

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# Develando las deficiencias en el contraproducente decreto legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias (Decreto Legislativo N.º 1100)

Revealing the deficiencies in the counterproductive legislative decree that regulates the interdiction of illegal mining throughout the Republic and establishes complementary measures (Legislative Decree No. 1100)

*José Torres Rivero*<sup>1</sup>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0009-9997-3390>

[jose.torres44@unmsm.edu.pe](mailto:jose.torres44@unmsm.edu.pe)

Presentado: 15/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

### Resumen

En el presente artículo se cuestiona el Decreto Legislativo N.º 1100, que es una herramienta legal que constituye un cándido e inocente intento por luchar contra la minería ilegal en nuestro país, un mal que viene azotando al Perú desde varias décadas, tanto desde el punto de vista ambiental, sanitario, como económico, que pone en franco riesgo al futuro de nuestro país. Sin embargo, se considera que severidad no es lo mismo que eficacia, y lastimosamente, esta norma, además de no tener eficacia en cuanto a su propósito, resulta inconstitucional, lesiva y contraproducente, pues es fuente potencial de castigos injustos a empresarios honestos, beneficiando a los deshonestos, quienes encuentran mayor justificación para minimizar su responsabilidad "mimetizándose" con los honestos, lo cual desincentiva totalmente la actividad empresarial lícita, tan urgente en nuestro país.

**Palabras clave:** minería ilegal, decomiso, Constitución, derechos constitucionales, injusticia.

**Abstract**

This article questions Legislative Decree No. 1100, which is a legal tool that constitutes a candid and innocent attempt to fight against illegal mining in our country, an evil that has been plaguing Peru for several decades, from an environmental, health, and economic point of view, which puts the future of our country at clear risk. However, it is considered that severity is not the same as effectiveness, and unfortunately, this norm, in addition to not being effective in terms of its purpose, is unconstitutional, harmful and counterproductive, since it is a potential source of unfair punishments for honest businessmen, benefiting to the dishonest, who find greater justification for minimizing their responsibility by “blundering” with the honest, which totally discourages legal business activity, so urgent in our country.

**Keywords:** illegal mining, confiscation, Constitution, constitutional rights, injustice.

---

“El camino del infierno está empedrado de buenas intenciones”, dice Alighieri, el cual resulta pertinente al desarrollo del presente documento, en el que se muestra un pequeño análisis respecto de la problemática generada con ocasión de la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1100 del 18 de febrero de 2012, esto es, hace más de diez años.

El mencionado decreto legislativo mantiene vigencia, no obstante, sus carencias y cuestionamientos sólidos, por lo que en este trabajo advertiremos la peligrosidad del referido decreto en atención a que, con su sola promulgación, se ha dado rienda suelta a una suerte de “cacería de brujas” como se expondrá a continuación.

**Antecedentes**

El decreto en cuestión se dio en una coyuntura reciente, la cual tiene como un rasgo característico – desde el punto de vista jurídico - el fenómeno denominado “administrativización del Derecho penal”, fenómeno que, en resumidas cuentas, se manifiesta por cuanto hoy en día el Derecho penal se muestra como una disciplina creciente, con más y más delitos tipificados, lo que equivale a decir que cada vez son más las conductas no deseadas que resultan pasibles de sanción penal por el Estado.

En efecto, tenemos una serie de conductas que, si bien siempre – o usualmente – han sido catalogadas como no deseadas por nuestro ordenamiento jurídico, antes solamente eran sancionadas administrativamente, con las correspondientes consecuencias: multas, comisos, revocación de licencias, entre otras, mientras que hoy en día han “ascendido” al rango de conductas sancionables desde el punto de vista penal. En castellano simple, conductas cuya comisión podría acarrear las consecuencias propias de un delito: un ejemplo típico lo tenemos en la conducta consistente en manejar en estado

de ebriedad. Anteriormente, el Derecho penal se mostraba distante frente a tales conductas – a menos, claro, que haya consecuencias concretas y lesivas de determinado bien jurídico, como por ejemplo el causar lesiones como consecuencia de la conducción en estado etílico; empero, actualmente no se requiere de la lesión directa y concreta para que este tipo de conductas, anteriormente sancionables administrativamente, lo sean penalmente.

