

REX-001

Expert Report of Francisco Eguiguren Praeli

October 6, 2015

**BAJO LAS REGLAS DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

Bear Creek Mining Corporation
Demandante,

c/

La República del Perú
Demandada.

Caso CIADI Nro. ARB/14/21

OPINIÓN DE EXPERTO EN DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

6 DE OCTUBRE DE 2015

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 71° DE LA CONSTITUCIÓN	4
A.	La Constitución establece una restricción especial para los extranjeros, que les prohíbe adquirir o poseer ciertos bienes y recursos naturales dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera	5
B.	La autorización para que los extranjeros puedan adquirir propiedad, posesión o derechos sobre tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, a otorgarse mediante la expedición de un Decreto Supremo, es una atribución política y discrecional del Estado	9
C.	La declaración de existencia de una necesidad pública no responde a una aprobación automática del Consejo de Ministros, sino que supone una apreciación valorativa sobre la conveniencia y oportunidad, por razones políticas y económicas, de tal medida	12
D.	La restricción impuesta a los extranjeros en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución, responde a un criterio de preservación de la Seguridad Nacional Integral, que no puede circunscribirse exclusivamente a un tema de Defensa Nacional frente al riesgo de una agresión externa o internacional	17
III.	SI LA EMPRESA EXTRANJERA HUBIERA ADQUIRIDO PROPIEDAD, POSESIÓN O DERECHOS SOBRE TIERRAS, MINAS O RECURSOS NATURALES, UBICADOS DENTRO DE LOS CINCUENTA KILÓMETROS DE UNA ZONA DE FRONTERA, CON ANTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN CONFERIDA POR DECRETO SUPREMO APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS, SE CONFIGURA UNA SITUACIÓN IRREGULAR QUE CONLLEVA LA PÉRDIDA DEL DERECHO SOBRE EL BIEN EN FAVOR DEL ESTADO.....	21
IV.	EL DECRETO SUPREMO N° 032-2011-EM, QUE DEROGÓ EL DECRETO SUPREMO N° 083- 2007-EM, NO ES CONTRARIO AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO.....	24
A.	¿Cuál es la naturaleza jurídica de los Decreto Supremo N° 083-2007-EM y 032-2011-EM, y en qué medida su contenido se adecúa a la ley y la Constitución? ...	26
B.	El Decreto Supremo No. 032-2011-EM, que derogó el Decreto Supremo N° 083-2007-EM, se adecúa a la Constitución y la ley desde el punto de vista formal y de fondo	30

V.	LA SENTENCIA DEL JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL, QUE DECLARÓ FUNDADA LA ACCIÓN DE AMPARO INTERPUESTA POR BEAR CREEK, NO CONSTITUYE COSA JUZGADA, POR TRATARSE DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE PRIMERA INSTANCIA QUE FUE OBJETO DE APELACIÓN, Y DE UN PROCESO DEL QUE LUEGO SE DESISTIÓ LA PROPIA EMPRESA DEMANDANTE.....	34
VI.	CONCLUSIONES	37

I. INTRODUCCIÓN

1. Mi nombre es Francisco José Eguiguren Praeli, abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, graduado en 1977. Tengo una Maestría en Derecho Constitucional, y un Doctorado en Humanidades, obtenidos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente soy integrante electo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, designado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en la sesión celebrada en Washington el 16 de junio de 2015. Asumiré estas funciones a partir del 1° de enero del 2016.

2. Tengo más de 33 años de experiencia en la enseñanza del Derecho Constitucional peruano y más de 35 años en su ejercicio como abogado e investigador. Soy autor de numerosas publicaciones en el tema y he sido conferencista en múltiples seminarios y congresos en temas de derecho constitucional. También soy Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y profesor principal de la cátedra de derecho constitucional de la misma universidad.

3. He ocupado varios cargos públicos dentro y fuera del Perú. Fui designado Embajador del Perú ante el Reino de España (enero 2012- agosto 2014), y como Ministro de Justicia y Derechos Humanos (julio-diciembre de 2011). Fui designado como Juez ad hoc ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre diciembre de 2000 y septiembre de 2001. Adicionalmente, he sido asesor de varias entidades e instituciones nacionales e internacionales, públicas y privadas, en temas en materia constitucional. Por ejemplo, en 2001 participé como miembro del Comité Ejecutivo de la Comisión de Estudio de las Bases de la

Reforma Constitucional del Perú, convocada en el Gobierno de Transición del Presidente Valentín Paniagua.¹

4. Por lo anterior, declaro que me encuentro en capacidad de asumir el encargo de Sidley Austin LLP para elaborar el informe solicitado. El Estudio Sidley Austin LLP me ha solicitado emitir un informe de experto en el marco del proceso arbitral *Bear Creek Mining Corporation c. La República del Perú*. En particular, me ha solicitado un informe respecto al análisis e interpretación del contenido y alcances del Artículo 71° de la Constitución Política del Perú, y el Decreto Supremo No. 032-2011-EM (“Decreto Supremo No. 032”) mediante el cual el Estado derogó la declaración de necesidad pública otorgada a Bear Creek Mining Company Sucursal Del Perú, sucursal de la compañía canadiense Bear Creek Mining Corporation (“Bear Creek”) mediante el Decreto Supremo No. 083-2007-EM (“Decreto Supremo No. 083”).

5. En atención a lo dispuesto por el artículo 71° de la Constitución, la empresa Bear Creek solicitó autorización para adquirir derechos sobre concesiones mineras en dos distritos de la provincia de Chucuito, en el departamento de Puno, en lugares ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia.² Mediante Decreto Supremo No. 083, aprobado por el Consejo de Ministros, se otorgó la autorización para que dicha empresa pueda adquirir e iniciar los trámites para la explotación los derechos mineros solicitados.³

6. Algunos años después, debido al conflicto social producido en dicha región, a raíz de movilizaciones violentas de sectores de la población contrarios al desarrollo de

¹ Mi hoja de vida se adjunta como Anexo 1 al presente informe.

² Véase Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993 (“Constitución del Perú de 1993”), Art. 71 [Anexo R-001].

³ Véase Decreto Supremo Nro. 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007 (“Decreto Supremo Nro. 083”) [Anexo C-0004].

actividades mineras en la zona, el gobierno dictó el Decreto Supremo No. 032, que derogó el Decreto Supremo No. 083.⁴ La derogatoria se dio por considerar: (i) que se había hecho de conocimiento circunstancias que hacían desaparecer las causas que motivaron la declaratoria de necesidad pública que llevaron a aprobar la solicitud presentada por Bear Creek; y (ii) el deber del Estado de preservar la paz social y las condiciones ambientales en la zona.⁵

También se dispuso la prohibición del desarrollo de actividades mineras en los distritos de Huacullani y Kelluyo de la provincia de Chucuito, en el departamento de Puno.⁶

7. Contra lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 032-2011-EM, la empresa Bear Creek interpuso ante la justicia peruana un proceso constitucional de amparo, obteniendo sentencia favorable en primera instancia.⁷ Dicha sentencia fue apelada ante la instancia superior, pero la empresa demandante decidió luego desistirse de dicho proceso, acudiendo al presente proceso de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”).⁸

8. En el presente informe responderé a la opinión de experto presentada por la parte Demandante del Dr. Alfredo Bullard. En particular, en el presente informe procederé a analizar el contenido y alcances del artículo 71° de la Constitución Peruana de 1993. También analizaré, desde el punto de vista del derecho constitucional peruano, si el Decreto Supremo No. 032, que derogó el Decreto Supremo No. 083, se adecúa a lo dispuesto en el ordenamiento constitucional y legal del Perú. Finalmente analizaré la sentencia de primera

⁴ Véase Decreto Supremo Nro. 032-2011-EM, 25 de junio de 2011 (“Decreto Supremo Nro. 032”) [Anexo C-0005].

⁵ Véase Decreto Supremo Nro. 032 [Anexo C-0005].

⁶ Véase Decreto Supremo Nro. 032 [Anexo C-0005].

⁷ Véase Memorial de la Demandante, 29 de mayo de 2015 (“Memorial de la Demandante”), párras. 84-86.

⁸ Véase Memorial de la Demandante, párra. 88.

instancia emitida en la acción de amparo interpuesta por Bear Creek en contra del Decreto Supremo No. 032, y explicaré que se trata de una decisión que no se encuentra en firme, no tiene valor de cosa juzgada y carece de efectos jurídicos, por cuanto fue apelada y luego Bear Creek se desistió del referido proceso judicial.

II. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 71° DE LA CONSTITUCIÓN

9. La vigente Constitución Política del Perú de 1993 establece como principio del ordenamiento jurídico y derecho fundamental de toda persona, la igualdad de trato ante la ley, proscribiendo toda forma de discriminación por motivos de cualquier índole, entre ellos el del origen nacional (artículo 2°, inciso 2).⁹ A su vez, la Constitución reconoce también a la propiedad como un derecho fundamental de la persona (artículo 2°, inciso 16).¹⁰ En armonía con estas disposiciones, la Constitución establece que respecto al derecho de propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos (artículo 71°, primer párrafo)¹¹. A su vez, el artículo 63° de la Constitución señala que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones.”¹²

10. No obstante, la propia Constitución, en el segundo párrafo del referido artículo 71°, contempla expresamente una restricción especial impuesta a los extranjeros respecto a la prohibición de que puedan adquirir o poseer, bajo cualquier título, sea de forma directa o indirecta, individual o asociada, derechos sobre minas, tierras, y distintos recursos naturales,

⁹ Constitución del Perú de 1993, Art. 2, inciso 2 [Anexo R-001].

¹⁰ Constitución del Perú de 1993, Art 2, inciso 16 [Anexo R-001].

¹¹ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

¹² Constitución del Perú de 1993, Art. 63 [Anexo R-001].

ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera.¹³ Dicho precepto constitucional establece:

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.¹⁴

11. A continuación procederé a explicar, con mayor detalle, los alcances e implicancias de la restricción impuesta por el segundo párrafo del Artículo 71° de la Constitución a la adquisición de propiedad y derechos de los extranjeros en zonas de frontera, y el carácter discrecional de la potestad del Estado para levantar dicha restricción, de manera excepcional.

A. LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE UNA RESTRICCIÓN ESPECIAL PARA LOS EXTRANJEROS, QUE LES PROHÍBE ADQUIRIR O POSEER CIERTOS BIENES Y RECURSOS NATURALES DENTRO DE LOS CINCUENTA KILÓMETROS DE LAS ZONAS DE FRONTERA

12. No cabe duda que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución, establece expresamente una excepción a la regla de la igualdad de trato para los extranjeros, respecto de los nacionales, en cuanto al acceso a la propiedad o posesión sobre tierras, minas, aguas, bosques, combustibles y fuentes de energía, ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas fronterizas. Se trata de una restricción o limitación para los extranjeros que sólo resulta de aplicación tratándose del acceso a la propiedad, posesión o explotación de determinados bienes y recursos naturales, siempre que éstos se encuentren

¹³ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

¹⁴ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las frontera. Debe notarse, además, que esta restricción se impone de manera expresa a la actuación directa e indirecta del extranjero en las zonas de frontera.

