



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

**SENTENCIA DEL PLENO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

Asunto:

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

Magistrados

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

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

El Fiscal de la Nación argumenta que en aplicación del *test* de competencia el Gobierno Regional de Cajamarca actuó fuera del ámbito de sus competencias. Así afirma que si bien el artículo 192 de la Constitución establece que los Gobierno Regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan de las inversiones, actividades y servicios públicos que son de responsabilidad, tal función debe efectuarse en armonía con las políticas y planes nacionales locales. Y que si bien el artículo 192, inciso 7) establece



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



que los gobiernos regionales son competentes para promover y regular actividades en materia de agricultura, minería y medio ambiente, ello debe realizarse de acuerdo al principio de unidad. En tal sentido la autonomía regional no puede contravenir la normativa del gobierno nacional.

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

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

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

De igual forma alude al artículo 25 de la Ley N.º 29338, de Recursos Hídricos (LRH) que establece que los Gobiernos Regionales intervienen en la elaboración de los planes de gestión de recursos hídricos, siendo la Autoridad Nacional del Agua la encargada de velar por la protección del agua, sus fuentes, ecosistemas y bienes naturales asociados.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En virtud de ello, es esta autoridad la que puede declarar zonas intangibles. El Decreto Supremo N.º 001-2010-AG, que Aprueba el Reglamento de la LRH, establece de igual forma que la declaración de zonas de protección del agua es declarada por la Autoridad Nacional del Agua, en coordinación con la autoridad ambiental y las autoridades sectoriales correspondientes, con lo que se podrá restringir cualquier actividad que afecte la calidad del agua (artículo 127). Concluyendo el Fiscal de la Nación por lo tanto de que los gobiernos regionales no son competentes para declarar zonas intangibles.

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



acto. Una vez transcurrido tal período solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial.

Sobre el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre la aprobación del referido, el Fiscal de la Nación argumenta que según los artículos 88 y 89 del Reglamento del Congreso de la República las investigaciones del Congreso se desarrollan a través de comisiones respectivas constituidas en virtud de la mociones de orden presentadas por los parlamentarios.

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

Contestación de la Demanda

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

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

De otro lado, para la demandada, luego de la reforma constitucional introducida por la Ley N.º 28607, sí se determinaron las competencias de los gobiernos regionales y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

locales. Estima en tal sentido que en lo que respecta la minería, compete al gobierno regional otorgar licencias y autorizaciones respectivas. Alega asimismo que la LOGR reconoce específicas atribuciones en materia ambiental a los gobiernos regionales, entre las cuales destaca; implementar el sistema regional de gestión ambiental y controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, y proyectos y estudios en materia ambiental y sobre el uso racional de los recursos naturales.

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

FUNDAMENTOS

§1. Cuestiones previas

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



solo con la contestación de la demanda del 13 de marzo de 2012 el Gobierno Regional de Cajamarca cuestiona la legitimidad del demandante para interponerla demanda de inconstitucionalidad. Consecuentemente y, habiendo transcurrido el plazo para interponer el recurso de reposición, debe tenerse por consentida la admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad.

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

§2. Delimitación del petitorio

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho, instando al Gobierno Central el respaldo de esta decisión.

TERCERO: ENCARGAR al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, realice las acciones técnico – legales a fin de canalizar ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre las circunstancias en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Conga”, a ejecutarse en la concesión minera “Conga” a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente.

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

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

§7. Conflicto de competencias y legitimidad de actos administrativos

7. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo examen se pueden distinguir dos tipos de argumentos: Aquellos dirigidos a sustentar la conservación e intangibilidad de la protección de cabeceras de cuencas, como de interés público regional, y aquellos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



dirigidos a sustentar la inviabilidad de la ejecución del proyecto Conga al cuestionar el EIA de tal proyecto minero, aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAAM) del MEM.