Una de esas conductas es, precisamente, la minería ilegal, catalogada como “un grave problema para el Perú (Ugaz & Ugaz, 2017, p. 148), la cual constituye un tipo relativamente novedoso, que en nuestro país ha asumido cierto protagonismo toda vez que la propia minería, tal cual lo señala San Martín, “se posiciona como una de las principales actividades para el crecimiento económico del Perú” (2022, p. 17), afirmación que guarda plena concordancia con la vertida por Prado en cuanto señala que “el Perú está históricamente conectado con el quehacer minero” (2017, p. 185). Vale precisar que fue introducido como tal en nuestro Código Penal mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1102, el cual fue publicado el 29 de febrero de 2012, no estando demás mencionar que fue modificado mediante Decreto Legislativo N.º 1351 publicado el 07 de enero de 2017, decreto que le dio su texto actual. No está demás remarcar que la tipificación de este delito no está exenta de cuestionamientos, al extremo de haber sido calificada, inclusive, de “imprecisa” (Baldeón, 2016, p. 750).

El carácter novedoso de este tipo de delitos obedece a diversas razones, dentro de las cuales cabe mencionar dos (sin perjuicio de otras que hayan sido advertidas por profesionales del Derecho y otras que pudieran ser advertidas o descubiertas con el devenir del tiempo): la primera de ellas, consistente en los avances tecnológicos. Cabe precisar que esta circunstancia juega en ambos sentidos: sirve como herramienta a ser utilizada por el potencial infractor al momento de diseñar estrategias y ejecutarlas a fin de poder maximizar sus utilidades en detrimento del ambiente, y, a su vez, una herramienta a ser utilizada por el propio Estado a fin de tener mayor capacidad de detección de este tipo de conductas; y, la una segunda razón se refiere a la reciente preocupación que viene tomando de cara a la depredación del ambiente y sus efectos, el cual, pasó primigeniamente por un rechazo ético y sanitario, como resulta obvio, para pasar por un rechazo, inclusive, de connotaciones económicas, que viene siendo estudiado por disciplinas como el análisis económico del Derecho. No es novedad para nadie que la pendiente en la curva de contaminación se encuentra incrementándose de forma exponencial, debida y precisamente, a diversas circunstancias, tales como la revolución industrial y la superpoblación que deriva, a fin de cuentas, en una enorme demanda de bienes y servicios que en la actualidad se han vuelto indispensables. Desde el “primitivo” detergente, pasando por la explotación del oro para fines de industria o lujo, y terminando, inclusive, en aspectos

nucleares, los cuales a la postre podrán ser aprovechados, tanto a brindar la energía necesaria para el desarrollo de personas, sociedades y naciones enteras, como lastimosamente para fines nefastos de diplomacia disuasiva y coerción con efectos bélicos y la destrucción que ello conlleva.

El Perú no ha sido la excepción en cuanto se ha perfilado como un país que, acorde con la tendencia internacional, ha desarrollado más y más herramientas a fin de procurar combatir, en lo posible, determinadas actividades predatorias de nuestro ambiente, actividades dentro de las cuales calza, efectivamente, la minería ilegal. Una clase de tales herramientas de combate resulta, precisamente, las herramientas legales.

Retomando el tema de la administrativización del Derecho penal, tenemos, en cuanto a la minería ilegal – se remarca el carácter de ilegal, toda vez que “la minería en sí no es que constituye un tipo penal actualmente integrante del capítulo denominado “delitos de contaminación”, capítulo que a su vez integra el título denominado “delitos ambientales”, que en su contenido a la fecha ha sufrido numerosas modificaciones, que, lastimosamente, más allá de revelar una constante preocupación por salvaguardar a tan importante y preciado bien jurídico, develan frecuentes desaciertos al momento de legislar.

Acerca de la herramienta legal cuestionada.

Una de las herramientas legales diseñada por el Estado peruano a fin de combatir la minería ilegal es, precisamente, el cuestionado decreto. Entonces, ¿por qué cuestionar un decreto que tiene por propósito castigar severamente a los infractores en procura de evitar mayores menoscabos a un bien jurídico indispensable para nuestra subsistencia, no sólo como personas, sino como especie? La respuesta radica en que muchas veces y de forma muy peculiar las herramientas legales tienen los efectos contrarios a los deseados, lo que amerita analizar el referido decreto.

Un ejemplo práctico.