13. Cabe señalar que esta norma constitucional tiene como antecedente inicial lo dispuesto en el artículo 39° de la Constitución de 1920,¹⁵ con un texto muy similar al actual. Esta disposición fue reiterada en el artículo 36° de la Constitución de 1933,¹⁶ y en el artículo 126° de la Constitución de 1979.¹⁷ En consecuencia, lo estipulado por el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución de 1993, proviene de una disposición que se incorporó y mantuvo en las cuatro Constituciones que ha tenido el Perú durante el siglo XX. El texto actual sólo introdujo dos modificaciones respecto a las tres Constituciones anteriores. La primera, es que para poder exceptuarse de esta restricción impuesta a los extranjeros, debe existir causa de necesidad pública, y ya no de necesidad nacional. La segunda, es que esta causa será declarada por decreto supremo, aprobado por el Consejo de Ministros, en vez de la declaratoria por ley expresa del Congreso que anteriormente se exigía.

¹⁵ “Constitución de 1920. Art. 39°.- Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial.” Constitución Política del Perú, 18 de enero de 1920 (“1920 Constitución del Perú”), Art. 39 [Anexo C-0025].

¹⁶ “Constitución de 1933. Artículo 36°.- Dentro de cincuenta kilómetros de la fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas o combustibles, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.” Constitución Política del Perú, 29 de marzo de 1933 (“1933 Constitución del Perú”), Art. 36 [Anexo R-030].

¹⁷ “Constitución de 1979. Artículo 126°.- La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. Sin embargo dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.” Constitución Política del Perú, 12 de julio de 1979 (“1979 Constitución del Perú”), Art. 126 [Anexo R-031].

14. Según explica Marcial Rubio Correa, la finalidad perseguida con la incorporación de esta norma constitucional fue que

“en caso de un conflicto fronterizo, la faja de frontera esté bajo total e irrestricto control nacional sin que, eventualmente, los extranjeros puedan hacer daño al Perú tolerando al enemigo, permitiendo el espionaje, etcétera, mediante los derechos adquiridos en dichas zonas. Esta restricción, por tanto, es adecuada y necesaria para la seguridad nacional y deberá ser tratada dentro de la política general de fronteras a la que se refiere también el artículo 44.”¹⁸

15. El origen de esta norma puede explicarse a partir de experiencias históricas vividas por el Perú. Por ejemplo, a raíz de conflictos bélicos del siglo XIX y XX con países vecinos, donde la participación de algunas empresas y personas extranjeras asentadas en zonas limítrofes y de frontera, brindó colaboración a actividades de agresión contra nuestro país. Responde, pues, a criterios de preservación de la seguridad interna, unidad territorial y de defensa nacional.

16. El Tribunal Constitucional (“TC”) peruano, en la sentencia dictada con motivo del Expediente N° 04966-2008-PA/TC, ha explicado y justificado el sentido de la existencia de esta norma constitucional para resguardar la Seguridad Nacional, señalando:

“La preservación del bien constitucional *Seguridad Nacional* (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional,

¹⁸ Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993*. 3d FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ 141 (2012) [Anexo R-094].

que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.^{19,}

17. El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a los alcances de determinados aspectos del contenido del segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución. Así, por ejemplo, cuando este precepto indica que “dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, *los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno,*” el TC señala que la voluntad del constituyente ha sido poner énfasis en excluir cualquier forma o modo de adquisición o transmisión de la propiedad que beneficie a los extranjeros, mediante el otorgamiento de la posibilidad de ser propietarios o poseedores de terrenos o derechos sobre recursos naturales en las zonas de frontera. De ello, se desprende que los extranjeros “no pueden adquirir ni poseer directa ni indirectamente, es decir, queda excluido hacerlo a través de sociedades u otras personas jurídicas, o de interpósita persona; pues dichos actos adolecerían de simulación y fraude inconstitucional.”²⁰

18. Por lo tanto, por disposición constitucional expresa, los extranjeros solo pueden adquirir o poseer, directa o indirectamente, derechos sobre tierras, minas o recursos naturales en zona de frontera de manera excepcional, siempre que obtengan previamente una autorización especial del Estado, otorgada mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 04966-2008-PA/TC, 13 de abril de 2009 (“Sentencia del Tribunal Constitucional 2009”), p. 4 [Anexo C-0028].

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 2009, p. 3 [Anexo C-0028] (énfasis propio).

B. LA AUTORIZACIÓN PARA QUE LOS EXTRANJEROS PUEDAN ADQUIRIR PROPIEDAD, POSESIÓN O DERECHOS SOBRE TIERRAS, MINAS O RECURSOS NATURALES UBICADOS DENTRO DE LOS CINCUENTA KILÓMETROS DE LAS FRONTERAS, A OTORGARSE MEDIANTE LA EXPEDICIÓN DE UN DECRETO SUPREMO, ES UNA ATRIBUCIÓN POLÍTICA Y DISCRECIONAL DEL ESTADO

19. El segundo párrafo del artículo 71° de la vigente Constitución de 1993, al igual que las otras Constituciones peruanas del siglo XX, contempla expresamente la posibilidad de que el Estado pueda establecer una excepción a la prohibición impuesta a los extranjeros para la adquisición de la propiedad, posesión o derechos sobre minas, tierras y recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera. Para que ello proceda, deberá existir como justificación una causa de necesidad pública (anteriormente se aludía a necesidad nacional), y la medida deberá ser aprobada mediante un decreto supremo, adoptado por el Consejo de Ministros (antes se requería de una ley expresa del Congreso).

20. Para entender la naturaleza jurídica y los alcances de esta autorización del Consejo de Ministros, consideramos necesario referirnos a las competencias estatales de tipo discrecional. El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada con motivo del Expediente N.º 0013-2003-CC/TC, ha señalado que una competencia estatal discrecional es:

“Aquella en donde la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad enuncian el ejercicio de una facultad política, empero dejan en libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal; en este caso, el marco constitucional no establece condiciones, recaudos o procedimientos específicos, sino sólo la respectiva asignación de facultades, por lo cual el modo, la oportunidad, conveniencia o inconveniencia de su realización quedan sujetos al criterio político de quien ejerce la competencia.”²¹

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, 29 de diciembre de 2003 (“Sentencia del Tribunal Constitucional 2003”), p. 7 [Anexo R-095].

21. El propio Tribunal Constitucional ha precisado que la discrecionalidad “tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.”²²

22. Por otro lado, en la doctrina del Derecho Constitucional y Administrativo, la potestad discrecional es definida esencialmente como “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”²³.

23. Atendiendo a estas definiciones de la jurisprudencia y doctrina en la materia, el otorgamiento de la autorización por parte del Estado, a través de un decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, para que una empresa extranjera pueda adquirir propiedad o posesión sobre tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, corresponde a una potestad discrecional del Poder Ejecutivo. Sostengo ello por cuanto:

- a) La competencia para otorgar la autorización es encomendada por la Constitución al Consejo de Ministros, lo que supone una aprobación conferida en sesión conjunta del Presidente de la República y los Ministros de Estado, es decir, por la máxima instancia deliberativa y resolutive del Poder Ejecutivo.
- b) El Consejo de Ministros es un órgano esencialmente político, donde se adoptan y aprueban actos de gobierno o normas reglamentarias de las leyes; lo que es distinto a la tarea administrativa que desempeñan otras entidades del Poder Ejecutivo.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 5 de julio de 2004 (“Sentencia del Tribunal Constitucional 2004”), p. 4 [Anexo R-096].

²³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I 466-467(2006) [Anexo R-097].

- c) Corresponderá al Consejo de Ministros evaluar si la solicitud formulada por una persona, empresa o un inversionista extranjero, para adquirir la propiedad o posesión sobre minas, tierras o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, resulta acorde con una necesidad pública. Y ello supone que será el Consejo de Ministros quien analizará y determinará si la solicitud o el proyecto de inversión se justifican por responder a un requerimiento para el desarrollo de la zona de frontera y de la población vinculada, así como por ofrecer beneficios para el país. Se trata, indudablemente, de una evaluación sobre la conveniencia y oportunidad política y económica de la adquisición o inversión; de su compatibilidad con las políticas de desarrollo nacional y de las áreas de frontera adoptadas por el Poder Ejecutivo; así como de que tal actividad no ponga en riesgo la seguridad nacional. La propia naturaleza, política y económica, de esta evaluación, nos coloca claramente ante una decisión y facultad de tipo discrecional del Gobierno Nacional.
- d) La expedición de un decreto supremo, al igual que sucede con la decisión de dictar una ley o aprobar un tratado internacional, están reconocidas como atribuciones discrecionales del Estado, en la medida que éste no se encuentra obligado a dictarlos. Si bien la Constitución establece un procedimiento reglado para adoptar cualquiera de estas decisiones, su dictado responde a la voluntad política gubernamental, quien se encuentra en libertad de hacerlo o no.

24. En consecuencia, el condicionamiento de obtener previamente una autorización expresa de la máxima instancia política del Poder Ejecutivo, impuesto por la Constitución, nos coloca claramente ante una situación de excepción para superar la prohibición prevista por la propia Constitución (en el segundo párrafo del artículo 71°). Esto supone la posibilidad de que el Estado pueda libremente decidir si otorga o no tal autorización a la persona o empresa extranjera solicitante, aspecto característico de las potestades estatales discrecionales. No es pues que el extranjero tenga el derecho a obtener necesariamente esta autorización, sino que tiene la posibilidad de solicitarlo y conseguirlo, si el Consejo de Ministros evalúa que tal solicitud satisface una necesidad pública.

C. LA DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA NECESIDAD PÚBLICA NO RESPONDE A UNA APROBACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONSEJO DE MINISTROS, SINO QUE SUPONE UNA APRECIACIÓN VALORATIVA SOBRE LA CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD, POR RAZONES POLÍTICAS Y ECONÓMICAS, DE TAL MEDIDA

25. El Dr. Bullard afirma en su informe de experto que esta necesidad pública se presume y su declaración se otorga de manera automática.²⁴ Tal afirmación no me parece correcta. La necesidad pública no se presume ni se declara de manera automática, por el simple mérito de la alegación del peticionario. La necesidad pública se declara discrecionalmente por el Estado, luego de que su existencia sea evaluada y aprobada por el Consejo de Ministros. De no ser así, carecería de todo sentido que la Constitución someta y supedita tal autorización a una decisión del Consejo de Ministros (una instancia política), más aún si tenemos en cuenta que se trata del otorgamiento de una excepción, contemplada en la Constitución, para superar una prohibición que ella misma ha impuesto.

