

COMENTARIO A LA STC 00316-2011-PA,
DE 20 DE JULIO DE 2012

*CARÁCTER AUTOAPLICATIVO DE LAS
NORMAS, PROHIBICIÓN DE DRAGAS Y
DERECHO DE PROPIEDAD*

POR FABIANA ORIHUELA SILVA

Tutora de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

*1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal
Constitucional*

Las siguientes son las principales materias constitucionalmente relevantes que se examinaron en la presente sentencia: (i) el carácter autoaplicativo de la norma cuestionada; (ii) la prohibición de dragas y el derecho de propiedad; y (iii) la aplicación en el tiempo de la norma cuestionada, específicamente del extremo en el que se establecen nuevos requisitos que deberán cumplirse para la aprobación del instrumento de gestión ambiental, a fin de poder realizar actividades de exploración, explotación y/o beneficio.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El Decreto de Urgencia 012-2010, de fecha 12 de febrero de 2010, -norma cuestionada en este proceso–, declaró de interés nacional el ordenamiento minero en el departamento de Madre de Dios y, entre otras cosas, prohibió el uso de dragas en la actividad minera aurífera.

Dicho decreto fue una de las respuestas por parte del Estado a la devastadora situación que se vivía en Madre de Dios a causa de la minería ilegal -o informal^[1]-, la cual generaba la destrucción de los bosques y la contaminación

[1] No trataré las diferencias entre uno y otro tipo de minería, toda vez que no es la finalidad del presente trabajo.

por mercurio en los ríos. Sin embargo, la medida consistente en el decomiso de las dragas no fue suficiente para evitar el impacto ambiental negativo. En ese sentido, el 18 de febrero de 2011, se modificó la norma cuestionada para establecer que adicionalmente procedía la destrucción y demolición de éstas.

A fines de 2011, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la delegación de facultades para legislar en materia de minería ilegal, las cuales les fueron otorgadas y conllevaron a la promulgación del Decreto Legislativo 1100 de fecha 18 de febrero de 2012, entre otros,. El citado Decreto Legislativo derogó la norma cuestionada, pero recogió lo dispuesto por ella, incluso con mayores alcances, es decir, reguló la interdicción de la minería ilegal en toda la República.

No obstante ello, la situación en Madre de Dios se tornó aún más grave. A causa de los operativos en los cuales se destruyeron dragas en virtud de la citada normativa, en marzo de 2012, los mineros ilegales –o informales- realizaron un paro, el cual, al resultar en una trifulca entre la Policía y los mineros, cobró tres vidas.

El Tribunal Constitucional conoció el presente caso bajo la coyuntura adversa descrita en los párrafos precedentes, y publicó esta sentencia el 20 de julio de 2012.

3. *Análisis*

El 15 de marzo de 2010, la empresa Minera de Servicios Generales S.R.L. y otros interpusieron una demanda de amparo contra la presidencia del Consejo de Ministros con la finalidad de que se les inaplique el Decreto de Urgencia 012-2010. Alegaron que dicha norma vulneraba sus derechos a la no retroactividad de la ley, a la igualdad, a la propiedad y a la libertad de empresa.

Los recurrentes afirmaron en su demanda que se dedicaban a la minería aurífera en el Departamento de Madre de Dios, así como que contaban con los títulos de concesión minera respectivos. Asimismo, indicaron que habían iniciado el trámite para conseguir los certificados ambientales con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma cuestionada, por lo que exigirles nuevos requisitos para obtener aquellos certificados implicaba la aplicación retroactiva de dicha norma.

Si bien en el transcurso de este proceso de amparo se derogó justamente el Decreto de Urgencia cuestionado, el Tribunal optó por pronunciarse sobre el fondo de la controversia, descartando que haya habido una sustracción de la materia. Ello en tanto se advirtió que el Decreto Legislativo que derogó la norma en cuestión, recogió en esencia lo dispuesto por ella, incluso con mayores alcances. Este Decreto Legislativo reguló la interdicción de la minería ilegal en toda la república. Esta decisión se sustentó en el principio *iura novit curia* y en la función pacificadora del Tribunal.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda, al determinar que la norma cuestionada superaba el test de proporcionalidad, por lo que la afectación al derecho de propiedad de los demandantes estaba justificada. También concluyó que no afectaba a los demandantes ni al principio de irretroactividad.