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

§4. Delimitación de los ámbitos competenciales en conflicto

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§5. Determinación de competencias: test de competencia

11. El principio de competencia, tributario del principio de jerarquía (STC 0020-2005-PI/TC, fund. 19 y 20), es la herramienta que guiará la metodología con la que este Tribunal resolverá la presente causa, debido a que, como ya se advirtió, se está ante lo que en esencia es un conflicto de competencias. Por ello, este Colegiado tendrá que observar cómo la Constitución y las normas interpuestas han repartido las competencias entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional a fin de determinar las competencias respectivas en materia de minería y protección de cabeceras de cuencas.
12. Como ya ha sido establecido en la jurisprudencia de este Tribunal, si bien el Estado Peruano es unitario (art. 43 de la Constitución), ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales. En efecto, ha sido ampliamente explicitado en la STC 0020-2005-PI/TC que el Estado peruano es unitario y descentralizado. Y conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa. No obstante, de acuerdo al artículo 192, tal autonomía debe ser ejercida “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.”
13. Para determinar ello se deben tomar en consideración las normas que establecen las competencias de los gobiernos regionales, y en general, organizan y desarrollan el proceso de descentralización. Así, la LBD y la LOGR son las normas interpuestas que delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales. Asimismo, en determinados casos también deben considerarse otras normas como la Ley N.º 28273, *Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales* (LSAGRL) y, ya dentro del ámbito de la ejecución de tal normativa, es de tenerse en cuenta los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales, tales como los emitidos mediante el Decreto Supremo N.º 052-2005-PCM o el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM.
14. Las referidas normas interpuestas desarrollan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales. En efecto, el artículo 13º de la LBD explica:
- a) Competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y,
- b) Competencias compartidas son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados.” Por su parte, para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional, como ya lo hizo en otras ocasiones (SSTC 0020-2005-PI/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



acumulados, 0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC), este Tribunal apelará al *test* de competencia.

15. Este *test* está estructurado según determinados principios constitucionales. En tal sentido, se debe analizar en primer lugar el **principio de unidad**, compuesto por el **principio de cooperación y lealtad regional**, así como por el **principio de taxatividad y cláusula de residualidad** y el **principio de control y tutela**. Por su parte, el siguiente principio que estructura el referido *test* es el **principio de competencia**, conformado por el **principio de competencias** y el **bloque de constitucionalidad**. La misma manera, otros principios deben ser tomados en consideración como, el **principio de efecto útil y poderes implícitos** y el **principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos**. Estos principios ha sido desarrollados en permanente jurisprudencia de este Tribunal, por lo que nos remitimos a lo ya desarrollado las STC 0020-2005-PI/TC (fund. 34-79) y otras (0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC).
16. En suma, se debe contrastar la normativa cuestionada a la luz del principio unitario, procediendo posteriormente al análisis del principio de competencia, propiamente dicho, en donde se revisa la lista de materias repartidas previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. De igual modo, deben observarse las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales (STC 020-2005-PI/TC, fund. 33).

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

17. Es relevante para resolver este caso tener presente lo expresado por este Tribunal en las STC 008-2011-PI/TC (*Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo*) y 009-2011-PI/TC (*Gobierno Regional del Cusco*). En el primero de los casos se discutió si es que la Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo podía prohibir el otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera en su jurisdicción territorial. En tal caso, la Municipalidad Provincial Víctor Fajardo, argumentaba, en términos generales, que tal decisión se tomaba en virtud a la protección del recurso hídrico del área de su competencia. En el segundo de los casos, fue el Gobierno Regional del Cusco el que declaró su jurisdicción territorial, como área de no admisión de denuncios mineros. En este caso, el gobierno regional alegaba que tal decisión se daba en virtud a su trascendencia histórica de la región, que estaba dedicada exclusivamente a la actividad turística y agropecuaria.



18. En ambos casos el Tribunal determinó la inconstitucionalidad de tales las normas. En virtud del análisis de competencias establecido por la Constitución y las normas interpuestas, se determinó que tales ámbitos eran competencia del Gobierno Nacional. En líneas generales, el argumento que sustentaba ambas decisiones del Tribunal era que el Gobierno Nacional era el competente para regular la actividad de la gran y mediana minería, por consiguiente, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras o declarar la no admisión de denuncias mineros en cierta jurisdicción, contraviene las competencias del Gobierno Nacional.