26. Cabe tener presente que la Constitución, en el artículo 66°, se ocupa de los recursos naturales y de su aprovechamiento, señalando:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones para su utilización y de su otorgamiento a particulares, La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”²⁵

27. En consecuencia, la decisión sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, como las minas y minerales, por ejemplo, y su otorgamiento en concesión a un particular, sea nacional o extranjero, es una potestad del Estado.

²⁴ Véase Informe de Experto de Alfredo Bullard González, 29 de mayo de 2015 (“Informe de Experto de Bullard”), párras. 18.d, 108-110.

²⁵ Constitución del Perú de 1993, Art. 66 [Anexo R-001].

28. La necesidad pública es un concepto jurídico indeterminado. Conforme señala Víctor García Toma (ex Presidente del Tribunal Constitucional) la necesidad pública suele estar referida a medidas o la realización de actividades que:

“redundan en beneficio, ventaja o utilidad en favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población.”²⁶

29. En el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución se establece que en caso de existencia de necesidad pública, el Consejo de Ministros, mediante la aprobación de un decreto supremo, podrá autorizar la adquisición de propiedad o posesión de extranjeros sobre tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera. Ello implica que sólo de considerarse que la adquisición de una propiedad o derecho, por parte de extranjeros en la zona de frontera, redundarán en la satisfacción de una necesidad pública, procederá el otorgamiento de la autorización gubernamental para que esta se produzca. Por el contrario, de no considerar el Consejo de Ministros que tal actividad responda a la satisfacción de esta necesidad pública, se mantendrá la prohibición impuesta por la Constitución. La evaluación de si la solicitud de un extranjero resulta o no acorde con una necesidad pública, corresponde ser realizada y decidida por el Consejo de Ministros, es decir, por acuerdo adoptado en la reunión del Presidente de la República con el conjunto de sus Ministros.

30. La Constitución establece como regla la prohibición de que los extranjeros puedan, en forma directa o indirecta, adquirir la propiedad sobre tierras o realizar la

²⁶ Víctor García Toma, ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993, TOMO II 139-140 (1993) [Anexo R-098].

explotación de ciertos recursos naturales dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera. En consecuencia, su autorización por el Consejo de Ministros es una excepción a dicha regla, que está condicionada a que exista una situación de necesidad pública que así lo justifique y sustente. Por ello, el otorgamiento de tal autorización no es un mero trámite ni puede afirmarse que cualquier solicitud de un extranjero con este propósito tenga que ser necesariamente aprobada. Muy por el contrario, la evaluación y decisión respecto a una solicitud se efectúa caso por caso, donde se deberá verificar si el pedido específico formulado por un extranjero responde o no a una necesidad pública.

31. No cabe duda que la inversión extranjera es importante y útil para el desarrollo del país, y que ello se puede extender también a la inversión en minería que pueda realizarse en zonas de frontera. Es más, puede señalarse que en el artículo 13° del decreto legislativo N° 757, “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada”, se declara de necesidad pública la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas en zonas de frontera.²⁷ Sin embargo, no debe inferirse, a partir de esta declaración genérica, la necesidad pública de toda o cualquier inversión extranjera en zonas de frontera. Si así fuera, la aprobación por el Consejo de Ministros, que exige la Constitución, resultaría un mero formalismo, un simple trámite que debe concluir necesariamente con el otorgamiento de la autorización. Sería absurdo que la Constitución involucre la intervención indispensable de la más alta instancia política del Poder Ejecutivo del Estado, que incluye al propio Presidente de la República, para adoptar una decisión que tiene carácter excepcional, si se tratara tan solo de cumplir con un mero trámite formal.

²⁷ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo No. 757, 13 de noviembre de 1991, Art. 13 [Anexo R-099].

32. Para determinar si la solicitud de inversión en las zonas de frontera responde o no a una necesidad pública, el Consejo de Ministros, antes de expedir el decreto supremo que otorgue la autorización, deberá evaluar favorablemente aspectos tales como:

- Si existe un interés público, de acuerdo a la política gubernamental de desarrollo para el sector económico respectivo o la zona de frontera, en que tal inversión o adquisición se ejecuten;
- Si ello redunde en beneficio del país (mediante la generación de mayores niveles de ingresos, empleo, mejores condiciones de vida, realización de obras de infraestructura, etc.) y de la población ubicada en dicha zona, aportando positivamente a las relaciones sociales;
- Si la actividad y su titular no supongan un riesgo para la preservación de la seguridad nacional, el orden interno y la paz social en la zona;
- Si la actividad no pueda afectar o comprometer las buenas relaciones y acuerdos establecidos con el Estado vecino; y
- Si la actividad a desarrollarse por el extranjero respete las políticas del Estado respecto a la adecuada explotación de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente.

33. En la medida que la solicitud presentada por la persona o empresa extranjera responda a una necesidad pública, es decir, que satisfaga y aporte positivamente a aspectos tales como los indicados en el punto anterior, el Poder Ejecutivo (mediante acuerdo del Consejo de Ministros, materializado en un decreto supremo) procederá a autorizar la adquisición de propiedad o la explotación de recursos naturales dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera. De no reunir o satisfacer tales exigencias, la solicitud no deberá ser autorizada.

34. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, señala que la discrecionalidad de que puede disponer el Poder Ejecutivo para adoptar ciertas normas o decisiones de gobierno, está sujeta a grados de arbitrio concedidos por la Constitución y la Ley, que se clasifican de la siguiente manera:

- La discrecionalidad mayor: Es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

- La discrecionalidad intermedia: Es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.
- La discrecionalidad menor: Es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.²⁸

35. En función al grado de arbitrio, considero que el Poder Ejecutivo cuenta con una discrecionalidad intermedia en lo que atañe a la declaración de necesidad pública, a través de un decreto supremo, para autorizar que el extranjero pueda adquirir o poseer tierras, minas y recursos naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera. Como establecí anteriormente, se trata de un acto excepcional que se otorga si y solamente si existe una necesidad pública para autorizar la presencia del extranjero en la zona de frontera.

36. Si bien la necesidad pública es un concepto indeterminado, su contenido no puede ser establecido con un margen demasiado amplio o ilimitado de discrecionalidad, que pudiera llegar a decisiones arbitrarias de la autoridad estatal. Para su determinación, debe exigirse el cumplimiento de ciertos parámetros o estándares que, de manera lógica y razonable, puedan permitir calificar un proyecto o iniciativa como destinado a satisfacer una necesidad pública, tales como su relación o adecuación con planes de desarrollo específicos o políticas públicas para la región. Así como sostengo que no cualquier inversión extranjera califica

²⁸Sentencia del Tribunal Constitucional 2004, p. 5 [Anexo R-096].

automáticamente como de necesidad pública, su declaración tampoco puede quedar librada a un margen amplio o absoluto de discrecionalidad por parte de la autoridad política, debiendo existir una razonable vinculación entre el proyecto y los intereses públicos y beneficios que se pretende satisfacer.

D. LA RESTRICCIÓN IMPUESTA A LOS EXTRANJEROS EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 71° DE LA CONSTITUCIÓN, RESPONDE A UN CRITERIO DE PRESERVACIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL INTEGRAL, QUE NO PUEDE CIRCUNSCRIBIRSE EXCLUSIVAMENTE A UN TEMA DE DEFENSA NACIONAL FRENTE AL RIESGO DE UNA AGRESIÓN EXTERNA O INTERNACIONAL

37. No cabe duda que el principal fundamento político y jurídico que ha servido de sustento para el artículo 71°, segundo párrafo, de la Constitución de 1993, al igual que para las normas similares contenidas en las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 que la antecedieron, ha sido la necesidad de preservar y garantizar la seguridad nacional, tanto interna como externa. El Dr. Bullard, por el contrario, alega que la única razón por la que existe el Artículo 71°, segundo párrafo, es por un concepto de seguridad nacional frente a agresiones externas.²⁹ Esta afirmación no es correcta, pues solo contempla uno de los aspectos que involucra la seguridad nacional (la defensa nacional frente al riesgo de agresión externa) dejando de lado la incidencia que sin duda también tiene la situación interna imperante en las zonas de frontera, en cuanto al orden público y la paz social, en la preservación de la seguridad nacional, que actualmente tiene una dimensión integral.

38. Al margen de que algunos puedan considerar la subsistencia de esta norma constitucional como un “anacronismo”, o que discutan la justificación actual de tal restricción, lo cierto es que se trata de una disposición presente en todas las Constituciones Peruanas del siglo XX y plenamente vigente en la Carta Política de 1993 que nos rige. Se trata

²⁹ Véase Informe de Experto de Bullard, párra. 18.f.

de una norma constitucional de cumplimiento obligatorio para las entidades del Estado y para todos los extranjeros que pretendan adquirir tierras o invertir en la explotación de minas o recursos naturales en las zonas de frontera.

39. Es indudable que el origen de este precepto constitucional, conforme consta en los textos que recogen los debates de los constituyentes y en los análisis de los especialistas, estuvo influido por la negativa experiencia del Perú respecto a la conducta de algunos extranjeros en conflictos bélicos internacionales que afectaron a nuestro país, como la Guerra del Pacífico con Chile y otros conflictos armados con países limítrofes a fines del siglo XIX y parte del siglo XX. La colaboración con el agresor externo por parte de personas o empresas extranjeras, que eran titulares de derechos o intereses económicos ubicados cerca de las zonas de frontera, contribuyó a la pérdida de territorios y a grandes daños para la población y economía de nuestro país, lo que explica la incorporación y subsistencia de esta prohibición constitucional.

40. Pero los antecedentes históricos o la intención del constituyente respecto a una norma constitucional, son solo uno de los varios elementos y criterios a considerar al momento de realizar la interpretación y aplicación del precepto para analizar y resolver un problema concreto actual. Y como se puede apreciar en el texto del artículo 71° de la Constitución, en él no hay ninguna referencia a que la prohibición impuesta a los extranjeros tenga como fundamento la preservación de la defensa nacional frente a una amenaza o agresión externa. Este es sólo uno de los fundamentos implícitos que explican la norma constitucional, pero no puede confundirse la Seguridad Nacional, que tiene carácter integral, con la Defensa Nacional, y menos limitarla a la defensa exterior o protección frente a una agresión externa.

41. La Constitución de 1993 dedica el Capítulo XXII, de su Título IV, a la Seguridad y la Defensa Nacional. El artículo 163° señala:

“El Estado garantiza la Seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”³⁰

42. Conforme precisa Alfredo Quispe Correa, constitucionalista experto en temas de defensa nacional, la Seguridad Nacional se refiere a una situación a alcanzar o ideal, necesaria para permitirle al Estado desenvolverse con libertad y autonomía en los ámbitos interno y externo; mientras que la Defensa Nacional viene a ser el medio para alcanzar dicha Seguridad Nacional.³¹

43. Según el Manual del Centro de Altos Estudios Nacionales, la Defensa Nacional es

“el conjunto de acciones y previsiones que adopta el gobierno, permanentemente, para permitir la supervivencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno y libre de toda subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de Desarrollo se realice en las mejores condiciones; es decir, que permitan y garanticen al Estado, alcanzar y mantener los CONN, pese a los antagonismos o presiones, tanto en el campo externo como en el interno.”³²

44. Como ya se ha indicado, la Seguridad Nacional involucra los ámbitos interno y externo, a los que se extiende la Defensa Nacional. La preservación de la Seguridad Interna, a través del mantenimiento de la paz social y el orden público, son una condición necesaria para

³⁰ Constitución del Perú de 1993, Art. 163 [Anexo R-001].