Imaginemos una empresa llamada “INOCENTE S.A.C.” que se dedica esencialmente al alquiler de equipos de maquinaria. En ese sentido, para poder realizar las actividades acordes con su rubro alquila, de forma usual, maquinarias de su propiedad, las cuales pone a disposición de las empresas que deseen utilizarlas para que realicen, a su vez, las actividades propias de sus correspondientes giros. En un desarrollo absolutamente normal de sus funciones como empresa celebran con una empresa llamada “ARRENDATARIA S.A.C.” un contrato de arrendamiento de equipos, mediante el cual se comprometen a alquilar una maquinaria de su propiedad, poniendo a disposición de su contraparte contractual al operador de tal equipo a

cambio de una contraprestación económica. Cabe enfatizar que dicha contraprestación es absolutamente acorde a Ley.

Ahora bien, podría ser que ARRENDATARIA S.A.C. tenga la intención de destinar el bien arrendado a fines ilícitos, más precisamente, a la minería ilegal. En ese orden de ideas, resulta perfectamente posible – remarcamos: perfecta, no remotamente – que el destino ilegal del uso de la maquinaria arrendada sea completamente desconocido, tanto por los representantes de INOCENTE S.A.C., quienes tuvieron a bien suscribir el mencionado contrato, el cual contenía un objeto lícito, como por el operador del caso.

Sin embargo, en aras de combatir indiscriminadamente a la minería ilegal, debemos tener en cuenta que el referido decreto básicamente permite las denominadas “acciones de interdicción” que, entre otras, permite el decomiso de todo bien que se encuentre realizando actividades de minería ilegal, sin un proceso penal previo, ni siquiera la emisión de una medida cautelar: se decomisa “porque sí”, bastando la sola ubicación del referido bien dentro de una zona donde presumiblemente se vendría realizando la actividad minera ilegal.

Está demás precisar que en tal situación se debe formalizar la denuncia del caso dándose inicio a un proceso penal que tenga por finalidad, precisamente, el esclarecimiento de los hechos y la posterior y consecuente declaración de la existencia o no de un delito, la identificación de los responsables y la aplicación de las penas correspondientes, de ser el caso, pues “es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal” (San Martín, 2020, p. 42), conclusión que no se condice con lo dispuesto en la norma cuestionada.

Una sucinta revisión de la norma cuestionada.

En efecto, la precitada norma prescribe lo siguiente, en su artículo 7º:

*“Artículo 7.- Acciones de interdicción*

*El Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y la Dirección General de Capitanía y Guardacostas - DICAPI, bajo el ámbito de sus competencias, realizarán a partir de recibida la relación detallada a que se refiere el artículo 6 del presente Decreto Legislativo, las acciones de interdicción siguientes:*

*7.1 Decomiso de los bienes, maquinaria, equipos e insumos prohibidos, así como los utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales conforme al presente Decreto Legislativo; los mismos que serán puestos a disposición del Gobierno Nacional. (...)*

*Las acciones de interdicción establecidas en el presente artículo serán activadas por el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú. Adicionalmente, podrán solicitarlo los Procuradores Públicos de los Ministerios de Energía y Minas o del Ambiente, el Procurador Público Regional o el Procurador Público de la respectiva Municipalidad provincial o distrital.*

*La ejecución de estas acciones de interdicción se realiza con la presencia del representante del Ministerio Público, quien levantará el acta respectiva con indicación de los medios probatorios correspondientes, pudiendo ser medios filmicos o fotográficos; así como la descripción de las circunstancias que determinaron la aplicación de las acciones previstas anteriormente.*

*Dichas acciones de interdicción se realizan sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar y que están destinadas a preservar el cuidado de bienes jurídicos protegidos por el Estado y afectados por el desarrollo de actividades ilegales (el énfasis es nuestro)."*

Errores conceptuales.

Sin perjuicio de la indicación al proceso penal que forzosamente deberá iniciarse, en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico, la norma materia del presente análisis resulta lesiva, inclusive, a algunos de nuestros derechos fundamentales por irregularidades en cuanto a su redacción y en su propia concepción, según el siguiente detalle:

- a. Tal cual se citó a la norma en cuestión, tenemos que en ella se dispone el decomiso de todos los bienes utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales. Sin embargo, tenemos que no es factible determinar a ciencia cierta si las actividades mineras del caso serían, efectivamente, ilegales, pues precisamente ello será determinado en el proceso penal del caso. ¿Cómo es que la autoridad va a determinar la condición de ilegal de una actividad minera si es que aún no hay un pronunciamiento de parte de la autoridad que así lo reconozca o disponga, y como consecuencia de ello, sancione a los responsables?
- b. Aún en el supuesto de que las autoridades confirmen, en el ejemplo del caso, que la maquinaria de propiedad de INOCENTE S.A.C. haya sido utilizada por terceros para el ejercicio de minería ilegal y emitan la sentencia condenatoria contra los responsables del caso, debemos enfatizar que cabe perfectamente la posibilidad de que no se emita sentencia condenatoria respecto del representante

de la mencionada empresa ni del operador que fue puesto en disposición en virtud del referido contrato, pues, en el peor de los casos, solamente se les habría incluido en el referido proceso penal por haber celebrado un contrato absolutamente lícito ofreciendo su maquinaria para ser utilizada y poniendo a disposición de su contraparte a su operador para que pudiera hacer uso de dicha maquinaria. En otras palabras, de confirmarse la hipótesis de tratarse de un caso de minería ilegal, no debería ser de extrañeza que la referida empresa, su representante y su trabajador (el operador), al igual que el Estado en las situaciones de minería ilegal, devengan en víctimas, pudiendo tener la oportunidad de demostrar en el proceso penal que habrían sido engañados al haberseles ocultado deliberadamente que el uso que se le habría de dar a su maquinaria sería contrario a las disposiciones normativas.

- c. Por otra parte, en estos casos es frecuente que el número de potenciales inculpados sea alto, lo que eleva el número de actuaciones procesales, dando pie a que los mencionados inculpados puedan ser decenas e, inclusive, cientos, circunstancia que ata de manos y pies a la potencial víctima del decomiso en lo referente a procurar la indemnización frente a los daños y perjuicios generados como consecuencia de la aplicación del cuestionado decreto legislativo: más allá de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haberseles inmerso de forma indebida en un proceso judicial – la sola inmersión en un proceso judicial, máxime de naturaleza penal, constituye un franco daño considerando la preocupación, la zozobra, la angustia, el tiempo invertido en tener que ordenar la documentación del caso, los honorarios profesionales de los abogados, de ser el caso, etc. – nacen los daños y perjuicios generados como consecuencia de la desposesión arbitraria de un bien de su propiedad, cuyo uso bien podría ser el sustento mismo de la propia empresa. Por supuesto que luego la empresa tendría el derecho legítimo de reclamar contra los verdaderos responsables, esto es, los sentenciados en el proceso penal del caso. Sin embargo, dada la situación mencionada anteriormente – número usualmente alto de coprocesados -, sumada a la de la complejidad de este tipo de situaciones, la vasta actividad investigatoria y probatoria, probables dificultades en términos geográficos, gran número de autoridades competentes para emitir diversos tipos de autorizaciones o permisos (MINAM, MINEM, OEFA, Ministerio de Cultura, SERFOR, entre otros), el enorme dinamismo y carácter efímero propio de las normas destinadas a regular este tipo de instituciones, tanto desde un enfoque penal como administrativo, entre otras, incrementan enormemente y lógicamente el lapso que

transcurre desde la realización de estas actividades de interdicción hasta una dilucidación indubitable que permita esclarecer quién o quiénes serían los verdaderos e incuestionables responsables, ya sea civil, penal y/o administrativamente. Esto hace que mientras dure el proceso penal, en nuestro caso, INOCENTE S.A.C. ni siquiera podría dar inicio a las acciones destinadas a procurar una suerte de indemnización contra los responsables, precisamente, porque no está en condiciones de saber quiénes son dichos responsables. Solamente les resta la potestad de reservarse el derecho a ejercer las acciones legales contra quienes sean determinados como auténticos responsables – sin mencionar que el propio Estado podría verse en la obligación de responder por los “platos rotos” en caso de que, luego del proceso penal, se determine que en el caso en concreto no hubo actividades de minería ilegal. Vemos, pues, que este decreto no solamente pone en riesgo a los potenciales dueños de los bienes potenciamente factibles de decomiso, sino al propio Estado en caso de determinarse la ausencia de delito.