§7. Competencias normativas en materia de minería

19. Como se pasará a fundamentar a continuación con mayor detalle, la Constitución ha establecido que las regiones son competentes para regular las materias relativas al ámbito de minería. La LBD y la LOGR, por su parte, en su calidad de normas interpuestas, establecen que estas competencia son compartidas, estando los gobiernos regionales encargados de regular y fiscalizar la pequeña minería y la minería artesanal, mientras que el Gobierno Nacional estará encargado de la gran y mediana minería. En consecuencia, como se sostendrá a continuación, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para intervenir en la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga. En tal sentido, es manifiesto que el Gobierno Regional de Cajamarca, excedió sus funciones y contravino la repartición de competencia establecida por la Constitución.

20. En efecto, la Constitución establece en su artículo 192° que los gobiernos regionales son competentes para [...] “5. Promover el **desarrollo socioeconómico** regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.” [...] “7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, **minería**, vialidad comunicaciones, educación, salud y **medio ambiente**, conforme a ley” (énfasis agregado).

21. El artículo 36 c) de la LBD, por su parte, establece que son **competencias compartidas** (entre el gobierno regional y nacional) “la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, **minas**, transportes, comunicaciones y **medio ambiente**” (énfasis agregado). La LOGR, siguiendo el mismo criterio establece en su artículo 10° las competencias exclusivas y compartidas especificando, en el inciso 2, literal c), y como una competencia compartida, la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel correspondientes a minas y medio ambiente, entre otros.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



22. Queda claro hasta ahora que la competencia del ámbito de minería es compartida entre los gobiernos regionales y el Gobierno Nacional. Sin embargo, estos artículos no presentan una lista específica de cómo se reparten tales responsabilidades normativas. Para ello debe observarse lo establecido en el artículo 59° de la LOGR, que complementando y desarrollando las disposiciones previas, establece que son **funciones específicas** de los Gobiernos Regionales, en materia de energía y minas e hidrocarburos: “a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de energía, **minas** e hidrocarburos de la región, **en concordancia** con las políticas nacionales y los planes sectoriales. [...]” y “f) Otorgar concesiones para **pequeña minería y minería artesanal** de alcance regional” (énfasis agregado). Se depende pues que no los gobiernos regionales no cuentan con competencia expresa en el ámbito de la gran y median minería.
23. Como se observa, en materia de minería, el ejercicio de las competencias a cargo de los gobiernos regionales debe realizarse conforme a las políticas nacionales elaboradas por el gobierno nacional y de manera compartida. Ello implica la continuación de un mismo proyecto de desarrollo por parte de los gobiernos regionales, bajo las premisas generales decididas por el Gobierno Nacional. Así, las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal se encuentran bajo la competencia normativa de los gobiernos regionales, mientras que la mediana y la gran minería son competencia del Gobierno Nacional. En efecto, mediante el Decreto Supremo N.º 036-2007-PCM, se aprobó el Plan Anual de Transferencias de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, transfiriéndose, entre otras funciones, la evaluación y otorgamiento de Certificado de Operaciones Minera a la pequeña y minería y a la minería artesanal. Y desde la Resolución Ministerial N.º 179-2006-MEM-DM, se observa que el Gobierno Regional de Cajamarca ya contaba, respecto la pequeña minería y la minería artesanal, con la función de fomentar y supervisar su exploración y explotación. Dicho de otro modo, las concesiones para la pequeña minería y la minería artesanal deben ser otorgadas y fiscalizadas por los gobiernos regionales en concordancia con las políticas nacionales. Por el contrario, las competencias relacionadas a la mediana y gran minería están excluidas del ámbito normativo de los gobiernos regionales.
24. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, *Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO-LGM)*, establece en su artículo 105° que son atribuciones del Registro Público de Minería: “f) Otorgar el título de las concesiones mineras” y “[...] h) Declarar la caducidad, abandono, caducidad o nulidad de las concesiones y publicar, en su caso, su libre denunciabilidad.” De otro lado, el Decreto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ley N.º 25962, llamada “Ley Orgánica” del Sector Energía, (LOSE), establece en su artículo 5º que:

“Corresponde al Ministerio de Energía y Minas formular, en armonía con la política general y los planes del Gobierno, **las políticas de alcance nacional en materia de** electricidad, hidrocarburos y **minería**, supervisando y evaluando su cumplimiento.” Y en su artículo 6 establece “Son funciones del Ministerio de Energía y Minas: [...] h) Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, de conformidad con la legislación sobre la materia; [...]” (énfasis agregado).

25. Así, si bien el órgano competente era el denominado Registro Público de Minería, a partir del Decreto Supremo N.º 015-2001-EM, *Aprueban Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero-INAAC* (ROF-INAAC), las menciones al Registro Público efectuadas al TUO-LG, se entenderán como referidas al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC). Dicha entidad es, según el artículo 17º de la LOSE, una Institución Pública Descentralizada del Sector Energía y Minas dependientes del MEM. A su vez, debe considerarse el Decreto Supremo N.º 008-2007-EM, que aprueba la fusión del INACC con el Instituto Geológico Metalúrgico (INGEMMET). Y, como lo indica el Decreto Supremo N.º 035-2007-EM, *Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET*, en su artículo 3.14, una de sus funciones es otorgar los títulos de concesión minera (STC 0008-2010-PI/TC, fund. 36).

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

38. Minería y protección los recursos hídricos

27. En la STC 0048-2004-AI/TC se determinó que *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado* (art. 2.18 de la Constitución), “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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

29. En tal sentido, la protección del agua debe realizarse considerando los sólidos indicadores que demuestran una previsible escasez de este recurso en el futuro. El Estado ha mostrado su preocupación sobre la materia emitiendo normativa dirigida a proteger y gestionar eficientemente tal recurso. La LRH sienta las bases de la política pública sobre la gestión de dichos recursos. La relevancia y valor del agua, como bien lo indica la LRH, tiene dimensiones socioculturales, económicas y ambientales (Principio de valoración del agua y de gestión ambiental). Su gestión integrada es de necesidad pública y de interés nacional teniendo el objetivo de administrar eficiente y de manera sostenible las cuencas hidrográficas y acuíferos, **fomentando una nueva cultura del agua**, en procura de satisfacer las presentes demandas así como garantizando el acceso de futuras generaciones (LRH, art. 3).

30. De igual modo, este Tribunal en su rol de defensa de la Constitución y derechos fundamentales, ha establecido en la STC 06546-2006-PA/TC la relevancia del derecho al agua potable. Y en la STC 03343-2007-PA/TC (fund. 12) ha hecho referencia a la importancia de proteger los servicios ambientales, como el almacenamiento del agua.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



31. Las cabeceras de cuenca son ecosistemas frágiles, son zonas en donde se generen los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas, como los valles cosechables. Por esta razón, es que existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas. Resulta loable por tanto toda intención de protegerlas y procurar, de esta manera, el cuidado, recolección y reserva del agua. Pero para que tal protección sea realmente efectiva, no basta con medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico, ya que éstas pueden servir como una medida meramente temporal pero sin cumplir con brindar una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva.
32. La Ordenanza Regional bajo análisis sostiene estar regulando la protección de las cabeceras de cuenca y con ello un ambiente equilibrado y adecuado. En virtud de tal argumento, lo que en la práctica ocurre, es la invalidación del EIA aprobado por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), y por lo tanto, se declare inviable la ejecución del Proyecto Minero Conga.
33. En efecto, en los considerandos de dicha ordenanza se argumenta que el EIA aprobado “violaría abiertamente” el artículo III numeral 5, de la LRH que establece el principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas. De igual forma, afirma que se está contraviniendo el artículo 75 que estipula “el Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas...”. Tales cuestionamientos le valen al Gobierno Regional para que “recogiendo la demanda de inviabilidad del proyecto Conga formulada por diversas organizaciones sociales y autoridades de los sectores más humildes” se autorice al Presidente Regional para que “se solicite a los órganos competentes el inicio de las investigaciones necesarias sobre la forma en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Conga [...]” Y que se “declare de interés público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región de Cajamarca e inviable la Ejecución de Proyecto Conga”.
34. En suma, la Ordenanza Regional bajo análisis plantea proteger a determinado sector de la población cajamarquina de un proyecto minero cuyo EIA tiene, supuestamente, serias deficiencias. No obstante esta preocupación del Gobierno Regional, es de preguntarse hasta que punto ello activa competencias normativas para regular la protección de cabecera de cuencas. O si es que en todo caso, tal competencia existía previamente a la supuesta amenaza originada por el proyecto Conga y detectada por el Gobierno Regional. Como ya se ha expresado, la determinación y autorización del EIA para proyectos de mediana y gran minería es competencia del Gobierno Nacional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

