalterabilidad contractual; en ese sentido, añade, lo pactado entre las partes –en lo que se refiere al reconocimiento de derechos como el establecimiento de obligaciones o cargas- se mantendrá inalterable para ambas partes, pues a ello se habrían comprometido.

Estado y concesión

96. La naturaleza de la concesión mantiene una relación unívoca con la naturaleza misma de los recursos sujetos a explotación minera, puesto que se trata de recursos naturales renovables y no renovables cuya titularidad la ejerce la Nación, en tanto que el Estado

1322

es soberano en su aprovechamiento. Por ello, su apropiación y utilización no están sometidas a la libre empresa, "(...) que parte de la iniciativa de sus respectivos propietarios en la correspondiente explotación y se ordena sobre fórmulas de transmisión total o parcial de derechos o de los productos respectivos según el Derecho Privado"[18].

Ningún privado puede utilizar dichos recursos sin una previa concesión administrativa, "(...) la cual se otorgará con fines distributivos de recursos de alta significación económica y social, desde la perspectiva de su mejor utilización social"[19].

97. La primera disposición del artículo 66° de la Constitución Política, que establece que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento", es el punto de partida del análisis que ha continuación se efectuará, a fin de establecer la naturaleza y el régimen jurídico que les corresponde a los recursos naturales en su condición de patrimonio nacional.

98. Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una "propiedad especial"[20]. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil.

Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío.

99. En el caso, se está ante un dominio público que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44° de la

---

[18] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid: Civitas, 1981, p. 134

[19] Ibídem.

[20] Empleamos el término "propiedad" entre comillas, para establecer un punto de partida de análisis, que luego nos permitirá abordar la naturaleza paralela pero no esencialmente similar de ambas instituciones: la propiedad privada y el dominio público, en la medida que éste último está sometido a un régimen exorbitante del civil.

1323

Constitución. El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional siempre que mantengan un equilibrio dinámico con la conservación de los recursos naturales, el medio ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

100. El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio privado. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre, (Fundamento 14) con criterio esclarecedor formula lo siguiente: "(...) en efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*".

101. El estatuto subjetivo constitucional del Estado –como personificación jurídica de la Administración- frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución.

Voluntad constituyente que encuentra su soporte legislativo en la primera parte del artículo 4° de la Ley N.º 26821, que señala que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación". Son los frutos o los productos -como en este caso el producto minero- los que sí pueden ser objeto de dominio privado por parte de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Por ello es que el artículo 66°, *in fine,* de la Constitución, reconoce que "La concesión otorga a su titular un derecho real", que, sin embargo, dada la especial naturaleza del objeto sobre el cual recae, no puede ejercitarse afectando los fines públicos concomitantes de dichos bienes.

En igual sentido, el artículo 10° del D.S. N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, establece que: "La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia."

1324

La definición precedente es la que ahora nos permite abordar la naturaleza de la concesión, que es un supuesto de cesión unilateral a terceros, dispuesta por la Administración Pública, de los bienes comprendidos bajo la esfera del dominio público.

102. En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que "(...) hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes (...)"[21]; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular.

Por lo expuesto, "(...) la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración"[22]. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*.

103. La concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. La contraprestación por este acto administrativo es el denominado pago del derecho de vigencia del título que contiene el derecho otorgado en virtud de la concesión, previsto en el artículo 20° de la Ley N.° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

Empero, si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.

---

[21] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, ... Op. cit.*, pp. 94-95

[22] MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, Tomo IV. Buenos Aires: Arayu, 1951, p. 172

1325

Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente.

Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla.

Concesión minera

104. De acuerdo a lo expuesto en los fundamentos precedentes, el Estado no sólo conserva los poderes de vigilancia y control, que implican no sólo velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por los titulares de las concesiones mineras, enunciadas en el Capítulo I, Título VI del D.S. N.° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sino también establecer las condiciones de la utilización de los recursos naturales. Por ello, el particular se encuentra subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario que realice la Administración a la luz de la Constitución y atendiendo a razones superiores de interés general. En este sentido es que el artículo 64° del D.S. N.° 014-92-EM. ha previsto la cancelación como un supuesto de extinción de la concesión, en los siguientes términos: "Se cancelarán los petitorios o concesiones, cuando se superpongan a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable".