³¹ Véase Alfredo Quispe Correa, CONSTITUCIÓN Y DEFENSA NACIONAL 195 (1994) [Anexo R-100].

³² Manual del Centro de Altos Estudios Nacionales, (“Manual del Caen”), citado por Alfredo Quispe Correa, CONSTITUCIÓN Y DEFENSA NACIONAL 164 (1994) [Anexo R-100].

prevenir las agresiones que puedan producirse en el territorio nacional, sea que estas tengan origen interno o externo.³³ Obviamente cualquier alteración grave del orden público interno o la paz social en las zonas de frontera, puede ocasionar una situación de vulnerabilidad que ponga en riesgo la Seguridad Nacional, tanto en el plano interno como exterior.

45. El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el expediente N°. 00002-2008-PI/TC, reafirma que el carácter integral de la Seguridad Nacional articula tanto la defensa en el frente interno como en el externo, señalando:

“[L]a defensa nacional se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Mediante la defensa interna se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales.”³⁴

46. En consecuencia, la finalidad que persigue la restricción establecida en la segunda parte del artículo 71° de la Constitución, es contribuir a preservar la Seguridad Nacional tanto en su dimensión interior como exterior. El control del orden público interno en las áreas fronterizas, tiene incidencia en el mantenimiento de la normalidad en las relaciones

³³ Véase Manual del Caen, citado por Alfredo Quispe Correa, CONSTITUCIÓN Y DEFENSA NACIONAL 166 (1994) [Anexo R-100].

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00017-2003-AI/TC, Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 32 [Anexo R-102].

con los países limítrofes. Por el contrario, la existencia de situaciones de convulsión social interna en las zonas de frontera, puede generar una situación de riesgo para la seguridad nacional. Ello permite concluir que la motivación y finalidad de esta norma constitucional, referida a una restricción impuesta a la actividad económica de los extranjeros en zonas de frontera, no es sólo prevenir el riesgo de una agresión externa sino también mantener el control y la normalidad del orden público interno y la paz social en dichas áreas, en el entendido que ello tiene incidencia significativa en la preservación de la seguridad integral del Estado.

III. SI LA EMPRESA EXTRANJERA HUBIERA ADQUIRIDO PROPIEDAD, POSESIÓN O DERECHOS SOBRE TIERRAS, MINAS O RECURSOS NATURALES, UBICADOS DENTRO DE LOS CINCUENTA KILÓMETROS DE UNA ZONA DE FRONTERA, CON ANTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN CONFERIDA POR DECRETO SUPREMO APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS, SE CONFIGURA UNA SITUACIÓN IRREGULAR QUE CONLLEVA LA PÉRDIDA DEL DERECHO SOBRE EL BIEN EN FAVOR DEL ESTADO

47. Como se mencionó con anterioridad, el artículo 71° de la Constitución establece, en forma expresa y clara, que los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, bajo pena de perder tales derechos en beneficio del Estado.³⁵ La única forma de exceptuarse de esta prohibición, prevista por la propia Constitución en dicho artículo, es que el extranjero obtenga la autorización concedida por el Consejo de Ministros, aprobada mediante decreto supremo, para adquirir derechos sobre el bien. Tal autorización será otorgada en caso de que la solicitud corresponda a una necesidad pública.

48. La referida norma constitucional señala también expresamente que esta prohibición impuesta a la persona o empresa extranjera, comprende que no podrá adquirir ni

³⁵ Véase Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [R-001].

poseer, bajo ningún título, ya sea en forma directa o indirecta, individual o en sociedad, derechos sobre el bien o recurso natural ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, si no cuenta previamente con la autorización respectiva del Estado.

49. Según los hechos descritos por Bear Creek en su Memorial sobre los Méritos, luego de sostener coordinaciones con la empresa, la Sra. Jenny Karina Villavicencio, ciudadana peruana, solicitó (en el 2004) la adquisición de las 7 concesiones mineras, que integran el Proyecto Santa Ana.³⁶ Todas estas concesiones se encuentran dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera con Bolivia. Adicionalmente, Bear Creek suscribió en el mismo año dos contratos de opción con la Sra. Villavicencio para que ésta, en caso de que la empresa obtuviera la autorización respectiva, le transfiera los derechos sobre las 7 concesiones mineras.³⁷ Bear Creek sostiene que adquirió válidamente estos derechos, pues la opción sólo se ejercitó después de que se expidió el Decreto Supremo N° 083-2007-EM, que la autorizó a adquirir y explotar tales derechos mineros dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera.³⁸ Sin embargo, también se señala que el Estado Peruano ha interpuesto un proceso judicial contra Bear Creek, por considerar que adquirió los derechos mineros en forma irregular.³⁹

50. De probarse que la empresa Bear Creek, en forma indirecta, ejerció en los hechos, bajo cualquier título, actos o derechos de propiedad o posesión sobre las concesiones mineras, con anterioridad a la fecha de expedición del decreto supremo de autorización, se configurará una situación irregular que acarrearía la pérdida de tales derechos en beneficio del

³⁶ Véase Memorial de la Demandante, párra. 26.

³⁷ Véase Memorial de la Demandante, párra. 28.

³⁸ Véase Memorial de la Demandante, párra. 42.

³⁹ Véase Memorial de la Demandante, párra. 89.

Estado. Es decir, que de acreditarse que la empresa actuó de manera indirecta a través del accionar de una ciudadana peruana, habría incurrido en una violación flagrante del artículo 71° de la Constitución, que la descalificaba para poder obtener válidamente la declaración de necesidad pública y la autorización para adquirir directamente las referidas concesiones mineras.

51. Habría una situación de simulación y fraude a la Constitución, por ejemplo, si una persona peruana ha concertado previamente con la empresa extranjera para solicitar y obtener los derechos mineros como si fuera la titular de los mismos, cuando en realidad actúa como “testaferro” o intermediario de la empresa, a la que luego se transferirá estos derechos cuando ésta obtenga la autorización. También existiría una simulación o fraude a la Constitución si, con anterioridad al otorgamiento de la autorización gubernamental, la empresa extranjera, de manera encubierta, se ha comportado en los hechos como titular de los derechos mineros, realizando actos, adoptando decisiones o asumiendo gastos o inversiones que corresponden al titular de los derechos.

52. En consecuencia, si existieran este tipo de circunstancias, u otras similares, se configuraría una transgresión e incumplimiento de la prohibición establecida en el artículo 71° de la Constitución, pues supondría el ejercicio indirecto por la empresa extranjera, a través de un tercero o de interpósita persona, de derechos correspondientes al titular de las concesiones mineras ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, a pesar de no haber contado aún con la autorización otorgada por el Consejo de Ministros.

IV. EL DECRETO SUPREMO N° 032-2011-EM, QUE DEROGÓ EL DECRETO SUPREMO N° 083- 2007-EM, NO ES CONTRARIO AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

53. Mediante el Decreto Supremo No. 083-2007-EM, expedido el 28 de noviembre del 2007 y publicado el 29 de dicho mes, se autorizó a la Bear Creek a realizar actividades mineras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera del Perú con Bolivia.⁴⁰ En la parte considerativa de este Decreto Supremo, se hace referencia al carácter de necesidad pública que el decreto legislativo N° 757 otorgó a la inversión privada, nacional o extranjera, en actividades productivas que se realice en zonas de frontera; a que esta actividad contribuye al desarrollo de las áreas de frontera y su aporte al aumento del nivel de vida de la población local; así como a la opinión favorable emitida por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.⁴¹

54. En el artículo 1° del Decreto Supremo No. 083 se declara de necesidad pública que la empresa Bear Creek pueda adquirir y poseer concesiones y derechos sobre minas ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia, señalando en el artículo 2° los siete derechos mineros específicos ubicados en los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito del departamento de Puno.⁴² En el artículo 3° se dispone que la autoridad otorgará la autorización para las actividades mineras de la empresa, previo el cumplimiento de los requisitos legales.⁴³

55. Algunos años después, se produjo un agudo conflicto social en la zona, debido a movilizaciones y protestas de carácter violento por parte de sectores de la población en

⁴⁰ Véase Decreto Supremo N° 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007 [Anexo C-0004].

⁴¹ Véase Decreto Supremo N° 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007 [Anexo C-0004].

⁴² Véase Decreto Supremo N° 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007, Art. 1-2 [Anexo C-0004].

⁴³ Véase Decreto Supremo N° 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007, Art. 3 [Anexo C-0004].

contra de las actividades mineras en Puno. Ante esta situación, el Gobierno expidió el Decreto Supremo No. 032-2011-EM, emitido el 24 de junio del 2011 y publicado el día 25 de ese mes, que dispone, en su artículo 1º, la derogación del Decreto Supremo No. 083.⁴⁴

56. En la parte considerativa de este Decreto Supremo se señalan algunos de los motivos que explican su expedición y la derogación que dispone del anterior Decreto Supremo, siendo estos:

“Que, se ha hecho de conocimiento circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto;

Que, es deber del Estado velar para que el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la ley y en las normas reglamentarias sobre la materia;

Que, en tal sentido, ante la existencia de estas nuevas circunstancias se hace necesario dictar el acto correspondiente;

Que, asimismo, se ha considerado pertinente disponer que el Poder Ejecutivo, con la finalidad de resguardar las condiciones ambientales y sociales en las áreas de los distritos de Huacullani y Kelluyo, en la provincia de Chucuito del departamento de Puno, estudie y, en su caso, dicte disposiciones con el objeto de prohibir las actividades mineras en las mencionadas zonas (...).⁴⁵

57. A su vez, en la parte dispositiva de este Decreto Supremo, se señala que la norma tiene por objeto derogar el Decreto Supremo N° 083-2007-EM (artículo 1º); se establece que la extracción ilícita de sustancias minerales en los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito del departamento de Puno, será objeto de intervención

⁴⁴ Véase Decreto Supremo N° 032-2011-EM, 25 de junio de 2011, Art. 1 [Anexo C-0005].