- d. La situación comentada no ha sido prevista en lo absoluto en el Decreto Legislativo N.º 1100, el cual vulnera directamente los derechos, no sólo de las personas o empresas directamente involucradas, sino de la sociedad en general. De hecho, la emisión de la referida norma se ha dado de forma desordenada, incompleta y contraviene flagrantemente a la Constitución, toda vez que el decomiso es una figura restrictiva del *derecho de propiedad* que debe reunir ciertos requisitos y seguir un determinado proceso para que pueda ser considerada acorde a la Constitución y al ordenamiento jurídico. En efecto, ya existe una norma que contempla la figura de la pérdida de dominio. Esta norma es el Decreto Legislativo N.º 1104 – Decreto Legislativo que Modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio –, el cual prescribe lo siguiente:

*“Artículo 1º.- Objeto*

*El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio (...).*

*Artículo 2º.- Concepto y ámbito de aplicación*

*2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado **por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.***

2.2. *Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: (...) **minería ilegal** y otros (...) (el énfasis es nuestro)*”.

De ello tenemos que la referida norma exige la emisión de una sentencia emitida por juez y la preexistencia de un debido proceso para que se dé alguna restricción respecto del derecho a la propiedad de alguno de los bienes que hayan sido utilizados para realizar actividades que constituyan minería ilegal. Sin embargo y a pesar de lo indicado, es menester transcribir el artículo 4º del propio dispositivo legal:

*“Artículo 4º.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio*

*La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del presente Decreto Legislativo y cuando concurran alguno o algunos de los siguientes supuestos:*

*a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.*

*b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.*

*c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.*

*d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.*

*En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.*

De la lectura de la norma transcrita tenemos que solamente se puede restringir el derecho a la propiedad si es que se da alguno de los cuatro supuestos descritos con anterioridad. En nuestro caso hipotético, no se ha dado ninguno. Por otra parte, además de vulnerar indebidamente derechos constitucionales – como lo desarrollaremos posteriormente –, contraviene a los artículos 102º y 103º del Código Penal, en cuanto prescriben lo siguiente:

*“Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito*

***El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito (...). El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado (...).***

*Artículo 103.- Proporcionalidad*

*Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, **no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal** podrá el Juez **no decretar el decomiso** o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente (el énfasis es nuestro)”.*

Vemos, entonces, que la norma correspondiente y la única a aplicarse en lo referido al decomiso como medida restrictiva del derecho de propiedad respecto de bienes que hayan podido ser utilizados para efectos de minería ilegal es el Código Penal, y este cuerpo normativo:

- Exige que el decomiso de los referidos bienes sea resuelto por el juez, situación que no se condice con el decreto cuestionado por cuanto tal autoridad no figura en dicho instrumento legal.
- Exige una valoración para determinar si los bienes materia de eventual decomiso son o no de ilícito comercio y que su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Esta condición tampoco es respetada en el decreto cuestionado.

Por las razones expuestas tenemos un decreto legislativo de redacción improvisada, incompleto en cuanto a su implementación, sus efectos y sus alcances, que en un afán cándido por combatir la minería ilegal, es potencial fuente de daños contra personas inocentes, resultando inconstitucional por menoscabar de forma arbitraria y desproporcionada diversos derechos fundamentales, además de contravenir otras normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Vulneración directa de derechos constitucionales.

Por otra parte, es menester mencionar la vulneración de los siguientes derechos, en atención a lo dispuesto en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional:

### **1. DERECHO DE PROPIEDAD.**

Evidentemente al abrir la posibilidad de decomiso de maquinaria únicamente en aplicación de la norma inconstitucional advertida y solamente

por un eventual caso de minería ilegal que podría estarse ventilando sin pronunciamiento de parte de la autoridad competente, se vulnera abiertamente el *derecho de propiedad* - en el presente caso, el de INOCENTE S.A.C. - vulneración que advertimos en este extremo según lo dispuesto en el inciso 14) del referido artículo y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 16º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

En nuestro ordenamiento jurídico, la propiedad se encuentra definida en el artículo 923º del Código Civil, que prescribe lo siguiente:

*“La propiedad es el poder jurídico que permite **usar, disfrutar, disponer** y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (el énfasis es nuestro).”*

De lo expuesto, tenemos como consecuencia del decomiso arbitrario dispuesto como consecuencia de la aplicación de la norma inconstitucional materia del presente, se estaría privando del uso, disfrute y disposición de la maquinaria del caso, situación que adquiere especial relevancia toda vez que, como lo hemos indicado, la empresa podría ser una empresa de dedicada esencialmente al alquiler de este tipo de maquinarias – objeto lícito -, y no solamente se le está privando de su derecho legítimo de hacer uso del referido bien en calidad de propietarios, sino de explotarlo económicamente, por medio, precisamente, de la celebración de contratos de alquiler que constituyan su principal fuente de ingresos como empresa.