35. A mayor abundancia, tal relevancia ha sido, asimismo, reconocida en la LRH, que en su artículo 75 establece: "El Estado reconoce como zonas ambientalmente vulnerables las cabeceras de cuenca donde se originan las aguas. La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua." Con ello no solo reconoce la importancia especialísima de las cabeceras de cuenca sino que también determina de manera taxativa las entidades involucradas en declarar qué cabeceras de cuencas son intangibles.
36. Tal como se lee en el artículo 4 de la LRH, la Autoridad Nacional es una referencia a la Autoridad Nacional del Agua (ANA). Por lo tanto, es el ANA el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca y no el Gobierno Regional, que no interviene en tal procedimiento. En suma, y atendiendo al principio de taxatividad desarrollado previamente, así como al principio de subsidiariedad, es de determinarse que el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca en su región.

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

37. La LOGR, en su artículo 10º, inciso 2 d) establece como competencias compartidas la gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. De otro lado, el artículo 53º h) de la LOGR establece como función específica de los gobiernos regionales en materia ambiental la de controlar y supervisar el cumplimiento de normas, contratos, proyectos y estudios de impacto ambiental y uso racional de los recursos naturales en su respectiva jurisdicción.
38. Por su parte, el artículo 18º de la Ley N.º 27446, *del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (LSNEIA)*, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1078, precisa que corresponde "a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia." Ello es coherente con la competencia otorgada a los Gobiernos Regionales, encargados de aprobar la certificación ambiental en los proyectos de su competencia, como son los proyectos de pequeña minería y minería artesanal.
39. En los considerandos de la Ordenanza Regional bajo análisis se alega que, tomando en cuenta el principio de subsidiariedad establecido por el artículo 4, literal f) de la LBD, y en base al principio precautorio y el Informe Técnico de la Gerencia Regional de Recursos Naturales del Gobierno Regional de Cajamarca, éste decidió declarar inviable la ejecución del proyecto Conga. Se sustentó para ello que se contravenía



específicamente el artículo III de la LRH. El Gobierno Regional de Cajamarca refirió también que el Proyecto Conga vulneraría lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el *Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera* (RAAEM), que prohíbe que la actividad de exploración pueda “atravesar bofedales o humedales con caminos de acceso u originar colocación de materiales residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos.”

40. Considerando ello, el Gobierno Regional de Cajamarca concluyó que en uso de la autonomía conferida por la Constitución a los gobiernos regionales e invocando los principios de subsidiariedad, el precautorio, así como el de interpretación *pro homine*, era preciso establecer medidas eficaces para la protección del medio ambiente en la zona amenazada gravemente por el Proyecto Conga puesto que “no existe reglamentación asertiva y directa respecto al órgano competente a la protección, conservación e intangibilidad de cabeceras de cuenca ecosistemas frágiles, ya que las normas hacen referencia al Estado en general [...] quedando habilitado el Gobierno Regional de Cajamarca a normar estos supuestos de hecho donde la problemática ambiental y social constituyen una unidad indisoluble, procurando salvaguardar así derechos fundamentales de mayor jerarquía y orden que los derechos de propiedad y explotación que ostentará el titular del Proyecto Conga” (sic).
41. Al respecto es importante que se tome en consideración que el RAAEM establece en su artículo 3º que es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la DGAAM, la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de las gran minería y la mediana minería.