En la sentencia bajo comentario se identificaron una serie de materias *constitucionalmente relevantes*, de las cuales las tres principales fueron expuestas en el numeral 1 precedente y serán tratadas en el mismo orden.

En lo que respecta al **(i)** carácter autoaplicativo de la norma cuestionada, el Tribunal Constitucional resuelve que la norma cuestionada tiene dicho carácter sin explicar lo que lo llevó a dicha conclusión. Únicamente se señala que “*estas normas son, como sucedía con las normas del decreto de urgencia derogado, normas autoaplicativas, por lo que procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de ellas.*” (Fundamento 16)

Al respecto, el magistrado Mesía, en su voto singular, discrepa de la posición adoptada por la sentencia en mayoría. Así, indica que “*la norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido normativo se advierte que requiere de actos de aplicación para que sea eficaz o produzca efectos.*”

Esto no hace más que demostrar que la aplicación a los casos del concepto de *norma autoaplicativa* no resulta del todo claro aún.

En el artículo 3° del Código Procesal Constitucional se señala que son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada^[2]. Sobre la base de ello, el Tribunal Constitucional^[3] ha distinguido entre **(a)** aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos y **(b)** aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada.

De la citada jurisprudencia se desprende que para que una norma sea considerada autoaplicativa, debe tratarse en primer lugar de una norma de tipo *regla*. Señala Guastini que “una regla es un enunciado condicional que vincula

[2] El concepto *norma autoaplicativa* fue incluido al Código Procesal Constitucional recién el 2006, mediante la Ley N° 28946; sin embargo, la jurisprudencia constitucional ya lo había desarrollado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional había determinado que, tratándose de normas autoaplicativas, no operaba la prohibición de interponer demandas de amparo contra leyes. Así, puede verse las sentencias recaídas en los expedientes N° 0504-2000-AA, 0300-2002-AA y otros (acumulados), 2670-2002-AA, 0487-2003-AA, 2302-2003-AA; entre otras

[3] Sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA/TC de fecha 25 de diciembre de 2005.

cualquier consecuencia jurídica con una clase de hechos (una circunstancia o un conjunto de circunstancias).”^[4] Es decir, hay una hipótesis –conocida como supuesto de hecho–, cuyo cumplimiento debe verificarse en la realidad, a fin de que despliegue la consecuencia jurídica.

De este modo, para considerar que una norma tiene carácter autoaplicativo, no debe ser inmediato el cumplimiento de la hipótesis de la norma, sino, lo que debe ser inmediato o incondicionado es el surgimiento de la consecuencia jurídica una vez que se haya cumplido la hipótesis.

Ha señalado el Tribunal que la norma reviste tal condición “*cuando no requiere de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma*”^[5] En otras palabras, es autoaplicativa si no se requiere realizar un acto **adicional** a la conducta o situación que configura la hipótesis de la norma, conocida como el supuesto de hecho.

Ahora bien, resulta claro que para amparar la pretensión no basta que la norma sea autoaplicativa, sino que la consecuencia jurídica producida cambie el status jurídico del sujeto de derecho de manera lesiva. Pero no lesiva de cualquier bien jurídico, sino lesiva de un derecho constitucional. Es decir, su aplicación inmediata debe ser la que genere la vulneración a los derechos constitucionales; ya que puede haber -y hay- normas autoaplicativas que generan mejores condiciones en los derechos de las personas, o que siendo perjudiciales, no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho alegado.

En el presente caso, se cuestionan dos extremos de la norma: (1) que se haya dispuesto que la certificación ambiental solo será otorgada si es que el estudio ambiental que la sustenta contiene una serie de nuevos requisitos y (2) el decomiso y destrucción de dragas por incumplir la prohibición de su uso.

Respecto al primer extremo, considero que sí sería una norma autoaplicativa conforme al segundo supuesto previsto en la sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA/TC previamente citada, según el cual es autoaplicativa la norma que determina que “*dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada*”. Además, este extremo de la pretensión sí se refiere al contenido constitucionalmente protegido del principio de irretroactividad, por lo que procedía el análisis sobre el fondo.