⁴⁵ Decreto Supremo N° 032-2011-EM, 25 de junio 2011, Preámbulo [Anexo C-0005].

policial y denuncia al Ministerio Público (artículo 2°). En la Disposición Complementaria Única, se dispuso que en un plazo no mayor de sesenta días calendario, se dicten disposiciones con el objeto de prohibir las actividades mineras en las áreas de los distritos de Huacullani y Kelluyo en la provincia de Chucuito del departamento de Puno.⁴⁶

58. Adicionalmente, el mismo 25 de junio y el 26 de junio, el gobierno emitió una serie de decretos supremos dirigidos a controlar la situación social crítica que se estaba viviendo en Puno. Estos son, además del Decreto Supremo No. 032, el Decreto Supremo No. 033-2011-EM (“Decreto Supremo No. 033”), disponiendo la adecuación de los petitorios mineros y la suspensión de admisión de nuevos petitorios mineros en el departamento de Puno; el Decreto Supremo No. 034-2011-EM (“Decreto Supremo No. 034”), disponiendo la obligación de realizar una consulta previa a las comunidades locales antes de iniciar actividades de exploración o explotación minera; y el Decreto Supremo No. 035-2011-EM (“Decreto Supremo No. 035”) disponiendo programas para la recuperación ambiental de la cuenca del Rio Ramis afectado por actividades de minería ilegal.⁴⁷

59. En las siguientes secciones explicaré la naturaleza jurídica del Decreto No. 083, para luego explicar por qué el Decreto No. 032 no contrarió el ordenamiento jurídico peruano, y en especial el derecho constitucional nacional.

A. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DECRETOS SUPREMOS N° 083-2007-EM Y 032-2011-EM, Y EN QUÉ MEDIDA SU CONTENIDO SE ADECUA A LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN?

60. El decreto supremo es la norma ordinaria de mayor jerarquía que puede dictar el Poder Ejecutivo; lleva la firma del Presidente de la República y de uno o más Ministros de

⁴⁶ Véase Decreto Supremo N° 032-2011-EM aprobó 25 de junio 2011, Arts. 1-2 [Anexo C-0005].

⁴⁷ Véase Decreto Supremo N° 032-2011-EM, 25 de junio 2011 [Anexo C-0005]; Decreto Supremo No. 033 de 2011 [R-011]; Decreto Supremo No. 34 de 2011 [Anexo R-027]; Decreto Supremo No. 35 de 2011 [Anexo R-014].

Estado. La definición del decreto supremo, se encuentra contemplada como una de las facultades normativas del Presidente de la República, en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, en donde se señala que:

“son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.”⁴⁸

61. Existen distintos tipos de funciones y competencias que el Poder Ejecutivo ejerce mediante el dictado de decretos supremos. Así, por señalar algunos ejemplos, la función reglamentaria de las leyes se realiza, según el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, a través de la expedición de reglamentos, que se aprueban mediante decretos supremos.⁴⁹ Pero también, por mandato de la Constitución (artículo 137°), la declaratoria de un estado de excepción se aprueba mediante decreto supremo.⁵⁰ O, como ya hemos visto, la Constitución establece, en el artículo 71°, que la autorización para que un extranjero pueda adquirir la propiedad o posesión sobre tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera, deberá aprobarse por el Consejo de Ministros mediante decreto supremo.⁵¹

62. Es decir, que si bien los decretos supremos normalmente son normas de carácter general, existen casos especiales, previstos por la Constitución o la ley, donde se contempla la expedición de un decreto supremo con contenido particular. El decreto supremo

⁴⁸ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29158, 20 de diciembre de 2007, Arts. 11.3 [Anexo R-103].

⁴⁹ Véase Constitución del Perú de 1993, Art. 118 [Anexo R-001].

⁵⁰ Véase Constitución del Perú de 1993, Art. 137 [Anexo R-001].

⁵¹ Véase Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

que se emite para declarar de necesidad pública la actuación de un inversionista extranjero en zona de frontera, en cumplimiento de disposición expresa del Artículo 71° de la Constitución, es un decreto supremo cuyo contenido tiene carácter particular. Ciertamente este decreto supremo no está destinado a reglamentar una ley ni, en rigor, tiene contenido general, pues se limita a autorizar la adquisición de la empresa extranjera Bear Creek de derechos mineros dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera con Bolivia.

63. El Dr. Bullard sostiene en su informe de experto que los decretos supremos de carácter particular, tal como el Decreto Supremo No. 083, son en realidad actos administrativos, que se deben regir por las normas aplicables a ellos.⁵² El Dr. Bullard también afirma que por tratarse de un acto administrativo, no procedía la derogatoria de la norma sino que, por el contrario, correspondía que fuera anulado o revocado mediante proceso judicial.⁵³ Considero que tal aseveración no es correcta, pues no se debe confundir la naturaleza jurídica especial de un Decreto Supremo como el 083-2007-EM, con un acto administrativo, por el simple hecho de que ambos tengan un contenido de carácter particular y no general. Esta afirmación la sustento en las consideraciones siguientes:

- a. Es la propia Constitución quien establece que la autorización para que una empresa extranjera pueda adquirir o poseer derechos sobre minas, tierras y recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, se debe expedir mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, reservando esta competencia a un órgano del Poder Ejecutivo del Estado de naturaleza política y no administrativa. Las decisiones y los acuerdos del Consejo de Ministros se adoptan y aprueban necesariamente mediante decreto supremo y no a través de actos administrativos.
- b. El concepto de acto administrativo está definido en el artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en los términos siguientes: “1.1. Son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir

⁵² Véase Informe de Experto de Bullard, párra. 163-169.

⁵³ Véase Informe de Experto de Bullard, párra. 169.

efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”⁵⁴

- c. Si bien, como regla general, el otorgamiento de concesiones o derechos mineros a un particular se efectúa a través de un acto administrativo, la situación es distinta tratándose de su adquisición por un extranjero respecto a recursos mineros ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. En este caso, sólo podrá efectuarse tal adquisición, que se materializará en actos administrativos concretos, luego de que el extranjero haya obtenido previamente una autorización otorgada por el Consejo de Ministros, que se aprueba a través de un decreto supremo y no de un acto administrativo.
- d. No debe pues confundirse la emisión de la autorización en favor de un inversionista extranjero, cuyo otorgamiento por el Consejo de Ministros tiene carácter discrecional y se materializa a través de un decreto supremo de contenido particular, con el acto administrativo concreto ulterior que dará cumplimiento a la autorización política conferida a través del decreto supremo, que será expedido por la autoridad administrativa competente.
- e. Los decretos supremos, ya sea que se trate de normas de carácter general o que tengan un contenido particular, como el otorgamiento de la autorización a Bear Creek, se dejan sin efecto mediante la derogación. En cambio, los actos administrativos pueden ser objeto de ulterior revocación o declaración de nulidad. En consecuencia, el camino constitucional y legal adecuado para dejar sin efecto el Decreto Supremo N° 083-2007-EM, era necesariamente el de la derogación y no la revocación o anulación, como sostiene el Dr. Bullard.

64. En consecuencia, la emisión de un decreto supremo de carácter particular, donde se declara de necesidad pública la autorización para que un inversionista extranjero pueda adquirir o poseer derechos sobre recursos mineros ubicados dentro de los cincuenta kilómetros en zona de frontera, corresponde al ejercicio de una potestad discrecional del Estado, cuya expedición se constituye en una condición previa indispensable para que luego se pueda expedir (por la autoridad administrativa competente) el acto administrativo concreto que otorga las concesiones mineras a la empresa extranjera. Mientras que un decreto supremo se deja sin efecto mediante su derogación, dispuesta por otro decreto supremo, el acto administrativo puede dejarse sin efecto mediante la revocación o su anulación.

⁵⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 10 de abril de 2001, Art. 1.1 [Anexo R-104]

B. EL DECRETO SUPREMO NO. 032-2011-EM, QUE DEROGÓ EL DECRETO SUPREMO N° 083-2007-EM, SE ADECUA A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y DE FONDO

65. De acuerdo al principio de jerarquía normativa imperante en el ordenamiento jurídico peruano, la forma de dejar sin efecto el Decreto Supremo No. 083-2007-EM era la aprobación de otro decreto supremo, emitido por el propio Consejo de Ministros, que lo derogue. En atención a ello, el Decreto Supremo No. 032-2011-EM se adecúa desde el punto de vista formal a la Constitución y a la ley, por ser la vía idónea para la derogación del Decreto Supremo No. 083. Siendo que el Decreto Supremo. N° 032 tiene carácter general y no particular, pues no sólo dispone dejar sin efecto la autorización concedida a Bear Creek por el Decreto Supremo N° 083, sino que también contiene medidas contra actividades de extracción ilegal de mineral y prohíbe toda actividad minera en la zona, para su expedición, que responde al ejercicio de una potestad discrecional del Poder Ejecutivo, no se requiere la intervención de quienes puedan considerarse interesados o afectados por su contenido.

66. En cuanto al contenido de fondo del Decreto Supremo No. 032-2011-EM, en su parte considerativa se señalan las razones y fundamentos que sustentaron su emisión y la derogación que dispone del Decreto Supremo No. 083-2007-EM. Así, se menciona (i) que se han hecho de conocimiento público nuevas circunstancias que implican la desaparición de las condiciones exigidas para la expedición del Decreto Supremo de autorización; (ii) que es deber del Estado velar por el aprovechamiento razonable y sostenible de los recursos naturales en beneficio de la Nación y el interés público; y, (iii) que para resguardar las condiciones ambientales y sociales de la zona, se hace necesario disponer la prohibición del desarrollo de actividades mineras en algunos distritos de la provincia de Chucuito en Puno.⁵⁵

⁵⁵ Decreto Supremo N° 032-2011-EM, 25 de junio 2011, Preámbulo [Anexo C-0005].

67. Si bien puede apreciarse que el señalamiento que hizo el Decreto Supremo N° 032-2011-EM de las causas que motivaron su expedición y la derogación del Decreto Supremo N° 083-2007-EM (que otorgó la autorización a la empresa Bear Creek para adquirir determinadas concesiones mineras) no resultan del todo explicativas sobre los detalles específicos, queda claro, sin embargo, que no se trata de un acto arbitrario. Se hace referencia expresa a la ocurrencia o al conocimiento público de determinados acontecimientos o circunstancias sobrevinientes que, según considera la autoridad gubernamental, habrían hecho desaparecer las razones que sirvieron de base para declarar de necesidad pública la aprobación de la autorización solicitada por la empresa Bear Creek.

68. A diferencia de las sentencias judiciales o de los actos administrativos, a los que la Constitución y la ley exigen la debida motivación, siendo su carencia o deficiencia causal para cuestionar su validez y demandar su anulación, en el caso de los decretos supremos la insuficiente fundamentación en su exposición de motivos o en su parte considerativa no afectan la validez o eficacia del decreto ni acarrear su nulidad.

69. Ahora bien, no puede perderse de vista que el único supuesto que habilita la aprobación de una autorización del Consejo de Ministros para que una empresa extranjera pueda adquirir tierras o derechos para explotar minas u otros recursos naturales dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera, es la consideración de que tal actividad redundará en la satisfacción de una necesidad pública. Así como tal apreciación justificó la expedición del decreto supremo de autorización, si posteriormente sobrevienen o se conocen nuevas circunstancias que evidencian que tal necesidad pública ya no es tal o que habría desaparecido, por estarse generando graves conflictos sociales o afectación ambiental en la

zona, este cambio de la situación justifica razonablemente que se deje sin efecto la autorización concedida, derogando el decreto supremo que la otorgó.