§11. La inversión privada deseada por la Constitución

42. La Constitución ha establecido un amplio margen para la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59 de la Constitución). De igual modo la Constitución garantiza la iniciativa privada (artículo 58 de la Constitución) y facilita y vigila la libre competencia (artículo 61 de la Constitución), entre otras libertades. La empresa, que es el conjunto de esfuerzo para alcanzar un fin comercial es reconocida como uno de los elementos indispensables en la creación de riquezas. Desde luego, y como bien lo dispone la Constitución, el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública” (artículo 59). Es por ello que la Constitución protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

43. Así, con los ingresos que el Estado percibe por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon, es que el Gobierno puede mantener el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. La explotación de recursos naturales desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran. Además de ello, en los casos dispuestos por la Constitución debe garantizarse la co-participación de las riquezas.
44. Tomando ello en consideración, este Tribunal estima relevante desarrollar el siguiente planteamiento, a manera de esquema, sobre la inversión privada deseada por la Constitución. Esto es, brindar previsibilidad sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución. Así, debe considerarse cuatro puntos esenciales que deben ser evaluados al realizarse un análisis de este tipo: i) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, ii) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, iii) Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; iv) concretización del principio de co-participación de la riqueza.
45. Respecto el punto i), es de resaltarse el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. En la STC 03343-2007-PA (*Caso Cordillera Escalera*), este Tribunal determinó que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.
46. De igual modo este Tribunal se afirmó en lo expresado en la STC (STC 0048-2004-AI/TC) respecto el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho y la Economía Social de Mercado, expresando:

“La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe refirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (subrayado agregado).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



49. Así, interesa resaltar que la finalidad de lucro de la empresa debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental, y así prevenir conflictos sociales. Y es que la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estará dispuesta a soportar.
50. Para ello, las empresas deben de internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales. Ello, recae en principio en la esfera de la empresa, la que debido a su experiencia debe tomar en consideración posibles tensiones con la población de las áreas aledañas. En tal sentido, estas deberían tratar de evitar medidas aisladas y optar por medidas dirigidas a solucionar y prevenir los verdaderos problemas o de la comunidad. Lo que no implica imponer soluciones sino, plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones.
51. El punto ii) recae en la actividad estatal. Es el Estado, y particularmente la Administración la que debe fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del Estado vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, benefician la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca.
52. Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia la debilidad institucional del Estado Peruano. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal.
53. No escapa a este Colegiado que para que el Estado cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común es indispensable la creación de nuevos proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza, la



cual, deberá ser objeto de una razonable distribución en coherencia con los principio de la Economía Social de Mercado, entre los que cabe mencionar el principio de subsidiariedad solidaridad y de redistribución de la riqueza. Por tanto, el desarrollo del país, que es un imperativo histórico, no puede estar reñid, a priori, con el respeto a las distintas actividades económicas de los ciudadanos ni con la preservación del medio ambiente.

54. El punto iii) se dirige atender las situaciones en caso de la ocurrencia de daños contra terceros. En tal sentido, si la actividad empresarial genera daños estos no solo deben ser sancionado por la Administración, sino que deben generar una reparación directa, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas. Ello implica no solamente esperar, en virtud de la autonomía de la persona, a que demandas de indemnización sean interpuestas. Como la realidad lo ha demostrada en varias ocasiones, la desesperación de los ciudadanos, de la mano de otras circunstancias tales como bajos ingresos o desconocimiento de sus derechos, genera en ocasiones, que estos no hagan valer sus derechos en forma idónea. En tal sentido, es deber del Estado, brindar la estructura y presupuesto adecuado para que se brinde la orientación legal adecuada a fin de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos. Así, poner a disposición de los ciudadanos no solo información sino asistencia legal gratuita en los casos en donde los bajos ingresos de los pobladores así lo demande. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.