[4] GUASTINI, Riccardo. La interpretación de la Constitución. En: Interpretación y razonamiento jurídico. Lima: Ara Editores, 2010, p. 51.

[5] Sentencia recaída en el expediente N° 01739-2008-AA, de fecha 2 de setiembre de 2009. En esta sentencia se reconoció que en los casos en los que una norma autoaplicativa, cuando está sujeta a un periodo *vacatio legis* para entrar en vigencia, no pierde su carácter autoaplicativo; sino que solo está suspendida en el tiempo. Dicha situación configuraría otro supuesto de *amenaza de vulneración* por parte de una norma autoaplicativa. [Debo precisar que esta sentencia fue citada en los antecedentes de la sentencia bajo comentario pero equivocadamente con el número 01739-2009 y no 01739-2008.]

Por otro lado, con respecto al decomiso y destrucción de dragas por incumplir la prohibición de su uso, considero que este extremo de la norma no tenía carácter autoaplicativo. Como señala el artículo 6° de la norma cuestionada (Decreto Legislativo 1100), “*para la ejecución de las acciones de interdicción, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú o el Ministerio de Defensa solicitarán al Ministerio de Energía y Minas o el Gobierno Regional (...) la relación detallada de los titulares mineros (...) así como la relación de la maquinaria autorizada (...).*”

Es decir, la actuación de la Dirección de Capitanías y Guardacostas –DICA-PI-, y del Ministerio Público, en el decomiso o destrucción de la maquinaria, estaría sujeta a que se activen las acciones de interdicción y se solicite la información antes mencionada. En consecuencia, este extremo de la norma no era autoaplicativo.

La (ii) segunda materia constitucionalmente relevante es la relación entre la prohibición y decomiso de dragas^[6] –e incluso su posible destrucción- y el derecho de propiedad. Para determinar si hubo una vulneración al derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional realizó el test de proporcionalidad y concluyó que la medida –la norma cuestionada- superó dos de los tres pasos de dicho test. Es decir, consideró que la medida era idónea para evitar el impacto perjudicial que causa el uso de dragas al ambiente; y que era necesaria porque las dragas causan daños desproporcionados, y porque “*la facultad de demoler o destruir tales tipos de unidades se realiza solo cuando no puede procederse al decomiso.*” (Fundamento 21).

Sobre el tercer paso del test, esto es, el denominado subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional concluye que ha habido un “*empate*”, ya que se trata de una “*restricción intensa o grave al derecho de propiedad*”, pero también “*la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición.*” En consecuencia, “*en virtud del principio in dubio pro legislatore (en este caso el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso) y tomando en cuenta la **delegación que existe por parte del legislador para normar aspectos relativos a la propiedad en su dimensión del derecho de empresa**, es que la medida legislativa debe ser declarada constitucional en este extremo.*” (Fundamento 23, resaltado agregado).

Al respecto, se desprende de la sentencia que la vulneración alegada, *prima facie*, sí se encontraba dentro del contenido constitucionalmente protegido al derecho de propiedad, pero que su restricción se encontraba justificada. La jurisprudencia constitucional, al referirse al contenido constitucionalmente pro-

[6] Si únicamente me refiero a las dragas es por un fin de claridad expositiva, pero debo precisar que la norma cuestionada no prohíbe solo el uso dragas sino de otro tipo de maquinaria también.

tegido del derecho de propiedad ha señalado que es parte de éste “*la protección frente a su privación arbitraria, sea por el Estado o por otro particular, sin desconocer los supuestos de expropiación constitucionalmente previstos*”^[7] y “*la tutela frente a la restricción arbitrario de los poderes de uso, usufructo y disposición.*”^[8]

Entonces, cabe realizar dos precisiones respecto a la afectación al derecho de propiedad en el caso bajo comentario. En cuanto al decomiso o a la inutilización de la maquinaria, la afectación al derecho de propiedad sería respecto del poder de uso, usufructo y disposición; en cambio, en el caso de la destrucción de la maquinaria, sería una privación a dicho derecho –pero no arbitraria, como lo ha resuelto el Tribunal–.

Ahora bien, lo que puede desprenderse de la sentencia, sin que se explicité ello, es que, en lo que respecta a la privación del derecho de propiedad, no se requiere que en todos los casos se siga un procedimiento de expropiación.