70. Adicionalmente, considero que hay algunos aspectos que merecen especial atención para la debida valoración del impacto de estas circunstancias en la desaparición o severa afectación, a nivel general, de la existencia de una necesidad pública del proyecto originalmente aprobado. En primer lugar, tengo entendido que en junio de 2011 funcionarios del Ministerio de Energía y Minas tomaron conocimiento de serios indicios que indicaban que Bear Creek habría adquirido indirectamente las concesiones mineras, antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública.⁵⁶ Esta razón, por si sola, sería suficiente para derogar la declaratoria de necesidad pública y la autorización concedida por el Consejo de Ministros para la adquisición de las concesiones mineras. Pues, de ser cierto, la empresa minera habría incurrido en una conducta flagrantemente transgresora de la Constitución.

71. Pero, aún si no se hubiera tomado conocimiento de estos hechos, las movilizaciones sociales producidas tuvieron intensidad y violencia. Éstas fueron protagonizadas por personas aymaras, que no sólo son mayoritarias en Puno y la zona sur del Perú, sino que constituyen también el grupo étnico claramente predominante en la región colindante de Bolivia. De modo que un conflicto encabezado por esta población no sólo afectaba el área de la frontera peruana, sino que podía extenderse o repercutir en el país vecino, pudiendo comprometer las relaciones políticas entre ambos Estados, así como la seguridad nacional del Perú. Por lo tanto, si la presencia o actividad de la empresa extranjera Bear Creek en la zona de frontera causaba, de alguna forma, una situación de conflictividad o

⁵⁶ Véase Declaración Testimonial de Fernando Gala, 6 de octubre de 2015, párra. 35 [Anexo RWS-001].

de conmoción social crítica, el Estado no podía permanecer indiferente y abstenerse de adoptar las medidas necesarias para restaurar el orden público y la paz social en la zona.

72. Adicionalmente, como se señaló en el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, emitido junto al informe favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para la expedición del Decreto Supremo No. 083, existen diversos acuerdos y convenios bilaterales, suscritos entre el Perú y Bolivia, para la preservación ambiental y aprovechamiento sostenible del Lago Titicaca y su cuenca fluvial. La protección ambiental de estos recursos hídricos, fundamentales para la población y actividades agropecuarias de la región y para ambos países, así como el cumplimiento de estos acuerdos internacionales, podría verse seriamente afectado por la contaminación generada debido a la actividad minera.⁵⁷

73. Por ello el Decreto Supremo No. 032 no sólo derogó el Decreto Supremo No. 083, y con ello la autorización concedida a Bear Creek para la explotación minera en la zona de frontera, sino que incluyó la prohibición de toda actividad minera en dos distritos de la provincia de Chucuito, en Puno. Se trató de una norma de alcance general para la región, por razones sociales y ambientales, y no sólo dirigida contra la empresa Bear Creek. Esta medida se complementó, como ya hemos indicado, con la expedición simultánea de los Decretos Supremos No. 033, 034 y 035, medidas adoptadas para calmar la situación social crítica que se estaba viviendo en Puno.

74. Como expliqué con anterioridad, los extranjeros solo pueden adquirir derechos sobre tierras, minas o recursos naturales dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera, si y solo si existe una necesidad pública que sustente su presencia y actividad dicha

⁵⁷ Véase Opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto de la Declaración de Necesidad Pública de Bear Creek, OF.RE(VSG) No. 2-13-17/43, 26 de septiembre de 2007, p. 2 [Anexo R-105].

zona de frontera. Por lo tanto, si las circunstancias que sustentaban la declaratoria de necesidad pública desaparecen, ya sea por ocurrencias sobrevinientes o por vicios cuya existencia se desconocía al momento de otorgar la autorización, dicha declaratoria de necesidad, y la consiguiente autorización conferida, pueden y deben ser derogada mediante la emisión de otro decreto supremo.

75. En conclusión, el Decreto Supremo No. 032-2011-EM no viola el derecho constitucional peruano, pues no se emitió de manera arbitraria, dado que los hechos que antecedieron su emisión justifican la derogatoria del Decreto Supremo No. 083. Los hechos que habían sustentado la declaración de necesidad pública habían desaparecido, por lo cual fue necesario derogar dicha declaratoria, en función de mantener el orden público y la paz social en una zona particularmente vulnerable como es el área de frontera.

V. LA SENTENCIA DEL JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL, QUE DECLARÓ FUNDADA LA ACCIÓN DE AMPARO INTERPUESTA POR BEAR CREEK, NO CONSTITUYE COSA JUZGADA, POR TRATARSE DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE PRIMERA INSTANCIA QUE FUE OBJETO DE APELACIÓN, Y DE UN PROCESO DEL QUE LUEGO SE DESISTIÓ LA PROPIA EMPRESA DEMANDANTE

76. La empresa Bear Creek, en julio del 2011, interpuso una demanda de Amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios de Energía y Minas y de Defensa, ante el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (expediente N° 13303-2011-0-1801-JR-CI-01).⁵⁸ En ella solicitó, como pretensión principal, que no se le aplique el artículo 1° del Decreto Supremo No. 032, por considerarlo violatorio de los principios de seguridad jurídica, de prohibición de la arbitrariedad y de su derecho a la

⁵⁸ Véase Memorial de la Demandante, párra. 84.

libertad de industria; así como que se reconozca su titularidad de los derechos mineros y se le restituya en el ejercicio de los mismos.⁵⁹

77. Mediante sentencia del 12 de mayo del 2014, el Juzgado declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inaplicable a Bear Creek el artículo 1° del Decreto Supremo No. 032, reconociendo los derechos mineros conferidos por el Decreto Supremo N° 083-200/-EM a la empresa y el ejercicio de los mismos. Esta sentencia de Primera Instancia, fue objeto de apelación de las entidades del Estado ante la Segunda Instancia Judicial. Sin embargo, en dicho escenario, la empresa se desistió de la demanda y abandonó el proceso, optando por recurrir al arbitraje ante el CIADI.⁶⁰

78. Bear Creek, en su Memorial, parece pretender apoyarse en la decisión de este Juzgado para alegar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No. 032. Sin embargo, de una revisión preliminar de la decisión y de la apelación presentada por el Estado, considero que el Estado tenía suficientes argumentos para que la instancia de revisión de la apelación pudiera fallara revocando tal sentencia. a su favor.

79. Así, por ejemplo, debe tenerse en cuenta que la finalidad del proceso de amparo es la protección y el restablecimiento de un derecho constitucional, claro y cierto, que ha sido objeto de una violación o amenaza evidente y manifiesta, cuya acreditación no requiere de complejos debates o apreciaciones sobre hechos ni de la actuación de pruebas. Pues bien, la pretensión principal de la demanda era que no se aplique a la empresa Bear Creek el artículo 1° del Decreto Supremo 032-2011-EM, por considerarlo inconstitucional y violatorio de sus derechos. Pero la acreditación de esta situación, no resulta posible de verificar sin tener que recurrir a un debate y actuación probatoria donde se dilucide la

⁵⁹ Véase Memorial de la Demandante, párra. 84.

⁶⁰ Véase Memorial de la Demandante, párras. 86, 88.

existencia y magnitud de hechos invocados en el decreto supremo para justificar su expedición, tales como la gravedad del conflicto social y la violencia en la zona; la existencia de efectos negativos de la actividad minera cuestionados por la población, que llevaban al gobierno nacional a prohibir el desarrollo de esta actividad en la región; los daños o riesgos producidos por actividades mineras sobre la situación ambiental de la zona; etc.

80. Este tipo de esclarecimientos, sustanciales para emitir un fallo respecto a los fundamentos de la demanda, no corresponde efectuarse a través del amparo, que es un proceso constitucional de carácter residual o excepcional sin etapa probatoria, por lo que resultaba imprescindible acudir a otra vía procesal donde exista una etapa de actuación de pruebas y debate sobre hechos. En efecto, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señala que no será procedente el amparo cuando existan otras vías procesales que resulten igualmente satisfactorias para la protección del derecho.⁶¹

81. En consecuencia, muy probablemente una sentencia judicial de la instancia superior hubiera podido merituar mejor esta situación procesal y declarar improcedente el amparo, disponiendo que correspondía necesariamente que el demandante acuda a la vía judicial idónea.

82. A pesar de los cuestionamientos que pueden formularse a dicha sentencia, en realidad no resultaría necesario realizar un análisis sobre sus fundamentos o sustento constitucional para desvirtuar su eficacia. Y es que la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, es una resolución judicial de primera instancia que, como tal, carece de mérito obligatorio y de efecto jurídico alguno, al no haber adquirido

⁶¹ Véase Código Procesal Constitucional, Ley Nro. 28237, 28 de mayo de 2004 (“Código Procesal Constitucional”) Art. 5. [Anexo R-106] “Causales de improcedencia: No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2 Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.”

la calidad de cosa juzgada, pues contra ella fue interpuesto un recurso de apelación ante la instancia superior, por lo que no había quedado firme ni constituía una decisión final sobre el fondo del proceso.⁶² También porque la propia empresa demandante decidió desistirse del proceso judicial en curso, impidiendo la posibilidad de que recibiera una sentencia de fondo que le ponga término.⁶³

83. Por estas razones, lo dispuesto en la resolución judicial de primera instancia resulta meramente referencial y no es oponible ni exigible al Estado Peruano. La responsabilidad de ello corresponde enteramente a la empresa demandante, que decidió por su propia voluntad desistirse del proceso.

VI. CONCLUSIONES

84. La vigente Constitución Peruana de 1993 establece, como principio del ordenamiento jurídico nacional y derecho fundamental de toda persona, la igualdad de trato ante la ley, proscribiendo también toda forma de discriminación por motivos de cualquier índole, entre ellos el del origen nacional (artículo 2°, inciso 2). En armonía con esta estipulación, el artículo 63° de la Constitución señala que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”; mientras que el artículo 71° de la Carta Política dispone que “en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.”

⁶² Véase Código Procesal Constitucional. Art. 6 [Anexo R-106] “Cosa Juzgada: En los procesos constitucionales sólo adquiere la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

⁶³ Véase Auto desistimiento presentado por Bear Creek que solicita la corte para suspender el juicio de amparo impugnando la emisión del Decreto Supremo 032-2011-EM, 11 de agosto de 2014 [Anexo C-0009]; véase también Memorial de la Demandante, párra. 88

85. No obstante, en el segundo párrafo del referido artículo 71° de la Constitución se contempla expresamente una prohibición especial impuesta a los extranjeros, que consiste en que, dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera, no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder el derecho adquirido en beneficio del Estado. Sin embargo, esta prohibición contempla una excepción, prevista en la misma norma constitucional, que procederá siempre que el Consejo de Ministros declare de necesidad pública la adquisición de derechos o inversión de la persona o empresa extranjera, autorización que será otorgada mediante decreto supremo.

86. La finalidad que persigue esta restricción impuesta por la Constitución, que ha estado contenida en las cuatro Constituciones Peruanas del siglo XX, es contribuir a la preservación de la seguridad nacional, asegurando el mayor y mejor control del Estado respecto a la actividad económica de los extranjeros vinculada a recursos estratégicos, ubicados en las zonas de frontera y sus áreas aledañas. Con ello se busca mantener la normalidad en las relaciones con los estados vecinos, así como el orden público y la paz social a nivel interno, dado que el carácter integral de la seguridad nacional abarca acciones de defensa en los ámbitos exterior e interior. Por ello, sin perjuicio de la finalidad que pudo inspirar a esta norma constitucional en sus orígenes, en la actualidad se interpreta que no se circunscribe a razones de defensa nacional vinculadas únicamente a prevenir el riesgo de una agresión externa, comprendiendo también el resguardo del orden y la defensa al interior del territorio nacional.

87. El otorgamiento de la autorización por parte del Estado, a través de un decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, corresponde a una potestad estatal de tipo

discrecional. Ello implica que el Poder Ejecutivo puede evaluar y decidir libremente, en cada caso concreto, si otorga o no tal autorización, en atención a la adecuación de la adquisición o inversión extranjera a los planes y políticas de desarrollo nacional. No es, pues, que el extranjero tenga el derecho a obtener, en forma automática, la autorización que lo exceptúe de la prohibición prevista en la Constitución. Más bien, lo que tiene es la posibilidad de solicitarla y conseguirla, siempre que el Consejo de Ministros considere que su solicitud satisface y es acorde con una necesidad pública, atendiendo a criterios de conveniencia y oportunidad política y económica para el desarrollo del país y las zonas de frontera.

88. Si bien la inversión extranjera es fundamental para el desarrollo del país, no por ello se puede sostener, basándose en lo señalado en el artículo 13° del decreto legislativo N° 757, “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada” (norma que, por lo demás, es anterior a la vigente Constitución) que cualquier inversión extranjera en actividades productivas en zonas de frontera, califica automáticamente para ser declarada como de necesidad pública. Atribuir genéricamente carácter de necesidad pública a toda inversión extranjera en zonas de frontera, desvirtuaría por completo el sentido discrecional y excepcional que corresponde a la exigencia prevista en el artículo 71° de la Constitución, cuya racionalidad no puede ser otra que reservar a la apreciación y criterio del Consejo de Ministros el análisis de cada caso concreto antes de otorgar la autorización específica para la actividad económica de un extranjero dentro de los cincuenta kilómetros del área de frontera.

89. La prohibición establecida por el artículo 71° de la Constitución, impide que el extranjero pueda adquirir o poseer, bajo cualquier título, en forma directa o indirecta, derechos sobre minas, tierras o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros

de la zona de frontera, mientras no haya obtenido la autorización respectiva del Consejo de Ministros.

90. En consecuencia, de probarse los hechos alegados por la República del Perú respecto a que Bear Creek, mediante algún tipo de acuerdo o simulación concertada con la señora Villavicencio, ejerció en los hechos los atributos propios del titular de las concesiones mineras, con anterioridad a la fecha en que se expedido la declaración de necesidad pública y la autorización respectiva a través del decreto supremo, esta empresa extranjera habría actuado de manera encubierta valiéndose de una persona nacional que fungía formalmente ser la titular de tales derechos. Nos encontraríamos así ante una situación de fraude a la Constitución y la ley, que configura precisamente el supuesto de adquisición o posesión indirecta por parte del extranjero, lo que está expresamente prohibido por el artículo 71° de la Constitución. Esta adquisición o posesión indirecta anticipada, por su carácter fraudulento, supone una flagrante transgresión del referido artículo 71° de la Constitución, lo que habilitaría al Estado a dejar sin efecto la autorización otorgada y a que la empresa pierda, en beneficio del Estado, los derechos adquiridos de esta forma irregular.

91. El Decreto Supremo No. 032-2011-EM, que derogó el Decreto Supremo No. 083-2007-EM, se adecúa a la Constitución y la ley, tanto desde el punto de vista formal como de fondo.

92. El decreto supremo es la norma ordinaria de mayor jerarquía que expide el Poder Ejecutivo, por acuerdo adoptado entre el Presidente de la República y el Consejo de Ministros. Los decretos supremos, normalmente, tienen carácter general y sirven para ejercer la potestad reglamentaria de las leyes o para la expedición de reglamentos autónomos. Sin embargo, pueden darse también casos especiales, contemplados en la Constitución o la ley,

de decretos supremos referidos a un contenido de tipo particular. Este es el caso, por ejemplo, de la exigencia contenida en el Artículo 71° de la Constitución, que manda que sea un decreto supremo, aprobado por el Consejo de Ministros, el instrumento por el que se expida la autorización gubernamental concedida para que una persona o empresa extranjera pueda adquirir derechos sobre tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las zonas de frontera. Es en mérito a esta estipulación constitucional que se expidió el decreto supremo 083, siendo un decreto supremo de contenido particular y no un acto administrativo.

93. Si bien los actos administrativos son decisiones de las entidades de la Administración Pública que resuelven sobre derechos o intereses concretos de los administrados, no debe confundírseles ni equipararlos con un decreto supremo (de contenido atípico) como el que otorga la autorización a la empresa extranjera (en cumplimiento del artículo 71° de la Constitución) por el simple hecho de que este tenga también un contenido particular y no general.

94. Como regla general, el otorgamiento de concesiones o derechos mineros a un particular se efectúa a través de un acto administrativo. Sin embargo, tratándose de su adquisición por un extranjero, respecto a recursos mineros ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, la situación es diferente. En este caso, sólo podrá efectuarse tal adquisición, que se materializará posteriormente en actos administrativos concretos, luego de que el Consejo de Ministros haya autorizado que el extranjero pueda efectuar tal adquisición, por responder a una necesidad pública, determinación que se realiza por medio de un decreto supremo, de contenido particular, y no de un acto administrativo.

95. No debe pues confundirse la naturaleza jurídica que corresponde al decreto supremo, que contiene la autorización en favor de un inversionista extranjero, para que pueda adquirir derechos sobre concesiones mineras dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera , con el acto administrativo específico, posterior y distinto, que hace efectiva tal adquisición. Mientras que el referido decreto supremo, aunque tenga contenido particular y no general, es una decisión discrecional de carácter político, emitida por el Consejo de Ministros en caso que considere que existe una necesidad pública que lo amerite; el acto administrativo concreto ulterior, que será emitido por la autoridad administrativa competente, está destinado a dar cumplimiento a la autorización conferida, de manera previa y separada, a través del decreto supremo.

96. En el ordenamiento constitucional y legal peruano, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa, los decretos supremos, ya sea que se trate de normas de carácter general o que tengan un contenido particular, se dejan sin efecto mediante la derogación. En cambio, los actos administrativos pueden ser objeto de ulterior revocación o declaración de nulidad. En consecuencia, el camino constitucional y legal, válido y adecuado, para dejar sin efecto el Decreto Supremo No. 083, era la derogación y no su revocación o anulación, por lo que, desde el punto de vista formal, el Decreto Supremo No. 032-2011-EM se adecuaba perfectamente a la Constitución y a la ley.

97. Para la expedición de un decreto supremo de contenido derogatorio y de alcance general, característica que corresponde al Decreto Supremo N° 032-2011-EM, no se requiere previamente seguir un procedimiento donde tengan participación, ni sean escuchados o ejerciten defensa, quienes puedan considerarse como interesados o afectados por su

contenido. Tal exigencia, más bien, es propia de los procedimientos administrativos, especialmente en caso de una revocación.

98. Siendo que la existencia de una necesidad pública es el único supuesto que habilita al Consejo de Ministros para aprobar la autorización que habilita a la adquisición de derechos o el desarrollo de inversiones de un extranjero en tierras, minas o recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, el ulterior cambio de estas situaciones o circunstancias, que pongan de manifiesto la desaparición de dicha necesidad pública o la inconveniencia de proseguir con la actividad inicialmente aprobada, justifican que el Estado pueda dejar sin efecto la autorización concedida.

99. Si bien podría considerarse que el Decreto Supremo No. 032-2011-EM, al señalar las causas que motivaron su expedición y la derogación del Decreto Supremo No. 083-2007-EM (que había autorizado a la empresa Bear Creek a adquirir concesiones mineras en la frontera con Bolivia) pudo enunciarlas de manera más explícita o concreta, se aprecia también que en esta norma si se hace referencia a ciertas causas y razones que sustentan su dación, por lo que no puede calificarse a este decreto supremo como una decisión arbitraria o carente de toda motivación.

100. La debida motivación es una exigencia constitucional impuesta para la validez de las sentencias judiciales y resoluciones administrativas, pero incluso de adolecer una norma o decreto supremo de insuficiente claridad en su motivación, ello no afecta su validez ni eficacia.

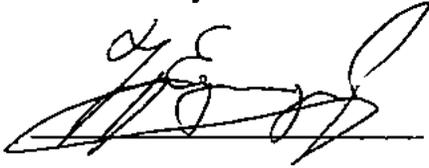
101. El Decreto Supremo No. 032-2011-EM hace referencia a la ocurrencia o conocimiento público de determinados acontecimientos o circunstancias sobrevinientes, que harían desaparecer las razones que sirvieron de base para declarar de necesidad pública la

aprobación de la autorización solicitada por la empresa Bear Creek. También menciona esta norma, en su parte considerativa, como fundamento para su expedición, el deber del Estado de preservar las condiciones ambientales y la paz social imperantes en la zona, siendo que era notoria la existencia de un agudo conflicto social y de movilizaciones violentas de sectores de la población, contrarios al desarrollo de actividades de explotación minera en dicha región.

102. Por estas razones, el Decreto Supremo No. 032-2011-EM es una norma de contenido y alcance general, ya que no sólo derogó el Decreto Supremo No. 083, y con ello la autorización concedida a Bear Creek para la explotación minera en la zona de frontera, sino que también incluyó otras medidas generales, como la prohibición de la extracción informal de minerales en la región, y el desarrollo de toda actividad minera en dos distritos de la provincia de Chucuito, en Puno. Se trató de una medida de alcance general para la zona, fundada en razones sociales y ambientales, y no sólo dirigida contra la empresa Bear Creek.

103. La sentencia judicial favorable que obtuvo la empresa Bear Creek, en el proceso constitucional de amparo que interpuso contra la Presidencia del Consejo de Ministros y los Ministerios de Energía y Minas y de Defensa, donde se declaró que no le sería aplicable el artículo 1° del Decreto Supremo No. 032-2011-EM, y se reconocía la vigencia de sus derechos mineros autorizados por el Decreto Supremo No. 083-2007-EM, carece de eficacia jurídica y no resulta ejecutable ni oponible al Estado Peruano. En primer lugar, porque tal resolución no puso fin al proceso ni constituyó cosa juzgada, ya que se trataba de una sentencia de primera instancia que se encontraba en apelación ante la instancia superior. En segundo lugar, porque estando el proceso en trámite y pendiente de resolución, la propia empresa demandante decidió, bajo su entera responsabilidad, desistirse del proceso y abandonarlo, para recurrir a un arbitraje ante el CIADI.

Esta Opinión se basa en mi experiencia profesional y certifico que su contenido está de acuerdo con mi leal saber y entender.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F. J. Eguiguren Praeli', written over a horizontal line.

Francisco José Eguiguren Praeli

Fecha: 6 de octubre de 2015

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

HOJA DE VIDA (Resumen Ejecutivo)

I.- DATOS PERSONALES:

- NOMBRE: FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI.
- LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO: Miraflores (Lima- Perú), 12 de abril de 1953.
- TELÉFONOS: (51-1) 2267811 – Cel. 999098044.
- E-mail: feguiguren@speedy.com.pe; feguigu@pucp.edu.pe;
feguigurenpraeli@gmail.com
- PROFESIÓN: Abogado; Reg. CAL. N° 7908.
- GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES: Doctor en Humanidades; Magíster en Derecho Constitucional; Abogado; Bachiller en Derecho; todos ellos obtenidos en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ESPECIALIDAD.- Asesor jurídico y consultor, para instituciones internacionales y nacionales, públicas y privadas, en temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Administrativo, Derechos Humanos Administración de Justicia; elaboración y evaluación de proyectos de cooperación internacional.
- OCUPACIÓN ACTUAL: Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú; asesor y consultor jurídico independiente.

II.- ESTUDIOS UNIVERSITARIOS:

- DERECHO: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultades de Estudios Generales Letras y de Derecho (1971-76); obteniendo el grado de BACHILLER

EN DERECHO, el 22 de diciembre de 1977 y el Título Profesional de ABOGADO, el 7 de abril de 1978.

- MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado (1990-92); obteniendo el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, el día 16 de marzo del 2004.
- DOCTORADO: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, obteniendo el Grado Académico de Doctor en Humanidades, el 17 de abril de 2007.

III.- ACTIVIDAD PROFESIONAL Y LABORAL:

3.1.- ACTIVIDAD ACTUAL:

- Asesoría y consultoría jurídica.- Ejercicio del Derecho, como asesor y consultor independiente, brindando servicios a instituciones del Estado y empresas privadas.
- **Pontificia Universidad Católica del Perú:**
 - Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la PUCP: febrero 2005 – junio 2008. Ratificado para los periodos julio 2008 – julio 2011; julio 2011 – julio 2014; ejerciendo actualmente el cargo para el período agosto 2014 – julio 2017.
 - Profesor Principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, ejerciendo docencia en Derecho Constitucional desde 1983 hasta la actualidad.
 - Ex Jefe del Departamento Académico de Derecho de la PUCP: julio 2000 a junio 2002; reelecto para el período julio 2002 a junio 2005.
 - Ex miembro de la Comisión Académica de la PUCP.

3.2.- CARGOS PÚBLICOS EJERCIDOS:

- **Embajador del Perú en el Reino de España**, nombrado mediante Resolución Suprema N° 007-2012-RE, publicada el 20 de enero del 2012; ejerciendo el cargo del 23 de enero del 2012 al 31 de agosto del 2014.

- **Ministro de Estado en el Despacho de Justicia**, designado por el Presidente de la República Ollanta Humala Tasso, ejerciendo el cargo del 28 de julio al 11 de diciembre del 2011; siendo el primer Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el Perú.

3.3.- EXPERIENCIA PROFESIONAL Y LABORAL ANTERIOR:

- **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** Juez Ad hoc designado por el Estado del Perú para el caso “Hermanos Gómez Paquiyauri” (2002 – 2004). Agente Titular del Estado Peruano ante la Corte en diversos casos (Dic. 2000 – Set. 2001).
- **CONSULTOR JURÍDICO, en materia de reforma judicial y derechos humanos, para organizaciones internacionales, agencias de cooperación** técnica y financiera, tales como:

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador: (Dic. 2008 – enero 2009); **Cooperación Técnica Alemana para el Desarrollo – GTZ:** diversas consultorías en el extranjero y el Perú, entre marzo 99 y Enero 2005; **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:** (Bolivia) Set a Dic 1999; y agosto 2004 a mayo 2005; **USAID:** Feb – Mar 2000; y octubre 2000 a septiembre 2001; **Organización Internacional para las Migraciones:** 1988-90.

- **MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERÚ:** Asesor jurídico externo del Despacho Ministerial (diciembre 2000 a julio 2001). Miembro de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 (Dic. 2000 a mayo 2001). Miembro del Comité de Coordinación e integrante de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en el Perú (mayo-junio del 2001).
- **ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA DEL PERÚ:** Director General y Presidente de la Comisión de Reorganización y Gobierno de la AMAG: Febrero 1996 – mayo 1998.
- **COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS:** Director Adjunto y Director Ejecutivo, desde agosto de 1991 hasta enero de 1996. Miembro por el Perú desde enero de 1996 al 2011.
- **DESCO,** Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo: febrero 1977 a julio 1985.

IV.- PARTICIPACIÓN EN SEMINARIOS Y CERTÁMENES ACADÉMICOS

- CERTÁMENES EN EL EXTRANJERO: expositor o participante en 125 seminarios, congresos y conferencias internacionales, o reuniones de expertos realizados en el extranjero.
- CERTÁMENES INTERNACIONALES REALIZADOS EN EL PERÚ: expositor en 56 seminarios, foros y cursos-taller de carácter internacional realizados en el país.
- CERTÁMENES NACIONALES: expositor en más de 600 certámenes académicos realizados en el país.

V.- PUBLICACIONES:

- **Libros:** autor o coautor de los siguientes libros:
 1. "Constitución: ¿qué y para qué?: MARCIAL RUBIO, CESAR LUNA VICTORIA, FRANCISCO EGUIGUREN. DESCO, 152 PP. (1978).
 2. "Experiencias de promoción del Desarrollo y Organización Popular": FRANCISCO EGUIGUREN y otros. DESCO, 136 pp. (1984).
 3. "Los sucesos de los penales: Nueva abdicación de la autoridad democrática - un enfoque jurídico": CARLOS CHIPOCO, FRANCISCO EGUIGUREN Y MIGUEL TALAVERA; IDL, 118 pp. (1986).
 4. "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. 11 estudios interpretativos": FRANCISCO EGUIGUREN (Director) 782 pp. Cultural Cusco SA (1987).
 5. "Los retos de una democracia insuficiente: diez años de régimen constitucional en el Perú (1980-1990): FRANCISCO EGUIGUREN; Comisión Andina de Juristas. 276 pp. (1990).
 6. "Violencia estructural en el Perú: Derecho": FRANCISCO EGUIGUREN, WALTER ALBÁN Y SAMUEL ABAD: Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz - APEP (diciembre de 1990).
 7. "¿Qué hacer con el sistema judicial?"; FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI; Agenda Perú (Lima, oct. 1999).

8. “Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa”; FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI; CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer; Buenos Aires (Argentina); septiembre del 2000; 333 Págs.
9. “La Reforma Judicial en la Región Andina: qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos”; Comisión Andina de Juristas; Francisco Eguiguren, coordinador de la investigación; Lima (diciembre del 2000); 325 Págs.
10. “Estudios Constitucionales”: ARA Editores; mayo 2002; 558 Págs.
11. “Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial. Propuesta para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”: FRANCISCO EGUIGUREN (Coordinador); Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial; Lima; julio 2002; 392 Págs.
12. “Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente”; Samuel Abad, Jorge Danós, Francisco Eguiguren, Domingo García Belaunde, Juan Monroy, Arsenio Oré; PALESTRA Editores; (Nov. 2003); 184 Págs.
13. “La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos”; Palestra Editores; Lima, mayo 2004; 282 Págs.
14. “Código Procesal Constitucional: Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico”: Samuel Abad, Jorge Danós, Francisco Eguiguren, Domingo García Belaunde, Juan Monroy, Arsenio Oré; Palestra Editores; Lima, agosto 2004; 486 Págs (Segunda edición).
15. Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio, Exposición de Motivos, dictámenes e índice analítico”: Samuel Abad, Jorge Danós, Francisco Eguiguren, Domingo García Belaunde, Juan Monroy, Arsenio Oré; Palestra Editores; Lima, julio 2005; 532 Págs (Segunda edición actualizada).
16. “La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Set. 2007; 270 Págs.
17. Código Procesal Constitucional: Estudio Introdutoria, Exposición de Motivos, dictámenes e índice analítico”: Samuel Abad, Jorge Danós, Francisco Eguiguren, Domingo García Belaunde, Juan Monroy, Arsenio Oré; Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales; Lima, febrero 2008; 532 Págs (Tercera edición).

18. "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución". Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli, Enrique Bernales Ballesteros; Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial; Lima, junio 2010; 828 Págs.

- **Estudios y ensayos:** autor de 129 trabajos publicados en libros y revistas académicas, nacionales y extranjeras, sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, administración de justicia, derechos humanos, derechos fundamentales, régimen político e instituciones democráticas.

VI.- PERTENENCIA A INSTITUCIONES ACADÉMICAS, PROFESIONALES Y SOCIALES

- Instituciones internacionales:

- Comisión Andina de Juristas (miembro por el Perú de 1996 al 2011).
- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.
- Academia Internacional de Derecho Comparado (Francia).

- Instituciones nacionales académicas, profesionales y sociales:

- Asociación Peruana de Derecho Constitucional: Miembro Fundador y Presidente desde 2005 hasta julio 2013.
- Ilustre Colegio de Abogados de Lima: miembro de la Orden desde 1978.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana: miembro desde 1987.
- Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa: Profesor Principal Honorario, desde 1991.
- Club de Regatas Lima: socio desde 1995.

- Universidad César Vallejo de Trujillo: Profesor Honorario, desde noviembre de 1997.
- Asociación Civil TRANSPARENCIA, miembro desde 1999.
- Universidad Inca Garcilaso de la Vega: Profesor Honorario desde el 12 de julio 2001.
- Colegio de Abogados de Arequipa: Miembro Honorario de la Orden, desde el 24 de setiembre del 2005.
- Universidad Católica de Santa María, Arequipa: Profesor Visitante desde el 18 de setiembre del 2008.

- Membresía en publicaciones académicas:

- Publicaciones académicas internacionales: Miembro del Consejo Editorial del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (CIEDLA – Fundación Konrad Adenauer); del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del Instituto de Estudios Constitucionales de España; de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.
- Director de la Revista “Pensamiento Constitucional”, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde el 2005).
- Miembro del Consejo Consultivo de las Revistas “Ius et Veritas” y “THEMIS”, de la Facultad de Derecho de la PUCP. De las Revistas Palestra del Tribunal Constitucional y Jus Constitucional.