105. El ejercicio de las potestades que forman parte de la naturaleza esencial de la Administración no será, desde luego, abusivo ni supondrá la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas, ni la aplicación de gravámenes o cargas administrativas que lesionen los derechos fundamentales de contenido patrimonial -las libertades de empresa y de contratar-, de los cuales son titulares las empresas mineras concesionarias.

Si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no puede discutirse la facultad administrativa de regularla por razones del orden público; ello, empero, no es óbice para discutir la legitimidad de la Ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales.

En tales términos, la concesión minera también supone un reconocimiento a la iniciativa privada de la explotación minera, que otorga beneficios económicos a la empresa concesionaria -bajo la forma de renta y utilidades- por las cargas que la concesión le

1324

impone. Ambos intereses son, en sí mismos, bienes jurídicos protegidos constitucionalmente en el marco de la Economía Social de Mercado consagrada en el artículo 58° de la Constitución, pero que en el caso no muestran una relación conflictiva, de acuerdo a lo expresado en esta sentencia.

106. El Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, que "(...) está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias."[23], pretende, mediante el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión -no de colisión- entre el interés general, que representa el Estado, y los intereses privados, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios de la Constitución Económica.

107. Si bien el carácter esencial de los recursos naturales, conforme al artículo 67° de la Constitución, permite justificar "la reserva de titularidad de recursos esenciales (...), con la finalidad última de ordenar o regular el uso general -p. ej., la pesca en la zona económica- y explotación de los recursos (p. ej. las minas), fijando un orden de preferencia (...), en función del interés público, y de establecer límites en cuanto al posible alcance del derecho de propiedad privada sobre el suelo, cuando los recursos se encuentran en el subsuelo (...)"[24]; no comporta el desconocimiento de los límites constitucionales a la actuación de la Administración, como son los principios del modelo económico contenido en la Constitución, el principio de justicia social, de igualdad jurídica y los derechos y libertades de los administrados.

Así, la reserva de determinados bienes al dominio público atendiendo a su carácter esencial -normalmente escasos y no renovables, como son los minerales-, cumple la función de ordenar y racionalizar su explotación y utilización; mas ello no justifica una reserva en términos absolutos, y que tenga tal entidad y naturaleza que pueda desvirtuar la libertad de empresa y demás libertades económicas consagradas en el artículo 59° de la Constitución.

En suma, atendiendo a la naturaleza de la actividad de explotación minera, que se concentra en recursos no renovables enmarcados en el dominio público, la teoría construida por la doctrina en torno a la concesión adquiere especial relevancia, y obliga a efectuar una lectura iuspublicista de esta institución, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos.

---

[23] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Exp. N.° 0021-2003-AI/TC, de fecha 24 de junio de 2004 [fundamento 2]

[24] GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales". En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V: Economía y Hacienda. Madrid: Civitas, 1991, pp. 3825-3826

132

108. 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.

109. A criterio de este Tribunal, con el establecimiento de la regalía minera el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la Ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos –adscritos al derecho público- no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su *ius imperium* y cuando así lo justifique el interés público.

110. De otro lado, tampoco se han cambiado las reglas de juego para los inversionistas del sector minero, pues no se ha alterado la naturaleza jurídica de la concesión ni las condiciones para su otorgamiento, manteniéndose los plazos de vigencia y las causales de caducidad; es decir, no se ha alterado el régimen de dominio al que tiene derecho el titular de la actividad minera como producto de la concesión. Más aún si se toma en cuenta que la posibilidad del cobro de la regalía minera, ya estaba prevista en el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Mantenimiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuando incluye entre las retribuciones económicas a las que el Estado tiene derecho, a la de carácter contraprestativo, como la regalía minera; obviamente, tal disposición era susceptible de ser materializada en cualquier momento por el Estado.

111. Para este Tribunal, es incuestionable que la retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios -dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general. Y adquiere mayor dimensión cuando, en pleno proceso de descentralización, resulta necesario que la población de las regiones y municipios obtenga recursos directos para gestionar sus proyectos de inversión.

Por consiguiente, el establecimiento de la regalía minera no vulnera la libertad contractual de los concesionarios de la actividad minera.

§10. Entrada en vigencia de la Ley de Regalía Minera

1328

112. Por los fundamentos antes expuestos, se concluyen tres premisas: a) la concesión minera no determina, *prima facie,* la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley; b) el Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas, no en cualquier circunstancia, sino cuando el interés público lo amerite; c) la protección, control y conservación de los recursos naturales son de interés general de la nación, y el Estado debe preservar su aprovechamiento en su beneficio.

113. Por consiguiente, la Ley de Regalías Mineras es de cumplimiento obligatorio a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, conforme se establece en los artículos 103° y 109° de la Constitución, entendiéndose que su espectro normativo incluye a todos aquellos que ya tenían *contratos de concesión* vigentes, de modo que les será exigible su pago.

§11. La supervisión del destino de lo recaudado por regalía minera

114. Si bien la distribución de lo recaudado no es un asunto planteado en la demanda, este Tribunal considera importante pronunciarse sobre ese aspecto, por cuanto la justificación constitucional del cobro de regalías es precisamente beneficiar a la Nación por la explotación de sus recursos naturales. Al respecto, para los gobiernos locales y regionales, se ha establecido que las regalías se utilizarán, "(...) exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión productiva que articule la minería al desarrollo económico de cada región para asegurar el desarrollo sostenible de las áreas urbanas y rurales (...)"; y para el caso de las universidades nacionales, se ha determinado que las regalías mineras "(...) sean destinadas exclusivamente a la inversión en investigación científica y tecnológica." Evidentemente, si estos objetivos no se cumplen, conforme se establece en los artículos 8° y 9° de la Ley de Regalía Minera, mal podría justificarse la propia exigencia de la norma.

115. Si, en general, la vinculación entre los ingresos públicos y su aplicación a los fines estatales, comporta implícitamente un deber especial del Estado y de cada uno de sus órganos, dentro del ámbito competencial respectivo, de adoptar las medidas necesarias para que dichos fines se cumplan; en el caso de las regalías, este deber adquiere mayor magnitud, pues se trata de compensaciones por la explotación de recursos naturales no renovables y cuyo fin no es otro que el de amortiguar el daño que se causa a futuro y hacer viable el desarrollo sostenible de los pueblos una vez que dichos recursos se agoten. En este contexto adquiere relevante importancia la función de control que desde distintos ámbitos debe ejercerse sobre la utilización de estos recursos, no sólo para asegurar la legalidad de su aplicación, sino también para determinar las responsabilidades funcionales si se hubiera hecho mal uso de lo recaudado.

1329

116. De igual modo, se recomienda a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que programe a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad de quienes lo administren.

§12. La regalía minera y la defensa nacional: la correcta distribución de lo recaudado

117. A fin de que los objetivos reseñados se cumplan adecuadamente y tengan consonancia con los dispositivos constitucionales, es necesario pronunciarse sobre la relación entre la regalía minera y la defensa nacional. Al respecto, la Ley de Regalía Minera -N.° 28258- señala, en su artículo 8°, cómo debe efectuarse tal distribución: del 100%, "a) El veinte por ciento (20%) del total recaudado para los gobiernos locales del distrito o distritos donde se explota el recurso natural, de los cuales el cincuenta por ciento (50%) será invertido en las comunidades donde se explota el recurso natural. b) El veinte por ciento (20%) del total recaudado para los gobiernos locales de la provincia o provincias donde se encuentra en explotación el recurso natural. c) El 40% (cuarenta por ciento) del total recaudado para las municipalidades distritales y provinciales del departamento o departamentos de las regiones donde se encuentra en explotación el recurso natural. d) El 15% (quince por ciento) del total recaudado para el o los gobiernos regionales donde se encuentra en explotación el recurso natural. e) El 5% (cinco por ciento) del total recaudado para las universidades nacionales de la región donde se explota el recurso natural". Estas disposiciones guardan coherente relación con los fines constitucionales del Estado Democrático y Social de Derecho establecidos en la Constitución, tanto respecto al proceso descentralizador del país –que establece que el Estado "tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país" (artículo 188°)-, como en lo referido a la educación universitaria -cuando se señala también como objetivo "la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica" (artículo 18°).

118. Sin embargo, existe un cometido que la ley en cuestión no recoge al momento de distribuir lo recaudado, y que igualmente fluye del propio cuerpo preceptivo de la Norma Fundamental. Nos referimos al artículo 44° de la Constitución, en virtud del cual, el Estado debe "defender la soberanía nacional; (...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional son instituciones que coadyuvan al desarrollo sostenible del país, lo cual motiva la necesidad de un estímulo y un beneficio para tales instituciones, y hacia ese punto debe estar orientada la Ley de la Regalía Minera para ser plenamente constitucional. Por tanto, asumiendo que, como bien lo señala el artículo 171° de la Constitución, "las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley", es correcto

1330

concluir, a la luz del artículo 2° de la Ley N.° 28258, que las contraprestaciones económicas que paguen los concesionarios por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos, se destinen también a la Defensa Nacional, tal como se desprende del artículo 163° de la Constitución.

119. No escapa al criterio de este Tribunal el análisis de datos fácticos que puedan justificar una medida de este tipo. Por tanto, esta sentencia no tendrá asideros estrictamente jurídicos, sino que invocará argumentos materiales, es decir, aquellos que justifican la incorporación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en la distribución de los fondos de la regalía minera. En tal sentido, es esencial recordar la importante producción minera y de hidrocarburos existente en el Perú. Durante el año 2004, se produjeron en el país 813,300 toneladas métricas de cobre, 2,900 toneladas métricas de estaño, 4 315,100 toneladas métricas de hierro, 174,600 kilogramos de oro, 2 685,200 kilogramos de plata, 274,300 toneladas métricas de plomo, 1 024,700 toneladas métricas de zinc, 34,448 miles de barriles de petróleo crudo y 30,356 millones de pies cúbicos de gas natural[25]; cifras que pueden traducirse en un ingreso de 6,880.5 millones dólares estadounidenses por su exportación[26], suma que ha redundado exiguamente en el desarrollo del país.

120. Por tanto, la forma en que se redistribuya el monto recaudado a través de la regalía minera debería incorporar, aparte de las entidades locales y regionales, y de las universidades nacionales de la región, una cuota de participación para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Una situación similar ocurre, por ejemplo, en Chile, con la Ley N.° |13.196, Ley Reservada del Cobre, emitida en 1958 y modificada en 1985, que determina que, de las exportaciones que realiza CODELCO (Corporación Nacional del Cobre) un monto del 10% sea destinado a las Fuerzas Armadas. No obstante, en el caso nacional, la distribución de tal fondo deberá realizarse en concordancia con la Ley N.° 28455, Ley que crea el Fondo para las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, especialmente con su artículo 4.1, respecto al destino único y exclusivo del fondo. Asimismo, la dirección de lo que se recaude debe tener conexión, en el caso de la regalía minera, con el fin establecido en el artículo 171° de la Constitución. Es importante señalar que, tal como lo prescribe el artículo 4.4 de la mencionada Ley N.° 28455, el uso indebido de los fondos que se asignen, "(...) meritúa responsabilidad penal, civil y administrativa". Por tal razón, este Colegiado considera pertinente exhortar al Congreso para que modifique la Ley de la Regalía Minera y la adecue a los cometidos constitucionales establecidos, a fin de incluir a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en el grupo de beneficiarios de la distribución del

[25] Producción minera e hidrocarburos. Fuente: Ministerio de Energía y Minas. En: Nota Semanal. Lima, n° 11 (marzo de 2005). p. 74

[26] Exportación de productos tradicionales. Fuente: BCRP y SUNAT. En: Nota Semanal. Lima, n° 11 (marzo de 2005). p. 96.

1331

monto recaudado, con la condición de que tal participación esté referida a las actividades reconocidas como prioritarias, con la responsabilidad subyacente en caso de incumplimiento.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

2. Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla los objetivos de los artículos 8º y 9º de la Ley de Regalía Minera, Ley N.º 28258; b) diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia para que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de estos recursos; c) integre en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, N.º 28258, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

3. Exhortar a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que se programen a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad de quienes lo administren.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

1332