Considero que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad, que no aprovechó, de seguir construyendo la noción del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad. A modo de ejemplo, pudo dar lineamientos sobre en qué supuestos de privación a dicho derecho debía cumplirse con las garantías de la expropiación y seguirse dicho procedimiento,

También pudo analizar si en los casos en los que el Estado priva a un particular de su propiedad privada debe valerse de una norma con rango de ley o debe ser una ley formal emitida por el parlamento –como sucede en el caso de la expropiación–. En este caso, fue un Decreto Legislativo el que dispuso esta privación y no una ley. Sobre esto, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado antes acerca de la relativización del principio de legalidad para limitar derechos fundamentales^[9], determinando que no se requeriría una ley formal, pero en este caso no sería un “límite”, sino un despojo de éste.

Otro tema interesante que surge de este caso, pero que no fue tratado en la sentencia, es la naturaleza de la actuación de DICAPI al decomisar o destruir la maquinaria. Es decir, ¿se trataría de un procedimiento administrativo sancio-

[7] GARCÍA CHÁVARRI, Abraham. La protección constitucional del derecho de propiedad. Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional. En: Estudios sobre la propiedad. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, p. 322, 323.

[8] Ídem, 323.

[9] En el fundamento 4 de la sentencia recaída en el expediente N° 2235-2004-AA/TC, de fecha 22 de agosto de 2005, se señaló lo siguiente: “En diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda dicho principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal.”

nador? ¿Sería una medida correctiva^[10]? ¿Los posibles afectados gozarían en dicho procedimiento de las garantías del debido proceso?

Es loable que se tomen medidas para proteger el medio ambiente, pero ello en ningún caso podría suponer otorgar carta blanca para desconocer derechos y principios constitucionales. En esa línea, concuerdo con la realización del test de proporcionalidad realizado en el presente caso, y el reconocimiento de que había otro derecho en juego.

Por último, la tercera materia constitucionalmente relevante es la referida a **(iii)** la aplicación en el tiempo de la norma cuestionada, específicamente del extremo en el que se establecen nuevos requisitos que deberán cumplirse para la aprobación del instrumento de gestión ambiental, a fin de poder realizar actividades de exploración, explotación y/o beneficio.

Sobre el particular, los demandantes alegaron que iniciaron su trámite bajo otras reglas vigentes en ese momento, y que en el transcurso del referido trámite es que se establecen mayores requisitos. Al respecto, el Tribunal concluye que la Constitución no prohíbe exigir nuevas condiciones a los titulares de autorizaciones acorde a las necesidades de la actividad económica en juego. De ello se desprende que los nuevos requisitos aplicarían no solo si el certificado o instrumento de gestión ambiental se encontrase en trámite, sino también si ya se cuenta con un certificado emitido bajo la normativa anterior.

En lo concerniente a la aplicación de las normas en el tiempo, como lo ha señalado el Tribunal en esta sentencia, así como en reiterada jurisprudencia, nuestra Constitución consagra en su artículo 103° la teoría de los hechos cumplidos. Ello implica que *“la ley despliega sus efectos desde el momento en que entra en vigor, debiendo ser aplicada a toda situación subsumible en el supuesto de hecho, luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones aún no extinguidas nacidas con anterioridad.”* (Fundamento 26).

En este caso, la situación no se ha extinguido. Debo precisar que no considero que la *situación* sea tener o no el certificado, sino, la *situación* que se mantiene en el tiempo es el ejercicio de la actividad minera, en este caso. Por ello, aún en el caso que alguien contara con dicho certificado con anterioridad al establecimiento de estos nuevos requisitos, éstos le serían aplicables y debería adecuarse a ello. En este último supuesto, considero que sería prudente otorgar un plazo de adecuación.

[10] Por ejemplo, sobre las medidas correctivas, se indica en la página web del Ministerio del Ambiente lo siguiente: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, el órgano competente del OSINERGMIN podrá imponer las medidas correctivas que permitan **restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica**, a su estado anterior. Estas medidas se dictan dentro del procedimiento administrativo sancionador, pudiendo dictarse antes de la emisión o con la resolución que impone la sanción.” Como se puede advertir, sus efectos son análogos a los de la sentencia emitida en un proceso constitucional.