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17º, prescribe lo siguiente:

*“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*

*2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (el énfasis es nuestro).”*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21º, prescribe lo siguiente:

*“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada*

*1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

*2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...) (el énfasis es nuestro).”*

Ahora bien, no hay duda en cuanto al derecho a la propiedad tiene sus límites, los cuales están plasmados en las normas descritas anteriormente (el interés social y los límites de la ley), por lo que hay casos en los que puede haber privaciones en cuanto a este derecho. Sin embargo, al respecto es menester indicar que nuestro ordenamiento prevé situaciones en las cuales es posible la privación del derecho de propiedad respecto de bienes potencialmente utilizados para fines ilícitos aún en casos que sean propiedad de terceros, privación que se da mediante las denominadas “medidas de coerción reales”, dentro de las cuales figura, precisamente, el decomiso. Sin embargo, debemos indicar que la norma cuya inconstitucionalidad advertimos por medio del presente contraviene abiertamente a la figura del decomiso indicada líneas arriba, tergiversando totalmente su significación y alcances y menoscabando otros derechos constitucionales, como lo desarrollaremos a continuación.

## 2. DERECHO DE TUTELA PROCESAL EFECTIVA

El decomiso realizado en virtud de la norma cuya inconstitucionalidad advertimos por medio del presente también vulnera el *derecho de tutela procesal efectiva*, contemplado en el inciso 18) del artículo 44º del Código Procesal Constitucional, en los términos siguientes:

- a. Sin perjuicio del desarrollo doctrinario al respecto, el cual resulta vasto, una aproximación al *derecho de tutela procesal efectiva* la encontramos en la definición contenida en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe lo siguiente:

*“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, **de defensa, al contradictorio** e igualdad sustancial en el proceso (...) (el énfasis es nuestro).”*

Dicho ello, tenemos que el *derecho de defensa* y de *contradicción* son elementos esenciales del Derecho de tutela procesal efectiva, de modo que, si no se respetan aquellos derechos, se da una evidente vulneración a este último.

- b. En ese sentido, las restricciones al derecho constitucional a la propiedad deben darse en el marco de un proceso que garantice al perjudicado su *derecho a defensa* y a *contradicción*, de modo que tales restricciones no se den de forma arbitraria y vulnerando los demás derechos de las personas. Es por ello que nuestro ordenamiento prevé una serie de mecanismos destinados a combatir la minería ilegal que pueden ser restrictivos del derecho de propiedad, pero

siempre garantizando el derecho a la tutela procesal efectiva, esto es, respetando, entre otros, los derechos de defensa y contradicción del potencial afectado. Tales mecanismos se encuentran materializados en el Código Penal y en el Decreto Legislativo N.º 1104, debiendo enfatizar que en ambos instrumentos hasta cierto punto hay respeto a los *derechos de defensa y contradicción* que integran *la tutela procesal efectiva*, muy contrariamente al Decreto Legislativo N.º 1100, según lo comentamos a continuación:

- La restricción a la propiedad contenida en la *medida de coerción real* del *decomiso* del artículo 102º del Código Penal se debe dar siempre de forma posterior a un análisis por parte de la autoridad competente – el juez –, dentro de un proceso y mediante una resolución que permite, a la parte afectada, ejercer su derecho de defensa y contradicción por medio de los recursos impugnativos u otros, ya sea apelación, nulidad, oposición, etc. El Decreto Legislativo N.º 1100 no brinda a la parte afectada la oportunidad de cuestionar la privación del ejercicio de su derecho de propiedad, toda vez que simplemente, frente a situaciones objetivas de hecho, dispone la restricción de derechos fundamentales de las personas sin que éstas tengan la opción de cuestionar las mencionadas restricciones, pues estas no se dan en un proceso judicial o un procedimiento administrativo. Tan solo dispone el traslado del dominio de la propiedad a la esfera del Estado fuera de un proceso, lo que lesiona flagrantemente el derecho invocado en este extremo.
- La otra vía legítima de restricción del derecho de propiedad, esto es, la *pérdida de dominio* contemplada en el Decreto Legislativo N.º 1104. Esta restricción al derecho de propiedad también se da dentro de un proceso, el cual tiene sus propias condiciones y modo de tramitación, de modo que el afectado también tiene las herramientas para poder hacer su ejercicio de defensa en caso considere que no debe privársele de su derecho de propiedad (recurso de apelación, nulidad, etc.).
- No está demás mencionar a las *medidas cautelares* como potenciales medios legítimos de restricción del *derecho de propiedad* en determinados casos, inclusive antes de la condena a los potenciales infractores. Sin embargo, nuevamente debemos indicar que, aún en estos casos, las medidas cautelares requieren de cierto análisis previo por parte de la autoridad competente, análisis que trasciende a la mera constatación de la presencia de vehículos en determinadas zonas, el cual debe pasar por filtros de verosimilitud, peligro en la demora en la

emisión del pronunciamiento final u otros, que concluye en una resolución de parte de la autoridad competente que, insistimos, es factible de cuestionamientos, llámese impugnaciones u otros, además de otras herramientas como la contracautela, la caución juratoria u otros, que permiten al administrado intentar revertir los efectos restrictivos respecto de su derecho de propiedad.

De lo expuesto, tenemos que el decreto legislativo en cuestión dispone medidas restrictivas del *derecho de propiedad* que no se dan en procesos que garanticen a los perjudicados el ejercicio de los *derechos de defensa* y de *contradicción*.

### 3. DERECHO A CONTRATAR CON FINES LÍCITOS,

Según el inciso 28) del referido artículo y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 14º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, con la arbitraria e inconstitucional restricción al *derecho de propiedad* dispuesta por el decreto legislativo cuestionado, también se estaría vulnerando el *derecho a contratar con fines lícitos* en los siguientes términos:

- a. Se abre las puertas a poder sancionar a un inocente con el decomiso de la maquinaria de su propiedad en virtud de un operativo de interdicción contra la minería ilegal dispuesto en virtud del Decreto Legislativo N.º 1100.
- b. Dicho decomiso podría haberse dado solamente por haberse encontrado maquinaria localizada en territorio en el que supuestamente se encontraba prohibida la minería. Debemos indicar que el referido decreto inconstitucional no exige a las autoridades del caso – Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, etc. – verificar fehacientemente que efectivamente la actividad del caso haya constituido en minería ilegal, pues ello sería dilucidado en el proceso penal advertido.

### Conclusión

En síntesis, estamos frente a un decreto legislativo que, por desgracia, tiene vigencia a la fecha. En ese sentido, se reafirma la necesidad de emitir normas que, más que pasión, estén dotadas de técnica legislativa. Ningún ciudadano de a pie estaría de acuerdo con justificar una actividad tan nefasta y lesiva como lo es la minería ilegal, pues, en palabras de Peña Cabrera, “es un deber de todos la conservación y protección del medio ambiente en todos sus niveles” (2017, p. 33), pero ello no debe ser materia de justificación para la emisión de normas que, si bien pueden ser producto y consecuencia de un buen propósito, resultan, a la postre exponencialmente perjudiciales. Perjudiciales por cuanto ponen en peligro los intereses legítimos de comerciantes

honestos que pretenden realizar actividades económicas absolutamente válidas y lícitas; perjudiciales por cuanto el riesgo advertido líneas arriba es una potencial herramienta para que los empresarios inescrupulosos, los verdaderos culpables y responsables de los daños ambientales, asuman el papel de víctimas que legítimamente le corresponde a los empresarios honestos; perjudiciales por cuanto desincentivan a éstos a realizar actividades económicas sanas con los beneficios que ello conlleva, tal cual lo indica Arias al manifestar que con su actividad, la empresa mercantil “genera riqueza o un valor agregado” (2015, p. 22) y perjudicial por cuanto expone al propio Estado a incrementar de forma innecesaria su carga procesal y a verse potencialmente involucrado en un sinnúmero de demandas de indemnización por daños y perjuicios e, inclusive, en procesos internacionales frente a las vulneraciones advertidas a los derechos constitucionales de las personas.

### Referencias bibliográficas

- Arias, R. (2015). *Derecho corporativo empresarial*. Grupo Editorial Patria.
- Baldeón, J. (2016). *Tratado de Derecho minero peruano*. Jurista Editores.
- Peña Cabrera, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente*. Instituto Pacífico.
- Prado, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. 2ª ed. Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- San Martín, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ugaz, J. & Ugaz, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### Notas al final

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (UNSA) – magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) – doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú – docente de Derecho en la Universidad Privada del Norte (UPN).