55. Por último, el punto iv), que a continuación se desarrollará está referido al principio de co-participación de la riqueza que viene a reforzar un modelo descentralista adoptado por la Constitución. La relevancia de este principio a la luz del presente caso, obliga por lo tanto a desarrollarlo de manera más pormenorizada, dejando para otros casos, el desarrollo de los puntos precedentes.

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

56. Las aspiraciones de descentralización, tan inevitables y necesarias como la propia expansión de los valores de libertad y tolerancia, tiene por objetivo acercar el Estado a la población. La consecuencia práctica que con ello se pretende, es un mejoramiento en la prestación de servicios estatales, así como la fiscalización de las actividades de los particulares, puesto que la entidad estatal estaría más próxima a las poblaciones y por lo tanto, más al tanto de sus necesidades. Los recursos naturales pertenecen a la nación de acuerdo a lo estipulado en el artículo 66 la Constitución. Pero en ningún momento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

restringe que estos sean únicamente administrados por el Gobierno Nacional. Son las normas como la LBD y la LGR las que, concretizando el principio de progresividad de competencias y transferencias de recursos, disponen las competencias atribuidas a cada entidad gubernamental sobre distintos ámbitos. Como se ha apreciado, en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal, por ejemplo, es el Gobierno Regional el que es competente para otorgar su concesión.

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



debe ser absorbido por el Gobierno Nacional y no todo puede ser absorbido por el Gobierno Regional o Municipal.

61. La consecuencia esperada de este principio es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no solo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. En tal sentido, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud.

§13. Aspectos contextuales del presente caso

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



polarización. Una sistema político sin diálogo, sin un amplio y vigoroso debate, y sin consensos, es una sistema sospechoso de toma de decisiones, y por lo tanto, con serios riesgos de deslegitimización frente a la sociedad.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ministerio del Ambiente declaró la Emergencia Ambiental en el área afectada [Resolución Ministerial N.º 117-2010-MINAM, del 5 de Julio de 2010].

66. Estos dramáticos y penosos casos ponen en manifiesto la intensidad de los daños ocasionados y el entendible temor y suspicacias que los proyectos mineros causan en lo pobladores de las zonas aledañas a estos proyectos. En consecuencia, la resistencia a tales proyectos tiene una historia que no puede, de buenas a primeras, ponerse a un lado. La desconfianza frente a los proyectos mineros no debe ser comprendida como expresión de intolerancia ni de intransigencia; es tan solo una predisposición como consecuencia de determinadas experiencias de una comunidad. Esta situación se transvasa a cualquier dialogo que sobre la materia se plantee, por lo que ignorarla o menospreciarla, no significará la volitización del problema.

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

67. La Ordenanza Regional N.º 036-2011-GR.CAJ.CR, en su artículo 1º declara de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región Cajamarca. Como ya se observó en la presente resolución, el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. En tal sentido, tal artículo debe ser declarado inconstitucional.
68. De igual forma el artículo segundo de la ordenanza en cuestión, que declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga, es inconstitucional puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias para anular o suspender proyectos de gran minería.
69. Respecto el artículo tercero, este Tribunal entiende que no escapa de las competencias del Gobierno Regional de Cajamarca el encargo otorgado al Presidente de la Región para que canalice ante el Congreso de la República los procesos de investigación sobre las circunstancias en que fue aprobado el EIA del proyecto Conga. Tal encargo no contraviene lo estipulado en los artículos 88º y 89º del Reglamento del Congreso de la República. En efecto, en virtud del principio de efecto útil y poderes implícitos, el Gobierno Regional de Cajamarca puede realizar las coordinaciones que estime pertinente a fin de coordinar políticas regionales con el Congreso de la República o solicitar la creación de comisiones. Por consiguiente, habiendo sido declarado inconstitucional el artículo primero y segundo de la ordenanza, el artículo cuarto, deviene igualmente en inconstitucional porque una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

70. Por último, queda claro que a juicio de este Tribunal, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39° de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de “lealtad constitucional” [Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional*, 1985], que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante.

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

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

Lo que certifico:


WILZAMANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR