



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

VINCULACIÓN DE DOMINIO DE LOS RECURSOS MINERALES EN EL PERÚ

Tim Vela-Arrieta

Piura, mayo de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Vela, T. (2017). *Vinculación de dominio de los recursos minerales en el Perú* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

TIM ADRIANO VELA ARRIETA

**VINCULACIÓN DE DOMINIO DE LOS RECURSOS MINERALES
EN EL PERÚ**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado.

2017

APROBACIÓN

La tesis titulada “*Vinculación de dominio de los recursos minerales en el Perú*”, presentada por el bachiller Tim Adriano Vela Arrieta en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Antonio Abruña Puyol.

Director de Tesis

DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada a mi mamá y su ilusión que yo estudie en la Universidad de Piura. Cuando el mundo decía que no, ella abrió todas las puertas con determinación.

AGRADECIMIENTO

Agradezco, en primer lugar, el apoyo y cariño de mi mamá y de mi papá, quienes tuvieron gran dedicación en mi formación. También agradezco el aliento de personas importantes como mi mamita Teresa, mi tía Elena, mis hermanos Lucho, Medalit, Ignacio, Adriano, mi tío Hugo quien me guía desde el cielo, así como a mis amigos de Piura y Lima. De todos recibí generoso apoyo.

Me gustaría manifestar mi especial gratitud a la paciencia y sapiencia del Dr. Antonio Abruña Puyol, quien tuvo la gentileza de guiar esta investigación y le dedicó sendas horas a corregirla. Si se encuentra alguna pulcritud en este trabajo es gracias a él.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I. Antecedentes en el Derecho Romano, en el Derecho Medieval y el Derecho Moderno Hispánico	3
1.1. Dominio y propiedad minera en la Antigua Roma	3
1.1.1. Sistema de Accesoión: época clásica	4
1.1.2. Sistema fundario: época post-clásica	7
1.1.2.1. Sistema fundario-provincial de las Tablas de Vipasca: época pre-postclásica	7
1.1.2.2. Sistema fundario extendido en toda Roma: el Código Teodosiano	9
1.1.2.3. Causas del sistema fundario romano.....	12
1.2. Propiedad Minera en la Edad Media.....	13
1.3. Evolución de la propiedad minera en el Derecho Medieval Hispánico	15
1.3.1. Fuero Viejo de Castilla de 1138.....	15
1.3.2. Las Siete Partidas 1256-1265.....	15
1.3.3. Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348	16
1.3.4. Ordenamiento de Bribiesca de 1387	17
1.4. Evolución de la propiedad minera en la Edad Moderna de España	18
1.4.1. Real Cédula de los Reyes Católicos de 1504	18
1.4.2. Real Orden de 9 de diciembre de 1526	19
1.4.3. Ordenanzas Antiguas de 1559: Pragmáticas de Valladolid.....	20
1.4.4. Ordenanzas del Nuevo Cuaderno o San Lorenzo de 1584.....	21
1.4.5. Leyes sobre el carbón de Carlos III (1780)	21

Capítulo II. Antecedentes Peruanos de la Propiedad Minera: Derecho en el Tahuantinsuyo y Derecho del Perú Virreinal	23
2.1. Época del Tahuantinsuyo.....	23
2.2. Evolución en el Perú y América Virreinal. Evolución del Derecho Indiano	25
2.2.1. Ordenanzas del Virrey Francisco de Toledo de 1574.....	26
2.2.2. La Novísima Recopilación de las Leyes de Indias de 1680	28
2.2.3. Ordenanzas Antiguas del Perú, u Ordenanzas de Ballesteros de 1683	29
2.2.4. La Real Cédula de 8 de diciembre de 1785. Aplicación de las Ordenanzas de Nueva España o de Méjico de 1783	30
 Capítulo III. La propiedad minera en la República	 35
3.1. Época Liberal: Siglo XIX y comienzos del siglo XX	35
3.1.1. La propiedad minera en los comienzos de la República. Siglo XIX.....	35
3.1.1.1. Decretos ejecutivos del General don Simón Bolívar	36
3.1.1.2. Ley de 12 de enero de 1877	36
3.1.1.3. Ley del 21 de diciembre de 1888.....	39
3.1.1.4. Ley de 8 de noviembre de 1890.....	40
3.1.2. La propiedad minera en los comienzos del siglo XX	40
3.1.2.1. Código de Minería de 1901	40
3.1.2.1.1. Sistema de Acesión sobre los minerales no metálicos del Código de Minería de 1901	45
3.1.2.1.2. Sobre los minerales metálicos	46
3.1.3. Constituciones políticas del Perú desde 1823 hasta 1867	47
3.2. Época Restrictiva, desde 1920 hasta 1990.....	47
3.2.1. Constitución del Perú de 1920	47
3.2.2. Ley N° 6611, de marzo de 1929	49
3.2.3. Constitución del Perú de 1933	50
3.2.4. Código Civil de 1936.....	52
3.2.5. Código de Minería de julio de 1950	53
3.2.5.1. Código de Minería de 1950	53
3.2.5.2. Leyes N° 15584 de junio de 1965 y Ley N° 16066 de febrero de 1966, modificatorias del Código de Minería de 1950	61

3.2.6.	La propiedad minera en el gobierno militar	61
3.2.6.1.	Decreto Ley N° 17792, de setiembre de 1969	61
3.2.6.2.	Decreto Ley N° 18225, de abril de 1970	62
3.2.6.3.	Decreto Ley N° 18880: Ley General de Minería, de junio de 1971	63
3.2.7.	La propiedad minera en el gobierno democrático.....	67
3.2.7.1.	Constitución del Perú de 1979: Los Recursos Naturales como Patrimonio de la Nación	67
3.2.7.2.	La Ley especial: Decreto Legislativo N° 109, Ley General de Minería de setiembre de 1981.....	72

Capítulo IV. Ordenamiento actual. Época "Neoliberal" en la propiedad Minera.....

	77	
4.1.	El artículo 66 de la Constitución de 1993.....	77
4.1.1.	La nueva constitución económica	77
4.1.2.	El primer concepto del art. 66 de la Constitución: "Los Recursos Naturales son Patrimonio de la Nación"	78
4.1.2.1.	Concepción tradicional de la doctrina sobre "Patrimonio de la Nación"	78
4.1.2.2.	Cuestionamientos doctrinarios sobre el concepto de "Patrimonio de la Nación"	80
4.1.2.3.	Precisiones realizadas por la Asamblea Constituyente de 1993 sobre el concepto "Patrimonio de la Nación"	85
4.1.2.4.	Una consideración patrimonial en el ordenamiento peruano a nivel legislativo	91
4.1.2.5.	Patrimonio Cultural de la Nación.....	95
4.1.3.	El segundo concepto del art. 66 de la Constitución: "El Estado es Soberano en su aprovechamiento"	97
4.1.3.1.	La soberanía sobre el aprovechamiento de los recursos naturales según la doctrina peruana.....	97
4.1.3.2.	En el diario de debates de la Asamblea Constituyente de 1993.....	99
4.1.3.3.	A modo de conclusión.....	100
4.2.	Decreto Legislativo N° 708, de noviembre de 1991 y sus modificaciones	101
4.2.1.	El Derecho de Vigencia	103
4.2.2.	Obligación del amparo por el trabajo: obligación de una producción mínima anual	104

4.2.2.1.	La Producción mínima anual exigida. Un quantum constantemente modificado	105
4.2.2.2.	Modificaciones sobre la penalidad por no producir el mínimo anual exigido dentro del plazo.....	106
4.2.3.	Modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1320, de enero de 2017	108
4.2.3.1.	Disposiciones de incentivo: reducción de la penalidad y ampliación del plazo máximo de producción	108
4.2.3.2.	Exención del pago de la penalidad por no producir el mínimo	110
4.2.4.	Unidad Económico Administrativa (UEA) para ayudar al cumplimiento de la producción mínima anual.....	111
4.2.5.	A modo de conclusión	111
4.3.	Ley especial: Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Legislativo N° 014-92-EM de junio de 1992	112
4.3.1.	Pertenencia estatal de dominio público sobre los Recursos Minerales.....	112
4.3.2.	La propiedad de los recursos minerales extraídos sin derecho de explotación	113
4.4.	Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821), de junio de 1997	114
4.4.1.	Sobre el concepto de "Patrimonio de la Nación" en la LOASRN	114
4.4.2.	Sobre el concepto de "Soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales" en la LOASRN	115
4.4.3.	Sobre el interés de la Nación, el otorgamiento a los particulares y la retribución económica	115
4.5.	Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el Artículo 66. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 48-2004-PI/TC.....	116
4.5.1.	Patrimonio de la Nación e interés nacional	116
4.5.2.	La naturaleza del dominio sobre los Recursos Minerales según lo señalado por Tribunal Constitucional	117
4.5.2.1.	Sobre el dominio patrimonial	117

4.5.2.2. Un supuesto dominio eminente.....	118
4.5.2.3. Conclusión del Tribunal: El estado no ostenta un dominio privado, sino un dominio público ...	119
4.5.3. La LOASRN como bloque de constitucionalidad para interpretar el artículo 66 de la Constitución de 1993	120
Capítulo V. El problema dogmático-jurídico de la naturaleza del vínculo entre el Estado y los Recursos naturales: dominio público o dominio patrimonial	123
5.1. Dominio patrimonial del Estado sobre los Recursos Naturales. Tesis patrimonialista.	124
5.1.1. El dominio patrimonial sobre los minerales.....	124
5.1.2. Crítica a la tesis patrimonialista	125
5.2. Dominio público del Estado sobre los Recursos Naturales: Tesis dominalista.....	126
5.2.1. Antecedentes históricos del dominio Público	126
5.2.1.1. Conceptos doctrinarios.....	128
5.2.1.2. Tratamiento jurisprudencial constitucional del dominio público sobre los Recursos Naturales	130
5.3. Otras teorías imperantes en la doctrina	130
5.3.1. Teoría del Dominio eminente.....	130
5.3.2. Teoría de la publicatio de Vergara Blanco: crítica al uso de términos civiles sobre conceptos netamente públicos	132
Conclusiones.....	135
Bibliografía.....	141
Sentencias, Resoluciones y Documentos	147

ABREVIATURAS

SIGLAS

Art.:	Artículo
Cfr.:	Confróntese
Coord.:	Coordinador
C. M.:	Código de Minería
D. Leg.:	Decreto Legislativo
D. L.:	Decreto Ley
D. S.:	Decreto Supremo
MEM:	Ministerio de Energía y Minas
F. J.:	Fundamento jurídico
Inc.:	Inciso
LOASRN:	Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales
Núm.:	Número
ONU:	Organización de Naciones Unidas
Quím.:	Química
SNMP:	Sociedad Nacional de Minería y Petróleo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
S. M.:	Su Majestad
TC:	Tribunal Constitucional
TUO LGM:	Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, D. S. n° 014-92-EM.
UEA:	Unidad Económico Administrativa
UIT:	Unidad Impositiva Tributaria

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, la minería es una de las industrias más tradicionales, pero también parece un tanto lejana para la mayoría de peruanos en su vida cotidiana. Sin embargo, la excepción aparece cuando se trata sobre su propiedad. En la nación peruana está tan interiorizado un sentimiento de dominio minero que la mitad de nuestro escudo nacional es ocupado por una cornucopia de la que brotan recursos minerales.

Este motivo nos ha llamado la atención, y nos hizo buscar las razones y el tratamiento que el Derecho ha tenido sobre la propiedad minera. Si bien la descripción de esta investigación puede ser tenida como histórica, su desarrollo tiene un tratamiento directamente jurídico. En las siguientes páginas tratamos de describir la evolución del dominio o de la propiedad sobre los recursos minerales en los ordenamientos que han influido en el ordenamiento peruano republicano, hasta llegar a las condiciones actuales.

En el transcurso de la investigación hemos notado que no se puede explicar de manera adecuada el dominio minero y su evolución jurídica sin tener presente las condiciones en las que eran concedidos los yacimientos para su explotación y su afectación a la propiedad del suelo, porque de esta manera se explica necesariamente la vinculación con el dueño del mineral, pero sobre todo las intenciones que subyacen en el ordenamiento de cada tiempo.

Esto nos ha permitido relacionar estas condiciones entre los diferentes tiempos, por lo que constantemente encontraremos citas que nos hagan recordar situaciones diametralmente distintas o muy similares

sobre una misma característica, que hayan pasado o que pasarán al momento que se describe. Pero sobretodo, y a su vez, nos ha permitido identificar tendencias que aparecen ya como una generalidad a través del desarrollo del ordenamiento. Sobre esto último, debemos decir también que los contextos históricos nos fueron de mucha ayuda para solventar los conceptos de tendencias legislativas.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO, EN EL DERECHO MEDIEVAL Y EL DERECHO MODERNO HISPÁNICO

Si bien en el Perú de la Conquista y Virreinato, incluyendo también a toda América hispana, se implantó un sistema particular llamado *Derecho Indiano*, en aplicación del derecho hispánico sobre el Nuevo Mundo, es claro que España trasplanta mediante aquél su orden jurídico sobre los recursos minerales, sistema que tiene origen en la recepción del Derecho Romano, pasando posteriormente por el transcurrir evolutivo de la Edad Media y Moderna. Empezaremos a discernir las características que la propiedad minera tuvo en estas etapas hasta llegar a la actualidad en el ordenamiento peruano.

1.1. Dominio y propiedad minera en la Antigua Roma

El Derecho Romano ha tenido dos sistemas de asignación de la propiedad minera que luego se reflejarán en nuestro derecho: el sistema de accesión o dominio minero fundario (de *fundus o tierra*)¹ y el sistema aplicado en el derecho romano provincial, antecedente del sistema

¹ Para VILDÓSOLA FUENZALIDA es mejor referirnos al término *Derecho Fundario* que al de "accesión"; puesto que el modo de adquirir el dominio de las cosas muebles e inmuebles en el derecho romano, mediante la accesión, estaba vinculado y regulado, en efecto, a casos y situaciones taxativas y específicas, por cuanto su naturaleza jurídica no se aplicaba ni tenía relación con el dominio de los recursos minerales, (cfr., *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Editorial Latina S.A., Caracas, 1999, pág. 6).

regalista². Ambos sistemas tenían concepciones diametralmente distintas sobre a quién pertenecían los minerales yacientes en el subsuelo.

1.1.1. Sistema de Acceso: época clásica

Durante la República de la Roma Antigua (entre los años 509 a.C al 27 a.C) rigió el sistema de acceso, el cual consideraba que al dueño del suelo superficial le pertenecía también el *dominium*³ del subsuelo. Puesto que los recursos minerales eran considerados como productos naturales (frutos), siendo parte integrante y unitaria del terreno⁴. Específicamente en el Derecho Romano Clásico (130 a.C a 230 d.C), se señala que los yacimientos mineros eran parte accesoria del predio ("*pars fundi*"), derivándose de una vocación absoluta del dominio o señorío del hombre sobre la cosa⁵.

De esta forma, la explotación minera podía ser realizada en principio por el dueño de la superficie o también por un tercero, en este caso siempre y cuando exista un negocio de arrendamiento o

² Cfr. DEL PINO, H., "El Estado y la propiedad minera en la legislación peruana", *Revista de Derecho Minero*, Año 5, n° 7, Lima noviembre 1956, págs. 5-6.

³ Con el término "*dominium*", se quiere expresar el señorío, o dominio del hombre sobre las cosas. Frente al término *propietas*, de origen vulgar, que fue utilizado para designar la propiedad privada del usufructo, y también para designar la propiedad de los fundos provinciales, cfr. DE LA FUENTE R., "Occupatio, usurpatio, adsignatio. Una semejanza entre el régimen minero imperial y el de la América española", *Repositorio Institucional Pirhua*, Universidad de Piura, Piura, noviembre de 2013, pág. 6. Por otro lado VILDÓSOLA FUENZALIDA nos explica que la naturaleza y características jurídicas del "*dominium*" consistía en una relación dominical del sujeto (señor-*dominus*) con las cosas, las facultades y atribuciones que se tenían respecto de ellas, que atrae y absorbe necesariamente todo lo que ella contiene y exenta de cualquier limitación (incluso de tributos); asimismo, el término *dominium* solo aparece en el derecho clásico de fines de la República, mientras que *propietas* pertenece al derecho romano vulgar, (cfr. *El dominio minero...*, op. cit., pág. 5). En cuanto al concepto y terminología de la propiedad romana, VERGARA BLANCO, citando a D'ORS nos aclara que dicho término más general con que se le señalaba era "señorío" (*dominium*), de acuerdo al cual la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto; de ahí el comportamiento de éste como "señor", cfr. *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992, pág. 157.

⁴ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 4.

⁵ URIBE HERRERA, A., *Manual de Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968, pág. 17.

usufructo voluntariamente constituido por el dueño del fundo⁶. Pero sobre todo, esto significaba que no era necesaria la emisión de un “*derecho minero*”⁷ por parte de la administración estatal, en el sentido que no se requería una autorización o una concesión sino tan solo el consentimiento otorgado por el dueño del terreno privado, conocido como *dominus soli*.

Sin embargo, VERGARA BLANCO⁸ discrepa que tal régimen haya sido aplicado como un principio absoluto en la generalidad de los casos, ya que la accesión⁹ del sistema romano clásico tiene sustento entre la doctrina, principalmente, gracias al argumento jurisprudencial de Ulpiano (D. 8. 4. 13. 1)¹⁰. Para el referido autor, este texto genera dudas ya que se refiere solamente a las canteras (*lapidicinae*) y no a las minas (los *metalla*), como las de oro o de plata. Por tal motivo, concluye que sería razonable deducir que ya desde la época clásica las minas (los *metalla*) tuvieron un régimen jurídico “*regalista*”, es decir, en el que era necesario que Roma otorgue al individuo un derecho a explotar la mina y a apropiarse de su extracción mediante una concesión administrativa.

Asimismo, el autor advierte que en la jurisprudencia del periodo clásico romano existieron casos concretos¹¹ en los que la

⁶ RUIZ BOURGEOIS, J., “Reflexiones sobre la propiedad minera”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 122, Concepción (Chile), 1962, pág. 14.

⁷ VERGARA BLANCO, A., *Principios...* op. cit., pág. 157.

⁸ *Ibidem*, págs. 158 y 166.

⁹ El referido autor le llama sistema hiperbólico *usque ad inferos*, como fórmula abreviada de: “*cuius est solum eius usque ad coelum usque ad inferos*”, la cual para él no encierra toda la verdad. Asimismo, afirma, que fue formulada por el Glosador Cino de Pistoia, es decir, que no se trata de un texto romano como suele creerse (*Ibidem*, pág. 156).

¹⁰ “*Si resulta que en tu campo hay canteras, nadie que no tenga concedido derecho a ello puede extraer piedra sin tu consentimiento, ni privada ni públicamente: a no ser que en aquellas canteras exista la costumbre de que si alguno quiere extraer piedra lo haga, previo pago al propietario de la sólita compensación; pero solo debe extraer la piedra después de que haya dado al propietario la seguridad de que no se entorpecerá el uso de la piedra que necesite ni se le privará de las ventajas de la cosa a que tiene derecho*”.

¹¹ VERGARA BLANCO usa ejemplos sobre la jurisprudencia de *Iuolenus*, *Ulpianus* y *Paulus*, casos como el “*Usufructo y el derecho a abrir canteras o minas*” o sobre “*Canteras en un fundo dotal*”, en las que al marido se le adjudica en propiedad el mármol que ha extraído de las canteras dotales pertenecientes a la mujer de quien se

propiedad de los minerales quedaba alejada de la potestad del *dominus soli*, con la finalidad de obtener un mayor aprovechamiento económico: “*utilidad pública*” que, posteriormente, se transformaría en una “*utilidad fiscal*”; puesto que así el desarrollo de tal actividad extractiva no quedaría supeditado al titular del suelo, sino que se alentaba y permitía a aquél tercero que deseara extraer el mineral del predio a poder hacerlo.

Las conclusiones de VERGARA BLANCO no pueden desvirtuar completamente la aplicación del sistema de accesión romano para los minerales metálicos, sin embargo, su trabajo evidencia que dicho principio no fue aplicado a todos los tipos de minerales y a todos los casos, tal y como ha sido sostenido, aunque soslayadamente¹², por la doctrina en general¹³. No obstante, su

divorcio. El autor nos presenta una situación tangible de separación entre la titularidad del terreno y la titularidad de la propiedad minera. Sin embargo, debemos tener en cuenta lo que nos señala D'ORS sobre la condición civil de las mujeres en la Roma Antigua: “*las mujeres sui iuris tienen, en principio, una incapacidad de obrar, semejante a la de los que no han llegado a la pubertad y necesitan de un tutor*”; (cfr. D'ORS Á., *Derecho Privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona 2006, pág. 55). Por este motivo, también podemos inferir que la disposición presentada por VERGARA BLANCO sobre las disposiciones dotales, al ser una situación muy específica, podría tratarse de una excepción al principio de accesión causada por la especial condición de la mujer, sin que por ello conlleve a desmentir necesariamente la regla de la accesión. Podemos observar que el autor se basa en casos concretos (también de excepción), que no necesariamente conllevan a desvirtuar del todo un supuesto principio establecido de manera general, sino a rescatar precisamente esas excepciones que siempre existen frente a una regla. Así, encontramos con VILDÓSOLA FUENZALIDA una interesante indicación: “*la falta de acuerdo (entre el dueño del terreno y el minero) para beneficiarse en común... , no se podía suplir con la imposición de actos de autoridad; excepcionalmente, le correspondía intervenir a la autoridad administrativa o judicial, ..., cuando se presentaban algunas situaciones excepcionales*”, y nos presenta el caso en que el marido descubre mármol en el fundo recibido como dote por su mujer, sobre el cual Ulpiano indica que el mármol pasa a ser de propiedad del marido y no se considera fruto, lo cual no sucede si existen otras sustancias diferentes a la descubierta por el marido, las cuales siguen la regla de la accesión al dueño del terreno, (cfr. *El dominio minero...*, op. cit. págs. 7-9).

¹² Por ejemplo, VILDÓSOLA FUENZALIDA al referirse al dominio de los recursos minerales indica que de mediados del siglo I a.C. durante la República, hasta el siglo II d.C. (época de máxima expansión), el Derecho Romano no concibió ni contempló estructuras o definiciones o ideas con respecto a quién se le atribuía su dominio, ni un sistema jurídico para aprovecharlos o adquirirlos, (cfr. *El dominio minero...*, op. cit. pág. 3).

análisis deja entrever que hubo una evolución paulatina desde la accesión casi general hacia el siguiente régimen de asignación de la propiedad minera del Derecho Romano: el sistema regalista o fundario, que explicaremos en el siguiente apartado.

Sin embargo, antes de seguir con nuestra explicación, debemos resaltar que el contenido del dominio en la época clásica era el denominado *dominium ex iure Quiritium* (dominio de derecho civil, o derecho de los ciudadanos), o propiedad de derecho civil, reconocido solamente para una minoría de privilegiados: los ciudadanos romanos¹⁴. Este dominio quiritario, en cuanto a la tierra, llegaba verticalmente “*usque ad sideras et usque ad inferos*”¹⁵, y por eso decíamos que también comprendía los recursos minerales yacientes. Asimismo, solamente se establecía sobre fundos itálicos. Es decir, en los fundos provinciales no cabía el *dominium ex iure Quiritium*, sino que aquellos pertenecían al *princeps* o al *populus*¹⁶ (según fuera una provincia imperial o senatorial), y eran cedidos para su utilización a los particulares a cambio de un *stipendium* o *tributum*, es decir de un canon¹⁷.

1.1.2. Sistema fundario: época post-clásica

1.1.2.1. Sistema fundario-provincial de las Tablas de Vipasca: época pre-postclásica

Para exponer este segundo sistema romano, es importante mencionar el descubrimiento de las Tablas de

¹³ VERGARA BLANCO considera que sus textos presentados no son claros ni definitivos (cfr. *Principios...*, op. cit., pág. 164). Aunque nos adherimos a su conclusión sobre que dicho principio no puede establecerse de una manera absoluta y sin matices, como lo demostrado en el caso de la explotación de canteras, el propio VERGARA BLANCO señaló que “*no existe un solo texto explícito que diga derechamente que los mineros deben pagar al Estado un tributo por la explotación de las minas situadas en terrenos privados*”, (*Ibidem*, pág. 168).

¹⁴ Cfr. MIQUEL J., *Derecho Romano Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 170.

¹⁵ RUIZ BOURGEOIS J., *Reflexiones...*, op. cit., pág. 13.

¹⁶ Según referencia de VERGARA BLANCO, Gayo indicó que el *Ager publicus* (denominación jurídica de las tierras provinciales) pertenecía al *pueblo romano*, (cfr., *Principios...*, op. cit., pág. 154).

¹⁷ Cfr. MIQUEL, J., *Derecho privado...* op. cit., págs. 170-171.

Bronce de Vipasca¹⁸, disposiciones que fueron aplicables a la región minera de Aljustrel (Portugal, antiguamente parte de la provincia de Hispania) gracias a las cuales se acuñó el ya mencionado título de “*Derecho Minero Romano Provincial*”. Fueron escritas a finales de la etapa clásica del Derecho Romano (aproximadamente entre el año 117 d. C y el 138 d. C), por lo que coincidimos con VERGARA BLANCO en denominar a éste período como una “*etapa de transición*”¹⁹ entre el derecho clásico, regido bajo el sistema de accesión, y el derecho postclásico romano, que se transformó en el sistema regalista.

Con las diferencias establecidas entre el *dominio ex iure Quiritium*, y el dominio sobre los fundos provinciales, no nos sorprende que según las referidas disposiciones provinciales de Vipasca, el ejercicio de la actividad minera ya no devendría de un derecho de *dominium*, sino en una *propietas* o usufructo, equiparándose a un “*derecho a explotar*”²⁰. Es decir, el dueño del suelo provincial no podía explotar el yacimiento encontrado bajo la superficie que dominaba, sino que era necesaria una suerte de permiso o de autorización estatal, que se adquiría bajo los requisitos de realizar trabajo constante en el pozo, sin dejarlo inactivo total o parcialmente por más de seis meses²¹, y el pago de un *pretium*²² al fisco, condiciones sin las cuales el mencionado derecho de usufructo a explotar la mina estaba sujeto a su caducidad²³.

¹⁸ Como bien señala DE LA FUENTE, “*una vez descubiertos los Bronces vipascenses, nos lleva al conocimiento y crítica de los numerosos estudios realizados y las posturas asumidas por los especialistas de la materia*”. Asimismo, resalta su importancia cuando menciona que con su descubrimiento “*existe un antes y un después en el estudio de la minería romana*” (cfr. “*Occupatio, ...*”, op. cit., pág. 9).

¹⁹ VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 136.

²⁰ VERGARA BLANCO le llama *lex locationis*, (Cfr. *Principios...*, op. cit. pág. 147).

²¹ VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 12. Según VERGARA BLANCO, *continuis sex mensibus* (seis meses seguidos), (cfr., *Principios...*, op. cit., pág. 153).

²² El *pretium* era el equivalente a un 50% de los minerales extraídos., (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., op. cit., pág. 12).

²³ VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 153.

Estas condiciones llevan a VERGARA BLANCO a concluir que en las minas provinciales se empieza a verificar una clara separación entre el derecho de propiedad del suelo y el concepto jurídico de mina, con una diferencia conceptual entre el derecho sobre las minas que a partir de ese momento pertenecerá a Roma (quien ostenta ahora el *dominium soli*), y el derecho de disfrute o usufructo que el concesionario adquiere sobre los yacimientos mineros debajo de terrenos privados. Es decir, se otorga un derecho sobre una cosa ajena (*ius in re aliena*) al propio concesionario, y lo adquirirá sólo si mantiene las condiciones de trabajo en el pozo y el pago de un tributo.

En este contexto, los recursos mineros pasaban a la propiedad del concesionario una vez eran extraídos del yacimiento y no antes. Sobre ello, DE LA FUENTE nos aclara que “*lo que va a adquirir el minero, una vez pagado el precio es la propietas de todo el pozo (minero), que no equivale al dominium de la mina concedida, ya que el Estado continúa siendo el dominus soli, obteniendo el concesionario un derecho de explotación y disfrute, ... adquiriendo para sí los minerales extraídos*”²⁴.

1.1.2.2. Sistema fundario extendido en toda Roma: el Código Teodosiano

Como decíamos anteriormente, se piensa que las disposiciones provinciales fueron adquiriendo generalidad paulatinamente hasta llegar a la época postclásica (230 d.C. al 530 d.C.), puesto que posteriormente a las Tablas de Bronce de Vipasca, gracias a lo establecido por el *Codex Theodosianus* (438 d.C.) se consagra, ahora ya para todo el Imperio Romano, la facultad de buscar y cavar en tierras ajenas mediante una autorización. Para tal fin, Roma terminaría afectando todas las minas a su dominio, se encuentren ubicadas en fundos provinciales o en fundos de la

²⁴ DE LA FUENTE, M., “*Occupatio, ...*”, op. cit., pág. 13.

península itálica²⁵, es decir, afectando a las minas sobre las cuales regía el *dominium ex iure quiritium*.

Por su parte, VILDÓSOLA FUENZALIDA manifiesta que El *Codex Theodosianus* reproduce textualmente un antecedente legislativo llamado "*Lex Perpensa Deliberatione*", establecido por el emperador Valentiniano (364-375 d.C.) en el que se instituyó por primera vez la obligación del minero a explotar yacimientos en territorios privados y cualquier propietario de aquéllas, a pagar una contribución al *Fiscus*²⁶.

VERGARA BLANCO indica que es en este llamado Derecho Romano tardío, o del teodosiano, en el que nace la disciplina jurídica del Derecho de Minería, pues ya no se entiende que la extracción minera necesite de la voluntad del *dominus* (quien anteriormente ostentaba la mina por accesión), sino que ahora las actividades mineras necesitarán un permiso por parte del Estado para ser explotadas, sea quien sea el titular del predio, esto en razón a que se considerarán vinculadas a un destino público al deber ser explotadas mediante una concesión minera otorgada por una organización política y administrativa²⁷.

Bajo el gobierno del emperador Teodosio (378-395 d.C.) se impuso a los explotadores de las minas una contribución tanto al fisco como al propietario del suelo mediante el enunciado: "*decimas fisco, decimas etiam domino*" (una décima parte como impuesto, otra décima parte para el terrateniente)²⁸; la "*decimas fisco*" no desaparecerán

²⁵ De hecho, D'ORS nos comenta que a partir de la época de Adriano (aproximadamente entre el año 117 d. C y el 138 d. C), es decir, justo antes de terminar la época clásica, época pre-post-clásica, los juristas empezaron a interesarse por los derechos provinciales, y ya entrada la época post-clásica se llegó a producir una provincialización del mismo derecho romano (cfr., *Derecho Privado....op.cit.*, pág. 98).

²⁶ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 13.

²⁷ Cfr. VERGARA BLANCO A., "El problema de la naturaleza Jurídica de la Riqueza Mineral", *Revista de Administración Pública* n° 173, Madrid, mayo-agosto 2007, pág. 448.

²⁸ VILDÓSOLA FUENZALIDA nos da la referencia exacta, siendo la denominada "*lex Cuncti*" (Código Theodosianus 10.19.10 = CT.11.7.3) (cfr., Op. cit. pág. 14). Por su parte VILLAR PALASÍ, J. afirma que en el año 382 d.C., por disposición de Teodosio (3,

de los regímenes mineros de la historia jurídica posterior. La que sí desaparecerá será la “*decima etiam domino*” (décima parte también para el terrateniente).

Asimismo, es importante señalar que VERGARA BLANCO concluye que los romanos de la época teodosiana, si bien declaraban las minas a un destino público, nunca señalaron oficialmente que todas las minas pertenecieran en bloque al Estado por su naturaleza jurídica (*rerum natura*). Es decir, un supuesto vínculo patrimonial entre el soberano (Roma) y las minas era inexistente²⁹, al menos expresamente. Sin embargo, afirma que “*se infiltra el concepto del subsuelo como entidad dominical, y se delinea dentro de ciertos límites, el derecho del propietario del suelo*” y agrega que “*quien es titular de un especial dominio sobre las minas, en última instancia, es el Estado, pasando las sustancias minerales a ser propiedad de los particulares sólo una vez que las arrancaren, previo pago al fisco de su contribución*”³⁰.

No obstante, tal y como habíamos señalado sobre el suelo provincial, D’ORS nos indica que éste se consideraba de propiedad del Erario y, después, del Príncipe, de modo que los particulares no tenían más que una concesión como *possessores*³¹. Asimismo, nos señala que este ligamen con el Erario o el Príncipe fue la razón por la que los inmuebles situados en las provincias romanas estén sometidos al pago de tributo³².

Cod. XI,7), mediante la disposición “*decimas fisco, decimas etiam domino*” el sistema se derivó hacia un régimen mixto entre el fundario y el regalístico, (cfr., “Naturaleza y Regulación de la Concesión Minera”, *RAP n° 1*, año I, enero-abril 1950, pág. 81).

²⁹ Cfr. VERGARA BLANCO, A., *El Problema de la Naturaleza Jurídica...* op. cit., pág. 448

³⁰ VERGARA BLANCO, A., *Principios y Sistema...*, op. cit., pág. 142.

³¹ Cfr. D’ORS, A., *Derecho Privado...*, op. cit., pág. 95.

³² D’ORS utiliza la palabra dominio eminente del Príncipe (o del Erario, cuando se trata de las provincias senatoriales) (cfr. *Derecho Privado...*, op. cit., pág. 205).

1.1.2.3. Causas del sistema fundario romano

La conclusión de VERGARA BLANCO sobre la razón de esta transformación del sistema, es que Roma deseaba obtener una fuerte recaudación tributaria (él la llama “*clave fiscal*”³³), en el sentido que -con el sistema de accesión- la decisión de realizar o no trabajos sobre un yacimiento minero (y, por lo tanto, de obtener ingresos) recaería solamente en el dueño del predio, una situación que no necesariamente se alinearía con los intereses de recaudación tributaria: si no se trabajaba la mina, el Fisco no tendría cómo cobrar una riqueza yacente. Por esta razón, además, nace la obligación minera al trabajo del yacimiento. De esta forma, el Erario Fiscal se asegura que las minas otorgadas sean trabajadas, aunque estén ubicadas en terrenos en donde el dueño no tenga la voluntad de laborarlas³⁴.

Por su parte, VILDÓSOLA FUENZALIDA parece inferir que los romanos estaban preocupados de que los recursos mineros ubicados en los grandes territorios conquistados después de la Segunda Guerra Púnica y de las guerras Macedónicas, pudiesen ser objeto del dominio por particulares y, por tal motivo, calificaron a los terrenos como de “*ager publicus*” (grandes territorios fuera de la Península Itálica), lo cual significa, como ya hemos explicado, que eran

³³ VERGARA BLANCO lo menciona en varias oportunidades: “...al fisco – dueño de las minas, y que no explotaba directamente – no le interesaba tener sino dinero (al parecer en la misma línea de nuestro pensamiento al exponer la que hemos denominado la “clave fiscal”), por lo que acudía a un régimen de concesión”; “... el Estado quiere que todos los pozos sean trabajados ... otra vez vemos cómo el fisco romano está en pos de un objetivo de desarrollo económico, que, a la vez, tiene relación con su interés fiscal”. (Principios..., págs. 150-152). “He aquí que se vislumbra el surgimiento de una de las grandes claves de los regímenes jurídicos de la minería de todos los tiempos: el aspecto tributario”; “con la única justificación, en un principio, de cobrar tributos”; (cfr. *Ibidem*, pág. 389-390).

³⁴ Con esta opinión también estaría de acuerdo GARCÍA MONTÚFAR, quien escribió: “La explicación causal se encuentra en... la actitud del Estado frente a las minas. Existe un hecho constante...: El Estado siempre ha pretendido derechos sobre sus minas o sobre sus productos... Desde los tiempos de Grecia y Roma se manifiesta esta pretensión” (...) “Ha sido la lucha del Estado contra el propietario superficial”, (cfr., *La propiedad Minera. El dominio originario de las minas*. Revista del Foro n° 3, Año XLII, 1956, pág. 17).

de propiedad del pueblo romano³⁵, de esta forma la administración de los recursos minerales le correspondería ahora al poder administrativo³⁶.

1.2. Propiedad Minera en la Edad Media

En la Edad Media, disuelto el Imperio Romano, rigió un nuevo ordenamiento en Europa, consecuencia de la ocupación militar, que da origen a la repartición de la tierra entre los guerreros y al régimen llamado feudalismo³⁷. A pesar de la disposición del *Corpus Iuris* – “*duorum pluriumve eiusdem rei dominium esse non potest*”- que no permitía que más de una persona poseyera una cosa entera a la vez, los juristas de la época *se las arreglaron*³⁸ para separar la propiedad en dos grados: *dominium directum*, que pertenece al soberano, y *dominium utile* (éste último llamado *feudo*) de los particulares a quienes la Corona lo otorgaba.

Esta separación de titularidades significaba, en principio, que el feudo pertenecía en propiedad (*dominium directum*) al dador (el Estado) y su usufructo (*dominium utile*) al señor feudal. Para RUIZ BOURGEOIS este usufructo se irá transformando poco a poco en propiedad, e inclusive el *dominium directum* (o propiedad) que la Corona mantenía sobre el feudo se transformaría posteriormente en un simple impuesto o gravamen. Sin embargo, sobre la propiedad de las minas sí se mantuvo la división histórica en dos grados: “*dominium directum*” para el Estado, y “*dominium utile*” para los particulares, a quienes el Estado o la Corona lo otorgaba³⁹.

³⁵ Sobre el particular, VERGARA BLANCO nos recuerda las *Instituciones* de Gayo, el cual establece que: “*El suelo provincial (...) o es del dominio del pueblo Romano, o lo es del César, por lo que se considera que nosotros sólo podemos tener la posesión o el usufructo del mismo*”, (cfr. *Principios...*, pág. 149).

³⁶ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit. Pág. 5.

³⁷ RUIZ BOURGEOIS, J., *Reflexiones sobre la propiedad minera...* op. cit., pág. 13-14.

³⁸ Según MIQUEL, al tratar del concepto romano de “*propiedad*” sostiene que “*en realidad, cada época fue capaz de destilar de las fuentes romanas el concepto de propiedad que más le convenía, que resultaba más adecuado para sus concepciones económico-sociales. Partiendo de frases sueltas, auténticos retazos de fuentes romanas, cada época confeccionó sus definiciones de propiedad para cubrirlas con el manto de la autoridad del Derecho Romano*”, (cfr., *Derecho Romano Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 165).

³⁹ RUIZ BOURGEOIS, J., *Reflexiones sobre la propiedad minera...* op. cit., pág. 15.

La propiedad de las minas constituyeron una regalía de la Corona recién a partir del Derecho Medieval, un *iura regalia*, por lo que fueron consideradas como parte del "Patrimonio Real" (o, como señalábamos antes, del Erario o Fisco). Es aquí donde se dio inicio a un vínculo "patrimonial" de los recursos minerales con el soberano⁴⁰, como si éstos fueran objeto de una "propiedad similar a la civil"⁴¹, pero de titularidad estatal o del rey.

Al respecto, VILDÓSOLA FUENZALIDA también señala que es en la época medieval en donde se creó "la noción del dominio minero eminente, cuyo objetivo y función fue en definitiva justificar jurídica y políticamente a la imposición de la regalía"⁴². VERGARA BLANCO, por su parte, describe a esta tradición como una "suerte de apropiación estatal" calificándola inclusive como un "dominio estatal a priori"⁴³ sobre toda la riqueza minera yacente en el subsuelo.

La regalía era un pago entre el minero (hombre libre, vasallo o colono) que le debía al señor feudal pues éste, en su calidad de *dominus*, le había asignado tal yacimiento en tenencia⁴⁴. Por lo tanto, calzaba perfectamente dentro de un contexto de obligaciones y derechos recíprocos entre señor feudal y el vasallo⁴⁵. En palabras de VILDÓSOLA FUENZALIDA, esta estructura social, económica y jurídica fue evolucionando a una "difusa noción de soberanía imperial, en cuya virtud el *ius imperium* le correspondía (al señor feudal o soberano) como representante legítimo con poder político efectivo"⁴⁶.

⁴⁰ Sobre este término VERGARA BLANCO resalta que la figura de un soberano es inexistente en el Derecho Romano, a diferencia del Derecho Medieval, (cfr. *El problema de la naturaleza...*, op. cit., pág. 448).

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² El mencionado autor es de la opinión que tanto la regalía como el dominio eminente son los dos conceptos básicos que originan el futuro y moderno dominio minero Estado-Nación., (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J.,... op. cit., pág. 46).

⁴³ VERGARA BLANCO A., *El problema de la naturaleza...*, op. cit., pág. 449.

⁴⁴ Por ejemplo, en Inglaterra, el rey normando Guillermo el Conquistador, ejecutó una política de entrega de propiedades agrícolas y mineras, pero conservando un control superior sobre todo lo existente, y reteniendo para la Corona el dominio del oro y plata, exigiendo participaciones en regalías (*fondinae regale*). Similar política tuvieron los reyes de Castilla y León en España, (cfr., VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 49).

⁴⁵ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 54.

⁴⁶ *Ibidem*.

1.3. Evolución de la propiedad minera en el Derecho Medieval Hispánico

1.3.1. Fuero Viejo de Castilla de 1138

Esta disposición fue promulgada en las Cortes de Nájera de 1138 por Alfonso VIII, y se trata del primer antecedente que hace referencia directa sobre el dominio de los recursos mineros de la Corona española (Castilla y León)⁴⁷. Instauró un régimen regalista en España al establecer que “*todas las minas de oro e plata e de plomo o de otra guisa cualquier que mineral sea, en el Senyorio del Rey, ninguno non sea de labrar en ellas sin mandado del Rey*”⁴⁸. Como podemos observar ésta última parte se dibuja como un difuso establecimiento del procedimiento concesional regalista⁴⁹: una autorización previa emitida por el soberano a todo aquel que explote las minas.

1.3.2. Las Siete Partidas 1256-1265

Dictadas por Alfonso X el Sabio⁵⁰, acentúa y precisa aún más el regalismo ya instaurado: a partir de ese momento se hablará de un dominio absoluto del suelo y la dirección de la Corona sobre el ejercicio de la minería, y se definía que las rentas pertenecían a los reyes⁵¹. A esto se agrega que el monarca ostentaba también la *revocabilidad*⁵² del permiso de explotación, como consecuencia lógica de que a quien se entregaba la mina para su explotación no la adquiría en propiedad, puesto que ésta permanecía en la

⁴⁷ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 74.

⁴⁸ VILLAR PALASÍ J. L., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 84.

⁴⁹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. *El dominio minero...* op. cit., pág. 132.

⁵⁰ URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 18.

⁵¹ DEL PINO H., *El Estado...* op. cit., pág. 6. Para VILDÓSOLA FUENZALIDA, este ordenamiento pasa a precisar el contenido del dominio de las minas atribuido a la Corona de Castilla y León, dejando de ser sólo un enunciado general, (cfr., *El dominio minero...* op. cit. pág. 74). VERGARA BLANCO declara que en las Partidas es indudable la vigencia del principio regalista, (cfr., *Principios...*, op. cit., pág. 124). También cfr. GONZÁLEZ, M., *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, 1ra. Ed., Universidad Autónoma de México, México 1996, pág. 69.

⁵² VERGARA BLANCO habla de *inalienabilidad*, (cfr., *Principios...*, op. cit., pág. 124).

Corona⁵³. Si bien la separación entre el suelo y subsuelo es una tradición que tiene origen romano, según DEL PINO⁵⁴ las Partidas dejarán establecida la distinción entre la propiedad superficiaria y la del subsuelo para el tracto jurídico posterior de España.

Por otra parte, VILLAR PALASÍ⁵⁵ indica que Las Partidas (Partida 2º, Ley V, Título 16) consideraban a la mina como un bien de dominio público. Esta ley se refiere al modo en que el rey y todos los del reino deben “*guardar que el señorío sea siempre uno e no lo enajenen ni lo departan*”, en razón a la mayor honra del rey y de los vasallos mismos⁵⁶. Asimismo, si aquél rey da en donación algo que está comprendido en el señorío como las minas, no pierde los derechos sobre ellas, porque su naturaleza es tal que el efecto sólo vale durante la vida del rey que las donó, y a su muerte, revierten a su sucesor⁵⁷.

1.3.3. Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348

Fue promulgado por el rey de Castilla, Alfonso XI. En sus leyes 47 y 48, Título 32 se estableció el pago de una regalía a la Corona en las minas de plata, oro y cualquier otro metal, y las fuentes, pilas y pozos⁵⁸, pues éstas pertenecen al Rey. Por lo tanto, nos encontramos ante un aumento del ímpetu regalista heredado de la normativa anterior, puesto que incluye a cualquier otro metal además del oro y de la plata. Sin embargo, nos llama la atención que admitiera una posible propiedad privada de señores, en virtud a un privilegio otorgado por la Corona o por haberlas obtenido desde tiempo remoto (Leyes 47 y 48, Título 32)⁵⁹. Asimismo, también se proscribió el labrado sin autorización⁶⁰. Según opinión de URIBE⁶¹

⁵³ “...las minas son parte del dominio privado del monarca y pueden ser concedidas para ser trabajadas, con lo que quedó consolidado el sistema regalista...”, BASADRE AYULO J., *Derecho de minería y del Petróleo*, Editorial San Marcos, Lima, 2001, pág. 108.

⁵⁴ DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág. 6.

⁵⁵ VILLAR PALASÍ J.L., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 84.

⁵⁶ GONZÁLEZ, M., “*Ordenanzas de la Minería...*”; op. cit., pág. 69.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ VILLAR PALASÍ J., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 84.

⁵⁹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. op., cit. pág. 74.

⁶⁰ DEL PINO, H., *El Estado...*, op. cit., pág. 6.

⁶¹ Cfr., URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 18.

dicho dispositivo no constituyó un motivo de progreso para la minería.

1.3.4. Ordenamiento de Bribeasca de 1387

A partir de esta legislación dispuesta por el Rey Don Juan I, la autorización de la Corona para el ejercicio de la actividad minera deja de ser exigida, sin que ello cause un cambio de titularidad del dominio minero, puesto que se conserva la obligación de contribuir a la Corona con dos terceras partes de los metales extraídos, deduciendo los gastos incurridos⁶². Asimismo, se elimina la división entre los yacimientos mineros de propiedad real y los de propiedad civil⁶³. De este modo, se consagra claramente la libertad de exploración y de explotación: el trabajo sobre de las minas⁶⁴, sin que la falta de ello cause su caducidad.

Por otra parte, de acuerdo a la Ley N° II de dicho Ordenamiento se señaló que:

*“...todas las dichas personas... puedan buscar y catar y cavar en sus tierras y heredades las dichas personas y otras cualquier lugares, no haciendo perjuicio unos a otros en los cavar y buscar, **fasciéndolo con licencia de sus dueños**; y de todo lo que se hallare de los dichos mineros y sacare, se parte en esta manera: lo primero, que se entregue y pague dello el que lo sacare, de todas las costas (gasto) que hiciera en vacar y lo sacar; y en lo que sobrare, sacada dicha costa, la tercia parte sea para el que lo sacare y las otras dos para Nos (el Rey)”⁶⁵.*

Si bien, se declara la separación de la propiedad superficial y subterránea⁶⁶ manteniendo, como ya hemos visto, el sistema regalista. Del texto podemos observar que, como reacción al sistema anterior puramente regalístico, el Rey Don Juan I también

⁶² BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 108.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cfr. VILLAR PALASÍ J.L., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 81, y BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 108. También en VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 121.

⁶⁵ VILDÓSOLA FUENZALIDA J., *El Dominio Minero...* op. cit., pág. 75.

⁶⁶ DEL PINO, H. *El Estado...*, op. cit., pág. 6.

instauró que dicha explotación siempre debía contar con la licencia del dueño del suelo⁶⁷.

Además, dio intervención al descubridor de yacimientos mineros con la finalidad de incentivar la industria, aunque sin muchos resultados satisfactorios⁶⁸, puesto que la actividad minera descendió rápida y abruptamente durante los 150 años de vigencia de este dispositivo. Esto fue en parte a que la regalía fijada era excesiva: el 66% (dos terceras partes deduciendo los gastos incurridos), lo que afectó el interés de los mineros; por otra parte, hubo una falta de control de la actividad minera para determinar la producción⁶⁹. A este panorama VERGARA BLANCO también añade que la licencia previa del propietario del fondo fue un defecto pues ocasionó inconvenientes prácticos y discrepancias doctrinarias⁷⁰.

1.4. Evolución de la propiedad minera en la Edad Moderna de España

1.4.1. Real Cédula de los Reyes Católicos de 1504

Fueron las primeras disposiciones legislativas expedidas en 1504 por los Reyes Católicos con motivo del descubrimiento de América. Anterior a esta disposición, en un primer momento del descubrimiento, se aplica una concesión especial previa estableciendo que las minas son reservadas al rey⁷¹. A partir de la Real Cédula se mantenía el sistema de libertad del denuncia y el laboreo minero⁷².

⁶⁷ VILLAR PALASÍ J. L., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 81. También cfr. GONZÁLEZ, M., "*Ordenanzas de la Minería...*" op. cit., pág. 70.

⁶⁸ Cfr. URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 19. Asimismo, BASADRE AYULO, nos indica que "*no fue auspicioso por la abultada cantidad de gravámenes sobre las minas y el notorio favoritismo en otorgar derechos mineros*". (Cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 108). De la misma opinión es VILDÓSOLA FUENZALIDA (Cfr. op. cit., pág. 77).

⁶⁹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 76.

⁷⁰ VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 124.

⁷¹ BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 106.

⁷² *Ibidem*.

VILDÓSOLA FUENZALIDA citando a Céspedes del Castillo indica que los Reyes Católicos insistieron y establecieron en las Indias con más vigor, incluso, que en la metrópolis, el concepto de un regalismo de carácter patrimonial sobre las minas⁷³. Consecuentemente, se dispuso el derecho del “Quinto”⁷⁴, es decir, un quinto de la producción bruta de minerales debía quedar en beneficio del Real Patrimonio⁷⁵. Sin embargo, debemos notar que este tributo no fue exigido para metales de menor valor (como el cobre, plomo, estaño y azufre) con la finalidad de incentivar su exploración⁷⁶.

1.4.2. Real Orden de 9 de diciembre de 1526

Reafirmó el dominio de la corona sobre las minas ordenando a toda persona a “*coger y labrar libremente sin ningún género de impedimento, habiendo dado cuenta al Gobernador y oficiales reales*”⁷⁷. Sin embargo, para VILDÓSOLA FUENZALIDA esta disposición incurrió en el mismo error de las Ordenanzas de Bribiesca de 1387 puesto que era tan generosa y permisiva en otorgar las concesiones para descubrir y explotar las minas en las Indias, que incluso hizo suponer erróneamente al Oidor de Quito Mateo Lagúnez que la Corona no había incluido a las minas dentro de su patrimonio, sino que más bien sobre éstas regía el Derecho Común pudiendo los vasallos disponer de ellas libremente⁷⁸.

⁷³ La Real Cédula de 5 de febrero de 1504 establecía: “... todos los vasallos, vecinos y mercaderes de la India que cogieran o sacaran de cualquier provincia o lugar dellas oro, plata, estaño, azogue (mercurio), fierro u otro cualquier metal, habían de pagar y contribuir al Real Patrimonio con la quinta parte de lo que sacaren neto”, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 85).

⁷⁴ En las antiguas Ordenanzas de Bribiesca era de los dos tercios al quinto o al tercio, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 86).

⁷⁵ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*, Edit. Primera Fuente, Lima 2009, pág. 40.

⁷⁶ VILDÓSOLA FUENZALIDA J., *El Dominio minero...*, op. cit., pág. 86.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 88.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 89.

1.4.3. Ordenanzas Antiguas de 1559: Pragmáticas de Valladolid

Expedidas en Valladolid por el Rey Felipe II, quien declaró la regalía sobre la extracción de salinas⁷⁹ (mineral no metálico). Dichas Ordenanzas revocan y anulan todos los privilegios a los particulares estipulados desde el Rey don Juan I⁸⁰, en las ya descritas Ordenanzas de Bribiesca de 1387. *“Reducimos, resumimos e incorporamos en Nos y nuestra Corona y Patrimonio todos los mineros de oro, plata y azogue destos nuestros Reynos..., no embargantes las mercedes que por Nos o por los Reyes nuestros antecesores ase hayan hecho a cualquier persona de cualquier estado...”*⁸¹.

Sin embargo, mantuvo la libertad para explorar (facultad de catar y cavar) y de aprovechar los recursos minerales una vez registrado el yacimiento dentro de veinte días de haberlo descubierto, instaurando por primera vez una suerte de derecho preferente a favor del descubridor. Conservó asimismo la obligación del amparo y el pago de un tributo⁸² como condición resolutoria del derecho; esto con la finalidad de mejorar el aspecto concesional, otorgando y dibujando un moderno régimen minero al otorgar una mayor seguridad jurídica y garantías al minero sobre el derecho obtenido⁸³.

⁷⁹ VILLAR PALASÍ J. L., *Naturaleza y Regulación...*, op. cit., pág. 84.

⁸⁰ Así las minas reincorporadas se hallaren en tierras de realengo, señorío o abadengo, en terreno público, concejil y baldío o suelo de particulares, no obstante las mercedes de cualquier tipo que hubieren hecho sus antecesores, las cuales el rey revocaba y anulaba, (cfr. GONZÁLEZ, M. *“Ordenanzas de la Minería...”* op. cit., pág. 71). Esta revocación (o si se quiere, expropiación) fue realizada mediante una compensación: *“... es nuestra voluntad de recompensar y satisfacer a los caballeros y personas, a que se han hecho las dichas mercedes que asi revocamos según lo que (...) fuere justo y razonable”*, (cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 116).

⁸¹ GONZÁLEZ, M., *“Ordenanzas de la Minería...”* op. cit., pág. 77. También en VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 115.

⁸² Aunque mantuvo aún las dos terceras partes como tributo. *“ayan la tercia parte, i las otras tercias partes sean para Nos”*, (cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 119).

⁸³ *Son la base del futuro sistema concesional, en virtud del cual se concede..., un derecho que no puede ser embarazado ni “por Nos” ni “por otro alguno”*, *Ibidem*, págs. 115-118.

1.4.4. Ordenanzas del Nuevo Cuaderno o San Lorenzo de 1584

Fueron disposiciones dictadas por el rey Felipe II en 1584. Según DEL PINO, ratifican los principios de la legislación anterior sobre la propiedad de los recursos naturales. Sin embargo otorgan mayores libertades para la exploración, incluso ahora **pasando por alto la voluntad del dueño superficial**⁸⁴, en el caso de terrenos privados.

Para tal ordenamiento, fue prioritario incentivar el descubrimiento del recurso mineral, y su explotación se torna en una exigencia junto con el posterior cobro de regalía⁸⁵, aunque ésta de un menor monto con respecto a las anteriores leyes de don Juan I⁸⁶. Estas modificaciones tuvieron como resultado una mayor participación de los particulares en la búsqueda y explotación.

Del mismo modo dentro de este régimen, específicamente en la "la Ordenanza II", se establece que los mineros hacen suyas las minas "en posesión y propiedad" siempre que los yacimientos fueran trabajados a los seis meses de registrados, bajo sanción de caer en libre denunciabilidad⁸⁷; y con la condición del mencionado pago del derecho de regalía; consecuentemente, se otorga al minero el derecho de propiedad sobre los productos extraídos⁸⁸.

1.4.5. Leyes sobre el carbón de Carlos III (1780)

La presente disposición provee beneficios para el uso del carbón-piedra al eximirlos del pago de los derechos del quinto, diezmo y treintava exigidas en las explotaciones de las minas metálicas⁸⁹.

⁸⁴ Creando para ello tribunales especiales de Minería, a los cuales se recurría en caso exista una negativa injustificada del dueño del suelo, (cfr., URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 20).

⁸⁵ DEL PINO, H., *El Estado...*, op. cit., pág. 7.

⁸⁶ Cfr., URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 20.

⁸⁷ Sobre esta disposición, que formaría parte del traslado jurídico a las Américas como leyes de indias, BASADRE AYULO haciendo referencia a Juan Solórzano, justifica la razón de la institución de trabajo obligatorio llamado mita, (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 109).

⁸⁸ DEL PINO, H., *El Estado...*, op. cit., pág. 7.

⁸⁹ BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 109

CAPÍTULO II.

ANTECEDENTES PERUANOS DE LA PROPIEDAD MINERA: DERECHO EN EL TAHUANTINSUYO Y DERECHO DEL PERÚ VIRREINAL

2.1. Época del Tahuantinsuyo

Según nos ilustra BASADRE AYULO, el concepto de propiedad romana que hacía que la cosa se encuentre sometida a su dueño negando la intervención de extraños no actuó en la época incaica⁹⁰. Al ser la reciprocidad el sistema económico imperante en el Imperio Incaico, los bienes que otorgaban más ventaja y, por lo tanto, los máspreciados (o de consistencia económica) eran la fuerza de trabajo, la posesión de tierras y la ganadería estatal⁹¹. En aquella época, según señala GARCÍA MONTÚFAR, los yacimientos pertenecieron al Inca⁹². Asimismo, LASTRES BÉRNINZON, utiliza el término “*propiedad exclusiva del Inca*” al hacer referencia a las minas de oro y plata; agrega que quienes trabajaban en ellas quedaban exentos de prestar otros servicios⁹³.

⁹⁰ BASADRE AYULO J., *Historia del Derecho Peruano*, edit. San Marcos, Lima, 1997, pág. 114.

⁹¹ ROSTWOROWSKI TOVAR, M., *Historia del Tahuantinsuyu*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014, pág. 251.

⁹² GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería: (curso universitario)*, edit.: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, pág. 31.

⁹³ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía,...*, op. cit., pág. 39.

Los pueblos prestaban un servicio organizado a través del sistema de obligaciones laborales llamado la mita para la obtención de minerales⁹⁴. Así también, DE LA FUENTE indica que las minas de oro y plata pertenecían al soberano Inca por derecho de conquista, y se explotaban en su beneficio⁹⁵. Igualmente, se afirma con seguridad que existió una *cesión* de las minas por parte del Inca a los curacas y a las poblaciones o ayllus, para que éstas las aprovecharan en su beneficio⁹⁶.

Por otra parte, la historiadora ROSTWOROWSKI, señala que la mita minera era un trabajo organizado y por turnos, que se cumplía en el ámbito de los ayllus, del señor local y en última instancia del Estado. La palabra *mita*, añade, conlleva un concepto filosófico andino de un eterno retorno⁹⁷.

Sin embargo, debemos manifestar dos conclusiones sobre la reconstrucción del régimen minero incaico. En primer lugar, la información o el esbozo sobre la tenencia de los yacimientos minerales en el imperio del Tahuantinsuyo ha sido recopilada a través de los cronistas españoles, con la consecuente limitación en referencia a la aplicación del significado de *propiedad* (en términos europeos) sobre los recursos minerales frente al punto de vista incaico.

En segundo lugar, en particular podemos sospechar que un sentido estricto de la propiedad sobre los recursos minerales extraídos, ejercida por los particulares, no existía como tal en el Tahuantinsuyo puesto que no era necesario, ya que ellos no se encontraban organizados por el mercado⁹⁸, ni dependían de la emisión de una moneda metalizada⁹⁹ para

⁹⁴ “El dominio del Inca sobre las minas se confirmó al conocerse que los depósitos mineros y los establecimientos metalúrgicos eran explotados y administrados directamente por el aparato administrativo del Inca, mediante el sistema de la mita”, (Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 87).

⁹⁵ DE LA FUENTE, M., *Occupatio...*, op. cit., pág. 18.

⁹⁶ SOTOMAYOR OLIVERA, M., “Algunos principios fundamentales de nuestra legislación minera”, *Revista de Derecho Minero*, año XXVI, enero-junio 1978, N° 37, pág. 36.

⁹⁷ ROSTWOROWSKI TOVAR, M. *Historia del Tahuantinsuyu...*, op. cit., pág. 254.

⁹⁸ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 39.

⁹⁹ Así, BASADRE AYULO recuerda una referencia escrita por el Inca Garcilazo de la Vega sobre que los súbditos del Inca no tributaban en metales preciosos por no ser necesarios para la guerra ni para la paz, (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 105). Sin embargo, VILDÓSOLA FUENZALIDA manifiesta que “el oro se destinaba a valores de

sus transacciones comerciales. Por lo tanto, se puede inferir que, bajo términos actuales, en el Incanato existía una suerte de usufructo colectivo perteneciente a los Ayllus y a la regencia de los curacas, y asimismo una propiedad estatal (o del Inca), puesto que todo era administrado y distribuido por el Estado¹⁰⁰.

2.2. Evolución en el Perú y América Virreinal. Evolución del Derecho Indiano

Una vez ocurrida la conquista española, las dificultades de implantar todo el sistema legislativo peninsular en un continente distinto, como habíamos señalado anteriormente, dio origen a que se dicten normas especiales para América, creadas sobre la mentalidad europea, e inspiradas en el Derecho Natural¹⁰¹. Según indica DE LA FUENTE, “*el Derecho inca influirá en el Derecho indiano, y regirá, en parte, como Derecho consuetudinario en el Perú posterior a la Conquista*”¹⁰². Aunque fue una legislación casuista, la característica de esta etapa será netamente *regalística* en cuanto a la institucionalización del dominio originario del Estado, continuando la tradición obtenida del antiguo derecho español.

BASADRE AYULO citando a José María Ots Caqdequí, concluye que el sistema castellano aplicado en las Indias procedió a distinguir las minas ricas o de la nación, que se reservaron al monarca, y las minas ordinarias, que fueron entregadas a cualquier persona siempre que esta pague el quinto real¹⁰³. Por otra parte, la capacidad para adquirir minas fue plena para los españoles, en cambio los naturalizados o extranjeros debían obtenerla mediante una licencia especial¹⁰⁴. Asimismo, el descubridor tenía derechos preferenciales para obtener el dominio minero¹⁰⁵.

cambio y comercio”; aunque no otorga referencias bibliográficas para sostener esta afirmación, (cfr. *El dominio minero...* op cit., pág. 87).

¹⁰⁰ “*La comunidad inca puso en primer plano jurídico el usufructo, pero con todas las restricciones surgidas por los vínculos de la comunidad misma...*”; (cfr. BASADRE AYULO, J. *Historia del Derecho Peruano*, op. cit., pág., 114).

¹⁰¹ Cfr. BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 105. También GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería.*, op. cit., pág. 32-33.

¹⁰² DE LA FUENTE, M., *Occupatio...*, op. cit., pág. 17.

¹⁰³ BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 106.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 107.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

2.2.1. Ordenanzas del Virrey Francisco de Toledo de 1574

Las Ordenanzas de Toledo conforman el primer dispositivo legal hispano realizado en el Perú¹⁰⁶, con disposiciones específicamente mineras, que fueron aprobadas por Felipe II el 7 de febrero de 1574. Por esta razón, se les cataloga como precursoras de la legislación minera, propiamente de toda América y de mayor repercusión en su época, en un intento de coordinar el ya extenso y complejo Derecho Indiano¹⁰⁷. Primero rigieron para las minas de Potosí, Posco y Berenguela (provincia de Charcas, actual Bolivia), pero posteriormente fueron aplicadas a todo el Virreinato del Perú, Chile y Río de la Plata¹⁰⁸.

Para la aplicación del sistema hispánico en la América virreinal, se estableció el principio del derecho originario del Rey de España sobre el suelo y el subsuelo, lo que conllevaba a que ningún particular podría aprovechar una mina sin autorización de los funcionarios reales competentes¹⁰⁹. Asimismo, generaba que la primera obligación para mantener el derecho sea el pago a la Corona del veinte por ciento (el quinto real mencionado) sobre la producción bruta¹¹⁰.

Por otra parte, se decide conservar el sistema de la mita heredado de la época incaica. Su conveniencia se suscitó en razón a que el Virrey Toledo también estableció como obligación minera el sistema del "Pueblo"¹¹¹, o amparo por el trabajo. Es decir, el minero

¹⁰⁶ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 40.

¹⁰⁷ BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 109. Especialmente influyó sobre su norma sucesora: las Ordenanzas de Nueva España, que regirán en la normatividad minera peruana desde 1783 hasta 1901., (cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 63).

¹⁰⁸ Si bien no existe referencia de una aplicación en la Nueva España, al menos su carácter supletorio sobre dicho Virreinato es admitido por Velázquez de León como por Gamboa, (cfr. GONZÁLEZ, M., "Ordenanzas de la Minería..." op. cit., pág. 36).

¹⁰⁹ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 42. "...todos los minerales son propios de S. M. y derechos realengos por leyes y costumbres...", cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 64.

¹¹⁰ LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 42.

¹¹¹ Cfr. DEL PINO, H., *El Estado...* op. cit., pág. 7. La institución del Pueblo o amparo por el trabajo de las minas fue establecida por el Virrey Toledo, y consistió en el trabajo del yacimiento, a través del trabajo de mitayos (obreros de las mitas), sin suspenderse la labor por más de seis días consecutivos ni más de veinte en el curso de un año como

debía mantener el trabajo continuo del yacimiento con un número mínimo de operarios como condición para mantener el derecho de extracción y la propiedad sobre lo extraído. Esta obligación habría sido de dificultosa aplicación sin el sistema de la mita, puesto que implicaba altos los costos y riesgos al responsable minero, quien tendría la premura constante de cumplir con el trabajo de extraer el mineral o perder el derecho concedido¹¹². En otras palabras, la razón para la entrega del derecho minero era, específicamente, que el yacimiento mineral sea explotado, puesto que de lo contrario no habría producción bruta de donde recabar el quinto real.

El Título I de las Ordenanzas de Toledo trata sobre los descubiertos, registros y estacas. Las XX Ordenanzas, establecen un sistema de cateo libre en terrenos ajenos. Asimismo, en caso deba realizarse alguna exploración sobre sembríos y éstas causen daños eventuales al dueño del terreno, deberá pagarse una fianza a este¹¹³. Del mismo modo, Toledo establece privilegios y derechos al descubridor de la mina, sea este indio, español o extranjero sin distinción¹¹⁴, que resultase de utilidad pública. De la misma forma, nos llama la atención el Título IV de las cuadras, VI Ordenanzas,

condición para mantener el derecho de extracción y la propiedad sobre lo extraído, y a riesgo que un tercero se sustituyese en el derecho, (cfr., LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*,..., op. cit., pág. 42. “*Debían especialmente cuidar que las minas se mantuviesen pobladas, esto es, trabajándose y explotándose en forma continua y útil, para cuyo efecto debían trabajarse por lo menos con ocho indios o cuatro negros... En caso contrario, la mina se consideraba despoblada, ..., concediéndose la mina al primero que la pidiese*” “...*pues dejándolos despoblados cesa la razón por qué fueron concedidos, justo es que los pierdan...*” (cfr., VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. *El dominio minero*... op. cit., págs. 92-93). También ver VERGARA BLANCO, A., *Principios*..., op. cit., págs. 59 y 66.

¹¹² BASADRE AYULO sostenía que esta situación limitaba la seguridad del minero para mantener su derecho, (cfr., *Derecho de minería*..., op. cit. pág.109). También cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*,..., op. cit., pág. 43.

¹¹³ LEVILLIER, R. *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929, pág. 240. Asimismo, cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. *El dominio minero*... op. cit., pág. 92. “*Ordeno y Mando, que de aquí en adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieran hacer los dichos descubrimientos, ... sino que libremente los dejen dar catas, y buscar minas y metales*”. (cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios*..., op. cit., pág. 64).

¹¹⁴ Aunque en la práctica no se conoce casos de adjudicación a personas distintas a los españoles, (cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*,..., op. cit., pág. 42).

las cuales disponen que el dueño de la mina lo sea de todo lo que hallare en sus cuadras y ninguno pueda entrar en ellas.

2.2.2. La Novísima Recopilación de las Leyes de Indias de 1680

Reunió todas las disposiciones dictadas para las colonias españolas, limitándose a reiterar los principios establecidos en los anteriores ordenamientos, sin mayores adiciones. Sin embargo logró armonizar sustantivamente la legislación derogando las normas que eran contradictorias entre sí¹¹⁵.

En lo concerniente a nuestra investigación, podemos encontrar que en el Libro IV de dicha Recopilación se establecen las disposiciones sobre:

“Descubrimiento y la labor de las minas” (Título 19): “Nuestra merced, y voluntad, que todas las personas, de cualquier estado, condición, preeminencia, ó dignidad, Españoles, é Indios, nuestros vasallos, puedan sacar oro, plata, azogue y otros metales por sus personas, criados ó esclavos en todas las minas, que hallaren, ó donde quisieren, y por bien tuvieren, y los coger, y labrar libremente sin ningún genero de impedimento, habiendo dado cuenta al Gobernador, y Oficiales Reales para el efecto contenido en la ley siguiente, por manera, que las minas de oro, plata, y los demás metales sean comunes a todos..” Y de “Los Mineros y Azogueros¹¹⁶ y sus privilegios (Título 20).

Por lo tanto, en primer lugar, se preserva el sistema de libertad de búsqueda y exploración para todo aquel súbdito del rey que descubriera y deseara explotar minerales. Sin embargo, también se mantenía el procedimiento concesional minero, es decir, la administración pública era quien otorgaba el derecho a explotar. Asimismo, se conserva la condición del pueble o amparo por el trabajo, derivado de lo establecido por las Ordenanzas de Toledo; también se mantiene la regalía a favor de la Corona¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 61

¹¹⁶ De quien amalgama. *Diccionario de Real Academia Española*. Amalgama: Quím. Aleación de mercurio con otro u otros metales, como oro, plata, etc., generalmente sólida o casi líquida.

¹¹⁷ Cfr. DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág. 7.

2.2.3. Ordenanzas Antiguas del Perú, u Ordenanzas de Ballesteros de 1683

Las Ordenanzas Antiguas del Perú fueron escritas bajo la regencia del Virrey Melchor de Navarra y Rocafull, Duque de la Palata, y estuvieron compiladas por Tomás de Ballesteros, en el año de 1683¹¹⁸. Sus líneas recolectan las disposiciones establecidas con posterioridad a las Ordenanzas de Toledo, incluyendo las Ordenanzas del Virrey Marqués de Cañete de 1593, las añadiduras y modificaciones efectuadas por Juan Díaz de Lupidana en 1598, las Ordenanzas del Virrey Luis de Velasco en 1602 y las Órdenes y Provisiones dictadas por los Virreyes y Reales Cédulas que alcanzan hasta 1680. Según BASADRE AYULO, constituyen una recopilación regional o local frente a la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, que tuvo más bien un carácter continental e interamericano¹¹⁹.

En este contexto la minería progresó a consecuencia de un conjunto de disposiciones liberales; por ejemplo, se fijaron con firmeza la extensión de las pertenencias mineras, se garantizó los derechos de los indios de la mita¹²⁰. Además, las referidas Ordenanzas establecieron que “*cualquier persona puede libremente catear y buscar minas en heredades ajenas*”¹²¹, incluso se permitió la actividad minera a los extranjeros¹²². No obstante, se mantiene el procedimiento concesional mediante la obligación de registrar y pedir licencia sobre la mina¹²³.

¹¹⁸ Cfr. GARCÍA MONTÚFAR G., *Derecho de Minería*. ..., op. cit., págs. 32-33.

¹¹⁹ Cfr. *Derecho de minería*..., op. cit. pág.110.

¹²⁰ *Ibidem* pág. 111.

¹²¹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero*..., op. cit., pág.93.

¹²² BASADRE AYULO J., *Derecho de minería*..., op. cit. pág. 111.

¹²³ “...desde que halló el metal, hasta que lo registre se probase, haber hecho algún contrato de venta de parte de la dicha veta, pierda la mina que así registró, ...porque ninguno tiene derecho a labrar, ni disponer de los dichos minerales sin la licencia... a quienes su Majestad tiene señaladas ... como en cosa suya propia”, (cfr., VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. *El dominio minero*... op. cit., pág. 93).

2.2.4. La Real Cédula de 8 de diciembre de 1785. Aplicación de las Ordenanzas de Nueva España o de Méjico de 1783

Las Ordenanzas de Nueva España dictadas por el Rey Carlos III en mayo de 1783, fueron aplicadas al Virreinato del Perú¹²⁴ mediante Real Cédula del 8 de diciembre de 1785¹²⁵. Estas tuvieron la finalidad de incentivar el desarrollo económico especialmente en las principales actividades de la minería, agropecuarias y comerciales¹²⁶.

Fueron adaptadas a la realidad del virreinato del Perú por Jorge Escobedo y Alarcón, quien realizó 56 modificaciones legales sobre dichas Ordenanzas, las cuales fueron llamadas las “*Declaraciones de Escobedo*”. Las nuevas disposiciones tuvieron gran importancia por ser fuente colonial inmediata del derecho minero en América hispana¹²⁷ y por su prolongada vigencia en el Perú y en otros virreinos¹²⁸. En el Perú, tuvo presencia a partir del 1 de agosto de 1786 hasta 115 años después de proclamada la Independencia¹²⁹, con la promulgación del Código de Minería de 1901.

En cuanto al dominio y concesión a los particulares de las sustancias minerales, el Rey estableció expresamente:

“las minas son propias de mi real Corona, así por su naturaleza i origen, como por su reunión dispuesta en la ley, y, sin separarlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por

¹²⁴ BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión*, 4ta. Edición, San Marcos, Lima, 2011, pág. 41.

¹²⁵ SOTOMAYOR OLIVERA, M., “*Algunos principios fundamentales...*”, op. cit., pág. 37.

¹²⁶ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J. op cit. pág. 94.

¹²⁷ El autor LASTRES BÈRNINZON opina que fue un verdadero código integral para regular la actividad minera, (cfr. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 45).

¹²⁸ En Chile, por ejemplo, tuvo una vigencia de 60 años, hasta la emisión de su primer Código de Minería de 1874.

¹²⁹ Nuestro país dispuso por mandato legislativo el 2 de diciembre de 1829 la vigencia de las Ordenanzas de México, modificadas por algunas leyes posteriores. Sin embargo, sufrió grandes modificaciones con la ley de 12 de enero de 1877, la cual explicaremos posteriormente.

herencia o mandato o de cualquier otra manera enajenar el derecho que ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean i en personas que puedan adquirirlo. (Artículo 1 y 2, Título V: sobre el dominio de las minas y su concesión).

Podemos decir que, en cuanto al sistema de pertenencia de la propiedad minera, no hubo mayores cambios¹³⁰, pues existe un tangible vínculo patrimonial de los yacimientos mineros con el Rey. Aunque para VERGARA BLANCO queda la disyuntiva de si este dominio se trataba de uno patrimonial o de uno eminente¹³¹. Sin embargo, para GONZÁLEZ, la propiedad y posesión otorgada a los vasallos se trataba de un dominio limitado y modificado, de suerte que la Corona mantiene siempre el “*dominio radical*”, ya que la mina podía perderse por una breve caducidad en el tiempo prescrito¹³².

Según BASADRE AYULO, en esta regulación cobró vigencia un sistema de libertad de minas¹³³ gracias a las ideas progresistas del despotismo ilustrado de Carlos III que se dejaron sentir en España¹³⁴. Podemos notar que esta circunstancia aparece para la denunciabilidad de los recursos mineros, (el cateo y el pedimento¹³⁵), además la adjudicación de la mina se hacía a quién la descubriera, y si han estado en propiedad particular pero fueron abandonadas por sus poseedores, podían ser denunciadas libremente¹³⁶.

¹³⁰ Los yacimientos mineros seguían perteneciendo a la Real Corona y seguían siendo entregadas en propiedad y posesión bajo la condición de contribuir a la Real Hacienda con un porcentaje de los minerales que se extrajeran y con la obligación perentoria de trabajarlas, bajo pena de considerarse perdidas y ser concedidas a terceros, (cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 45).

¹³¹ Cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 58.

¹³² GONZÁLEZ, M. “*Ordenanzas de la Minería...*”, op. cit., pág. 69.

¹³³ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 111.

¹³⁴ BALDEÓN RÍOS, J., “*Apuntes de Historia del Derecho Minero Peruano*”, <<http://bibliotecavirtual.minam.gob.pe/biam/bitstream/handle/minam/1737/BIV01508.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta: 4 de octubre 2016, pág. 5.

¹³⁵ Cfr. DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág. 7. También cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 59.

¹³⁶ “*Conceden la propiedad de ellas (las minas) a los denunciantes y descubridores*”. BELAUNDE MOREYRA, M. *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 42. Aunque, el artículo 14 del Título VI, que establece la libre denunciabilidad, indica: “*Cualquiera podrá descubrir i denunciar veta o mina,...*”, cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*,

En el artículo 3 del título V de las Ordenanzas, mantuvo las dos condiciones de caducidad instauradas desde las Ordenanzas de Toledo. La primera de ellas establecía el amparo por el trabajo para mantener los derechos mineros¹³⁷. En este caso, la producción debía realizarse por al menos cuatro meses continuos (artículo 13), u ocho meses dentro de un año (artículo 14). Por lo que podemos notar una gran flexibilización de las obligaciones con respecto a las Ordenanzas de Toledo, ya que en estas no se podía suspender la labor por más de seis días consecutivos ni más de veinte en el curso de un año (Cfr. pie de página nº 111).

Asimismo, la segunda condición de caducidad establecida por la referida disposición establecía que la concesión se mantenía siempre y cuando se contribuyese a la Real Hacienda en la parte de los metales que se extraigan¹³⁸. Por estas circunstancias, BALDEÓN RÍOS nos refiere que este ordenamiento también hizo suyo el sistema regalista¹³⁹.

Sin embargo, en contraposición con las disposiciones más liberales de los regímenes anteriores, y en contra de sus propias tendencias progresistas, se estableció la prohibición del denuncia minero para los extranjeros, sacerdotes, funcionarios públicos y sirvientes u operarios de las minas¹⁴⁰. Asimismo, las Ordenanzas disponían un sistema de privilegios para los mineros que se extendía a sus descendientes, en lo relativo a protección en caso de enfermedad o vejez, como de defensa para juicios que les fueren iniciados¹⁴¹.

Finalmente, todas estas circunstancias no tan alentadoras para la toma de riesgos e inversión, sumadas a la obligación de contribuir con el quinto real al Fisco (que tuvo que ser

op. cit., pág. 59). También cfr. SOTOMAYOR OLIVERA, M., "Algunos principios fundamentales..."; op. cit., pág. 37.

¹³⁷ Cfr. URIBE HERRERA, A., *Manual...*, op. cit., pág. 22. También cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., "Algunos principios fundamentales..."; op. cit., pág. 38.

¹³⁸ Cfr. VERGARA BLANCO, A., *Principios...*, op. cit., pág. 58.

¹³⁹ BALDEÓN RÍOS, J., *Apuntes de Historia...* op. cit., pág. 7.

¹⁴⁰ Cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 46

¹⁴¹ *Ibidem*.

posteriormente reducido a un décimo real)¹⁴², generaron el despueble o abandono de las labores mineras. Este descenso productivo tuvo un efecto contraproducente al inicial propósito de desarrollo minero que perseguían las ordenanzas, incidiendo gravemente en toda la economía del posterior siglo XIX.

¹⁴² Por eso decíamos anteriormente, que es evidente que el dominio establecido en estas Ordenanzas es tanto eminente como patrimonial.

CAPÍTULO III. LA PROPIEDAD MINERA EN LA REPÚBLICA

1.1. Época Liberal: Siglo XIX y comienzos del siglo XX

1.1.1. La propiedad minera en los comienzos de la República. Siglo XIX

La independencia del Perú no produjo cambios sustanciales inmediatos en la legislación minera con respecto a la pertenencia de los recursos minerales, puesto que el nuevo Estado sería el dueño originario de los yacimientos¹⁴³. Es así como el Estatuto Provisional de Huaura, promulgado por el libertador don José de San Martín el 12 de febrero de 1821, dispuso que “*quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el Gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país...*”¹⁴⁴. Con lo cual, se mantuvieron vigentes las Ordenanzas de Minería de Nueva España, las que fueron posteriormente ratificadas por Bolívar, el 20 de julio de 1824¹⁴⁵.

¹⁴³ GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 33.

¹⁴⁴ Idéntico principio jurídico está inserto en la Constitución Política promulgada en el año 1823, (cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 112).

¹⁴⁵ GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 33.

1.1.1.1. Decretos ejecutivos del General don Simón Bolívar

El 20 de julio de 1824, Bolívar estableció que las minas de azogue (mercurio) pertenecían a sus descubridores, asimismo suprimió el sistema de la mita, que subyugaba a los indios del Perú a trabajos forzados bajo crueles condiciones laborales; de tal modo, ordenó que los mineros debían tratar a sus operarios como hombres libres¹⁴⁶. Posteriormente, un Decreto del 2 de agosto de 1825, también promulgado por Simón Bolívar, estableció que las minas abandonadas o despobladas pertenezcan al Estado para ser arrendadas a sus acreedores en pago de créditos¹⁴⁷.

Asimismo, en 15 de diciembre de 1829, con la finalidad de relanzar la alicaída economía minera se realizó una fuerte liberalización tributaria, puesto que se derogó la contribución del quinto real que ya había sido reducida a un décimo, así como también en general todo impuesto y contribución a la producción de oro y plata¹⁴⁸.

1.1.1.2. Ley de 12 de enero de 1877

Como hemos explicado anteriormente, las Ordenanzas de Nueva España o de Méjico aplicadas al Perú en 1785, no habían logrado el cometido de canalizar el resurgimiento de la actividad minera, pero tampoco lo hicieron las posteriores exoneraciones tributarias realizadas en los primeros inicios de la república. Por lo que, para el año 1875 (cien años después de emitidas las Ordenanzas de Méjico), este sector ya presentaba un cuadro de mayor descenso¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BALDEÓN RÍOS, J., *Apuntes de Historia...*, op. cit., pág. 8.

¹⁴⁷ Esta es una referencia importante anotada por BASADRE AYULO, el cual también describe "la importancia histórica de tal dispositivo normativo en cuanto fue el inicio del debate jurídico sobre el complejo petrolero de La Brea y Pariñas que iba a convulsionar el debate político peruano en el siglo XX", (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 112).

¹⁴⁸ Cfr. LASTRES BERNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 49.

¹⁴⁹ *Ibídem*.

Por esta razón, la ley de 12 de enero de 1877, promulgada dentro del gobierno de Mariano Ignacio Prado, realizó fuertes modificaciones a las Ordenanzas de Nuevo Méjico, con la finalidad de su aplicación en la República¹⁵⁰. A nuestro parecer, la más importante y liberalizadora modificación fue la realizada sobre las condiciones para la adquisición y conservación de la propiedad minera, ya que suprimió el denuncio y pérdida de las minas por falta de trabajo, lo cual demuestra una posición completamente opuesta a la que se venía llevando desde la misma entrada en vigencia del Derecho Indiano en nuestro continente, desde las Ordenanzas de Toledo hasta las Ordenanzas de Méjico. No obstante, por otro lado se mantuvo el pago de un impuesto pecuniario como condición esencial para conservar el derecho a explotar¹⁵¹, pero reforzando que este sea otorgado de manera continua y puntual por parte del concesionario minero¹⁵².

Una de las razones de este fuerte cambio realizado por la ley del 12 de enero de 1877, según su exposición de motivos, yació en la finalidad de evitar los frecuentes litigios entre los mineros y la administración pública, causados por la pérdida del derecho minero en razón a no poder mantener la condición del trabajo mínimo o *Pueble*. Pero también, muestra la imperiosa necesidad de otorgar protección a los

¹⁵⁰ Por ejemplo se reemplazó a la Corona Real por "el Estado" y la Memoria de los Virreyes por el Padrón Minero, (cfr. BALDEÓN RÍOS, J., *Apuntes de Historia...*, op. cit., pág. 10).

¹⁵¹ Estas disposiciones crearon un impuesto de 15 soles semestrales sobre cada pertenencia, estableciendo que el pago debe realizarse de manera puntual y continua (como máximo un semestre de falta de pago) como condición resolutoria para la posesión y propiedad de la mina, (cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., pág. 43). Asimismo, BASADRE AYULO señala que quedaba exonerado del pago si la mina estuviese amparada por socavón, máquina o cualquier obra, (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág.115). Este tributo tenía la calificación de contribución, (cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 53).

¹⁵² Así, BALDEÓN RÍOS, nos dice que el dueño de la mina que dejase de pagar en un semestre perdía indefectiblemente su derecho de posesión, (cfr. *Apuntes de Historia...*, op. cit., pág. 10).

capitales invertidos en la industria¹⁵³. La tradicional (y, para algunos, entorpecedora) exigencia del *Pueblo* o amparo por el trabajo de las minas, como condición para mantener el derecho de explotación minera, no volverá a aparecer en el ordenamiento peruano sino hasta la promulgación del Decreto Legislativo N° 17792, en el año 1969 iniciado el régimen del gobierno militar de Velasco, como veremos en detalle posteriormente.

Debemos mencionar que la ley de 12 de enero de 1877 es una norma que se distingue porque abre una nueva etapa en la historia legislativa, al separarse de algunas instituciones tradicionales más importantes e influyentes sobre la propiedad minera en nuestro ordenamiento. A partir de dicha norma, será tangible el camino que posteriormente, y por un prolongado tiempo, tomaría la legislación minera peruana respecto a facilitar las condiciones al concesionario sobre el ejercicio de sus derechos mineros autorizados.

Asimismo, su carácter liberal se reforzó aún más al eliminar la prohibición sobre los extranjeros, quienes a partir de entonces también podían ejercer la actividad minera (incluyendo la posesión de las minas) bajo las mismas condiciones que los nacionales¹⁵⁴. La permisividad a la actividad minera para los extranjeros tiene antecedentes desde las Ordenanzas de Toledo pero, como recordaremos, había quedado prohibida por las Ordenanzas de Nueva España.

Estos cambios fueron producidos como consecuencia de ideas que partían, de un lado, de una nueva concepción

¹⁵³ En palabras de DEL PINO: “*El minero de la Colonia tomaba una parte de la propiedad, una parte del producto a cambio de su esfuerzo en la búsqueda de minas en las labores de explotación, pero estaba expuesto a perder todo su trabajo, si no obtenía lo suficiente para cubrir la participación del Estado y los gastos*”, (cfr., *El Estado...*, op. cit., págs. 8 y 9).

¹⁵⁴ Cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 42 y DEL PINO H., *El Estado...* op. cit., pág. 8. BASADRE AYULO nos indica que en el derecho indiano virreinal los extranjeros podían adquirir minas mediante una licencia especial, (cfr., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 107).

sobre la propiedad privada¹⁵⁵ de las minas que revalorizaba los derechos y libertades individuales frente al ejercicio del poder del soberano. Y, de otro lado, por la naturaleza misma de los trabajos mineros puesto que, en casi todos los casos, aquellos no se realizaban inmediatamente después de su descubrimiento.

Conjuntamente, las nuevas circunstancias originadas por el devenir de la Revolución Industrial del siglo XIX hacían que el Estado recabe nuevos objetivos: para la industria minera era necesario el desarrollo de la inversión y diversificación técnica frente a los mayores tipos de minerales que se debían extraer, así como enfrentar las nuevas demandas comerciales e industriales y avances tecnológicos en la explotación¹⁵⁶.

1.1.1.3. Ley del 21 de diciembre de 1888

Fue una norma promulgada por el presidente Andrés Avelino Cáceres, que reguló el denuncia de los yacimientos de salitre, bórax, nitratos, cloruros, sulfatos y sales potásicas, formando un bien distinto y separado del terreno en que se encontraban¹⁵⁷. Conforme el artículo 1 del reglamento para la ejecución de la ley, la propiedad de dichos yacimientos corresponde a la nación y a los particulares la posesión para explotarlos¹⁵⁸.

¹⁵⁵ “En el campo de los principios y la legislación, inspirado sustancialmente por los ideólogos de la revolución francesa y por las normas legales que la siguieron, no se concebía la propiedad sin seguridad. La Revolución que había proclamado la libertad, consideraba propiedad y libertad individuales como valores consustanciales. Por ello era indispensable otorgarle a la propiedad la solidez requerida para el logro de sus fines y el antiguo régimen no se compadecía de estas ideas”; (cfr. DEL PINO H., *El Estado...* op. cit., pág. 9).

¹⁵⁶ *Ibidem.* págs. 8 y 9.

¹⁵⁷ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 115.

¹⁵⁸ Cfr. MINISTERIO DE FOMENTO, DIRECCIÓN DE MINAS Y PETRÓLEO. *Código de Minería del Perú anotado y concordado*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1924, pág. 205.

1.1.1.4. Ley de 8 de noviembre de 1890

Siguiendo la tendencia liberal ya empezada desde la ley del 12 de enero de 1877, mediante esta disposición se estableció que por un plazo de 25 años (es decir, hasta el año 1915) los impuestos sobre la propiedad minera y sus utilidades (salvo la contribución o fomento de la minería creado en la ley de 1877¹⁵⁹), incluyendo la exportación de sus productos, no serían aumentados por el Estado ni se crearían otros nuevos, con la finalidad de dar seguridad e incentivar mayores capitales privados sobre la minería¹⁶⁰. Quizá esta decisión resultó en una política forzosa, aún más luego de las graves pérdidas a consecuencia de la Guerra del Pacífico (1879-1888), en un intento de reconstruir la economía.

1.1.2. La propiedad minera en los comienzos del siglo XX

1.1.2.1. Código de Minería de 1901

En palabras de GARCÍA MONTÚFAR, el alumbramiento del Código de Minería de 1901, estuvo sometido a un “*difícil proceso de gestación*”, y es que desde 1826 hubo numerosas comisiones nombradas por la Sociedad Nacional de Minería para su realización¹⁶¹, así como distintos intentos y proyectos presentados¹⁶². No obstante, finalmente mediante dicho Código se llegó a unificar las dispersas regulaciones que

¹⁵⁹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., op. cit., pág. 247.

¹⁶⁰ BALDEÓN RÍOS, J., *Apuntes de Historia...* op. cit., pág. 12. A partir de entonces el único impuesto que pesó directamente sobre la minería fue la modesta contribución semestral de 15 soles por pertenencia establecida en 1877, (cfr. SOTOMAYOR OLIVERA, M., “*Algunos principios fundamentales...*”; op. cit., pág. 38).

¹⁶¹ Cfr., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 33

¹⁶² Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., “*Algunos principios fundamentales...*”; op. cit., pág. 38. Por su parte, VILDÓSOLA FUENZALIDA nos explica que hubo dos proyectos importantes (porque sabemos que hubieron muchos más). El primero de ellos fue elaborado en 1893 por el Gobierno y tenía una tendencia nacionalista, en el sentido que establecía mayores condiciones de caducidad y notables cargas tributarias a los mineros, además de ostentar un carácter general que, de ser aprobado, también requeriría ser reglamentado posteriormente por el ejecutivo. Posteriormente, la Sociedad de Minería (que conglomeraba los intereses empresariales) elaboró en 1897 un segundo proyecto más elaborado y detallado que el primero, siendo este el que finalmente se aprobó, (cfr. *El Dominio minero...*, J. op. cit., pág. 247).

hasta la fecha existían sobre el sector minero. Fue promulgado por el presidente Eduardo López de Romaña gracias a facultades legislativas otorgadas en 1896 al poder ejecutivo¹⁶³, y tuvo vigencia a partir del 1° de enero de 1901. Asimismo, sus disposiciones derogaron toda la legislación minera anterior, con excepción de algunas leyes, entre ellas la del 22 de diciembre de 1888 y la del 11 de enero de 1896, disposiciones que reservaban para el Estado la propiedad de los yacimientos de guano¹⁶⁴ y de salitre, respectivamente¹⁶⁵.

Del Código de Minería de 1901 se puede decir que tuvo un estilo simple y ordenado, además de poseer un carácter individualista y liberal¹⁶⁶. Sin embargo, estas últimas cualidades no le abstuvieron de ser objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina¹⁶⁷. Aunque para otros, fue en realidad la época de oro de la minería en el Perú¹⁶⁸. Como podemos observar ya desde la ley del 12 de enero de 1877, el Código de Minería de 1901 nace en un contexto en el que se reforzaba aún más la necesidad de incentivar y dar seguridad a la inversión de los capitales en la producción minera, lo que conllevó a que se multiplicaran por diez las pertenencias mineras¹⁶⁹.

¹⁶³ Cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 43.

¹⁶⁴ “Aunque estos restos de deyecciones de aves marinas (guano) no son recursos mineros, criticándose al código por insertar esta disposición”; (cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 116).

¹⁶⁵ DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág. 9.

¹⁶⁶ BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág.116. Por su parte, LASTRES BÉRNINZON lo cataloga de sencillo y de fácil manejo, (cfr., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 53).

¹⁶⁷ BELAUNDE MOREYRA expresa que el Código mereció fuertes críticas por su carácter excesivamente privatista, (cfr. *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., págs. 43-45). El profesor jurisconsulto e ingeniero de minas Samamé Boggio, catalogó al código como “desenfreno jurídico liberal”, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 249).

¹⁶⁸ El Código de Minería liberal de 1901 abrió la producción minera a las inversiones extranjeras y el camino para las empresas capitalistas modernas. DEUSTUA, J., *La minería peruana y la iniciación de la República 1820-1840*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP), Lima, 1986, pág. 98.

¹⁶⁹ El profesor de San Marcos, doctor Alfredo Solf y Muro, en referencia al Código de 1901, decía que “su principio de estímulo para la producción minera era conveniente”. Por otra parte, según referencia de SOTOMAYOR el crecimiento de la minería entre 1896

Esto estimuló notablemente su ya mencionado carácter liberal, tanto así que VILDÓZOLA FUENZALIDA manifiesta directamente que el Código de Minería de 1901 fue una recepción del pensamiento y doctrina liberal de la legislación minera francesa (específicamente la Ley Minera del 21 de abril de 1810, promulgada por Napoleón) en Iberoamérica¹⁷⁰.

Como menciona VERGARA BLANCO: *“El vínculo jurídico de las minas con la organización que ostenta el poder social siempre estuvo constantemente afirmado, y fue sólo a partir de la Revolución Francesa y, posteriormente, con la aplicación de ideas del individualismo liberal, cuando se pretendió otorgar a las minas el carácter de propiedad privada (aunque, paradójicamente, siguieron siendo “concedidas” por el Estado a los particulares, sin perder éste su vínculo originario), como una forma especial de la propiedad privada, regida, entonces, por el derecho civil...”*¹⁷¹.

En efecto, estas ideas calaron enérgicamente en el derecho minero peruano de esta etapa. Sobre todo calzaron en el artículo 5º del Código de Minería de 1901, el cual reforzó el dominio minero de los particulares al instituirlo con las características de **irrevocabilidad** y **perpetuidad**, por lo que podemos observar que la intención era asimilar esta *“propiedad”*¹⁷² lo máximo posible a las características de una propiedad civil¹⁷³.

a 1908 tuvo tanta importancia, que fue comparado con la ganadería y agricultura Argentina, (cfr. “Algunos principios fundamentales...”; op. cit., pág. 39-40).

¹⁷⁰ “...al tratar la evolución histórica-jurídica de los países de América Latina, se podrá observar en ellos cómo se recepciona el pensamiento y la doctrina liberal que se traducen y plasman jurídica y económicamente en sus legislaciones mineras, como por ejemplo en los Códigos o Leyes Mineras de Bolivia (C.M. 1880), de Chile (C.M. 1888), México (leyes o Códigos Mineros de 1884, 1892, 1909), Perú (1900) y de Cuba, en donde se aplicaron irrestrictamente hasta mediados del siglo XX”, (cfr. VILDÓZOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...* op. cit., pág. 151).

¹⁷¹ VERGARA BLANCO, A., *Principios...* op. cit., pág. 175.

¹⁷² Incluso GARCÍA MONTÚFAR, reconoce que hay diferencia entre un derecho de explotación (que permitiría cautelar con mayor eficacia el interés público) y el derecho de propiedad sobre los yacimientos que *sí otorgaba* el Código de Minería de 1901, (cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 53).

¹⁷³ “Un catedrático de Derecho de Minería de entonces opinaba que la asimilación de las minas a la propiedad común es una de las conquistas del derecho moderno”, (cfr. SOTOMAYOR OLIVERA, M., “Algunos principios fundamentales...”; op. cit., pág. 39). Por su parte, BASADRE AYULO califica de “equivoco” el término de propiedad privada,

irrevocable y perpetua sobre la mina; y agrega que ésta fue debido a la influencia de la ley napoleónica, (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 117). Nos imaginamos que el autor se refiere a la ley de Minería de Napoleón emitida el 21 de abril de 1810, de tendencia liberal frente a la propiedad.

Consideramos de importancia la influencia de esta norma, por ello, para tener una idea de sus orígenes, pasamos a explicar someramente lo siguiente:

1. Al estallar la Revolución de 1789, el rey era el único que disponía de la propiedad de las minas, por lo tanto no era de extrañar que posteriormente, *“la Asamblea Constituyente se inspirara en ideas diametralmente opuestas que llevaron a la dictación de la Ley de 28 de Julio de 1791*, (cfr. RUIZ BOUGEOIS, J., *Reflexiones...*, op. cit., pág. 15). Esta ley tenía ideas, conceptos y normas en cuya virtud las sustancias minerales no son de nadie – *res nullius*-, y su modo de adquirir originario es la ocupación en calidad de descubridor.
2. Posteriormente, en 1806, se conocía el primer proyecto de ley minera a iniciativa de Napoleón, el cual estaba basado en que *“las minas deben estar a disposición de la Nación en todos los pueblos de Europa”*; (cfr. RUIZ BOUGEOIS, J., *Reflexiones...*, op. cit., pág. 15). En otras palabras, *se impuso claramente el criterio de Napoleón, en el sentido de que el dominio de las sustancias minerales debe atribuirse, de acuerdo a los principios del sistema fundario (que se le denomina de la “acesión”), al dueño del suelo o superficie*. Todo ello “por cuanto era necesario conciliar y compatibilizar el texto sobre el dominio de dichos recursos con el art. 552 del Código Civil de 1803, la cual declaraba la propiedad de aquellos en favor del dueño del suelo (tanto el dominio de la superficie como del subsuelo). Sin embargo dicho artículo del Código Civil Francés también agregaba: *“excepto las modificaciones de la ley y reglamentos relativos a las minas”*, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 111).
3. Pues bien, la primera ley dictada en el marco de la disposición citada del Código Civil, fue precisamente la Ley de Minas de 1810, (cfr. RUIZ BOUGEOIS, J., *Reflexiones...*, op. cit., pág. 15). Sobre esta norma, Napoleón señala que: *“era necesario exponer claramente el principio de que la mina hace parte de la propiedad de la superficie, sin embargo no puede ser explotada sino en virtud de un acto administrativo del soberano”, agregando que “el descubrimiento de una mina crea una propiedad nueva que mediante un acto del soberano permite que aquel que ha hecho el descubrimiento pueda aprovecharlo, pero como a su vez, el propietario de la superficie tiene derechos sobre esta propiedad, el acto debe contemplarlos a aquéllos también”*, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, *El dominio minero...*, op. cit., pág.s 115 y 151).
4. Por lo tanto, *La Ley Minera de 1810* define y establece un sistema estructurado en base a los principios y concepción de un dominio minero fundario virtual, que atribuye la propiedad de los recursos minerales al dueño del terreno superficial donde están ubicados, sea suelo o subsuelo, pero con la obligación de trabajarla en caso de que un tercero lo solicite y no desee llevarlo a efecto el propietario de la superficie, (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El Dominio Minero...*, op. cit., pág. 131). Esto excluyó la acción del Estado y su calidad de titular del dominio minero, haciéndolo intervenir sólo como tutor y administrador de dichos recursos, a objeto de concederlos a los particulares que los descubrieran, a quienes les otorgó el derecho a explotar, con preferencia al dueño del suelo, pero si éste se rehúsa, el

Por lo tanto, el presente Código dejó de lado el tradicional vínculo patrimonial entre los recursos naturales y el Soberano, tal y como las legislaciones anteriores acostumbraban establecer de manera más clara y expresa, **pero sin llegar a negarlo**. De este modo, si bien el Código de Minería de 1901 no aludió explícitamente a que existía un dominio originario del Estado sobre los recursos naturales, el sistema se tuvo que valer de su fuerte tradición regalista anterior, esta idea se vigoriza sobre todo por la conservación de la causal de caducidad por falta del pago del impuesto anual¹⁷⁴ estatuida desde la ley de 12 de enero de 1877 (Cfr. pie de página n° 151).

Asimismo, la *propiedad minera* seguía siendo otorgada en concesión por el Estado mediante un proceso administrativo de denuncia¹⁷⁵, y solo se conservaba si se efectuaba el pago de un modesto canon territorial anual. Sin embargo, el derecho de explotar la mina de entonces solamente caducaba por la falta de pago del impuesto anual de treinta soles oro por pertenencia¹⁷⁶, o por el abandono voluntario (arts. 68 y 73), aunque evidentemente ambos casos son situaciones de extrema negligencia.

Aun así, con todas aquellas modificaciones se creó un fuerte contraste de la propiedad minera frente al régimen anterior, decididamente regalista. Basta con recordar que aún seguía vigente (hasta 1915) el régimen de estabilización tributaria creado por la ley del 8 de noviembre de 1890, y que aún más allá, desde 1877 se había suprimido la tradicional obligación del amparo por el trabajo. Por todas estas razones, para VILDÓSOLA FUENZALIDA, el Código de Minería de 1901

tercero que los descubrió y puso en evidencia tiene el derecho a ejecutarlo, (cfr., *Ibidem*, pág. 131).

¹⁷⁴ Cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 44.

¹⁷⁵ Cfr. GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho Minero...* op. cit., pág. 53.

¹⁷⁶ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 116. LASTRES BÉRNINZON señala que este impuesto era el mismo creado por la ley de 1877, (cfr., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 53). "Se sirve de él (del impuesto) para asegurar el trabajo de las minas descartando la arbitrariedad en su apreciación, (cfr. DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit, pág. 13).

sustituyó de raíz toda inspiración española del sistema del dominio regalista patrimonial del Estado¹⁷⁷.

1.1.2.1.1. Sistema de Adquisición sobre los minerales no metálicos del Código de Minería de 1901

Estas disposiciones liberales llegan a su punto culminante con la extraordinaria y notable distinción que realizó en cuanto se trataba de los minerales no metálicos, puesto que permitió sobre ellos la aplicación de un indudable sistema de adquisición a favor del propietario del suelo: es decir, quien era dueño de la superficie sería dueño también de los granitos, mármoles o areniscas económicamente valiosas que se encontraran en el subsuelo.

De esta forma, el artículo 2 del Código de Minería de 1901 establece que:

*“Pertenece exclusivamente al dueño del suelo: las piedras silíceas, pizarras, areniscas o asperones, granitos, basaltos, piedras y tierras calizas; las serpentinas, mármoles, alabastros, pórfidos, jaspes, y en general todos los materiales análogos de construcción y ornato; el yeso, arenas, margas, kaolín, esmeril, tierras arcillosas y de batán; el ocre almagre y demás tierras colorantes; las tierras piritosas, aluminosas y magnesianas; la esteatita, los fosfatos calizos y la turba”.*¹⁷⁸

Solo si estos minerales no metálicos yacían en terrenos pertenecientes al Estado o a las Municipalidades, el artículo 2 establecía que aquellos se entregaban mediante concesiones especiales.

¹⁷⁷ VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 115.

¹⁷⁸ Cfr. MINISTERIO DE FOMENTO, *Código de Minería del Perú*, op. cit., pág. 14. Cfr. BASADRE AYULO J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 116.

1.1.2.1.2. Sobre los minerales metálicos

Sobre los minerales metálicos la propiedad de las minas seguía siendo separada y distinta del terreno superficial (artículo 4º)¹⁷⁹, es decir, la propiedad minera sobre ellos sí era concedida por el Estado como habíamos mencionado en un principio. Por su parte, el dominio, posesión uso y goce de aquellas era transferible de acuerdo a la legislación común¹⁸⁰. Dentro de este caso, el Código de Minería de 1901 dio preferencia al concesionario minero (se entiende, solo de minerales metálicos) frente a los derechos del propietario superficial, puesto que en el artículo 97 y 99¹⁸¹ se otorgó a aquél el derecho a expropiar tanto terrenos eriazos como cultivados de propiedad de los particulares a falta de acuerdo con el dueño¹⁸².

Por otra parte, siguiendo con su espíritu de apertura económica y liberal, los extranjeros seguían manteniendo las mismas condiciones de adquisición de minas que los nacionales¹⁸³, recordemos que esta situación había sido recuperada en nuestro ordenamiento desde la ley del 12 de enero de 1877.

¹⁷⁹ Cfr. MINISTERIO DE FOMENTO, *Código de Minería del Perú*, op. cit., pág. 205 pág. 16. y BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 44.

¹⁸⁰ Artículo 10 del Código de Minería de 1901: “*Todos los contratos, que versen sobre la propiedad minera y sus productos, están sujetos a la ley común; pero no pueden ser rescindidos por lesión, ni habrá respecto de ellos lugar a la restitución in integrum, ni al retracto*”, (cfr., MINISTERIO DE FOMENTO, *Código de Minería del Perú*, op. cit., pág. 18, y LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., pág. 53).

¹⁸¹ El poseedor del suelo está obligado a ceder al concesionario, previa indemnización, el área que fuese necesaria para la explotación de la mina. Cuando no haya acuerdo la Diputación procederá a la expropiación. Luego de dos años de abandonada la mina, el poseedor del terreno podrá recuperar el suelo, (cfr. MINISTERIO DE FOMENTO, *Código de Minería del Perú*, op. cit., pág. 205, págs. 98 – 100).

¹⁸² La aparición de este derecho de expropiación se mantendría en las posteriores legislaciones (Código de Minería de 1950 como en la Ley General de Minería del Decreto Ley N° 18880 y la Constitución de 1979) hasta la dación del artículo 70 de la Constitución de 1993, la cual descartó la posibilidad de emitir una ley expropiatoria bajo el motivo de utilidad pública.

¹⁸³ Cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., pág. 45.

1.1.3. Constituciones políticas del Perú desde 1823 hasta 1867

Ninguna de las Constituciones Políticas del Perú, desde su independencia hasta antes de 1920, delimitan o establecen conceptos sobre el dominio o de la propiedad de los recursos minerales en específico o recursos naturales en general. Por lo que la mención de la propiedad minera a nivel constitucional empieza a partir de la Constitución de 1920.

1.2. Época restrictiva, desde 1920 hasta 1990

1.2.1. Constitución del Perú de 1920

El Artículo 42° de la Constitución de 1920 disponía que: *“La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Solo concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan”*.

Se trata de la primera norma de nivel constitucional que establece una titularidad del Estado sobre todos los recursos minerales (*en toda su amplitud*) de manera categórica. Por lo tanto, de alguna manera, se inicia un retorno tangible al sistema regalista, aunque aún no está establecida claramente la naturaleza de esta *“pertenencia”*, pues al referirse a una *“propiedad minera”*, parece aludir a parámetros del derecho civil. No obstante, por lo menos es evidente que se instauraba una clara diferencia del estilo liberal establecido por el aún vigente Código de Minería de 1901, el cual no se pronunciaba expresamente sobre el régimen de propiedad de los recursos naturales, y que incluso establecía que los yacimientos de minerales no metálicos pertenecían al dueño de la superficie en propiedad civil.

Asimismo, otra característica importante era que la Constitución de 1920 solo permitiría la concesión en *posesión y en usufructo*. Es decir, ya no hallamos una entrega de la *propiedad minera* a los particulares (como en el Código de Minería de 1901), pues aquella sólo recaería sobre el Estado.

Sin embargo, es evidente que la Constitución de 1920 generaba en la teoría un conflicto con el Código de Minería de

1901, en específico sobre los derechos de propiedad sobre yacimientos minerales no metálicos otorgados a los dueños del terreno superficial. En opinión de GARMENDIA, la nueva postura constitucional no podía interpretarse como una incautación de hecho de los yacimientos de propiedad particular cuyos derechos fueron legalmente adquiridos¹⁸⁴, puesto que de otra forma no habría guardado conformidad con el artículo 38 de la misma Constitución¹⁸⁵, que otorgaba garantías a la propiedad al establecer que a nadie se le puede privar de su propiedad sino por causa de utilidad y previa indemnización justipreciada.

Bajo esta circunstancia, de acuerdo con DEL PINO, con la dación de la Constitución de 1920 se empieza a operar la nacionalización de las minas, puesto que según la exposición de motivos de la referida norma suprema, la riqueza minera no era la obra del hombre sino de la naturaleza, y por esta causa su utilización debía ser en provecho común: en otras palabras, era necesario asegurar que su uso sea para el bien general. De esta manera, incluso se llega a la concepción de una acción directa del Estado con la finalidad de asegurar el fiel cumplimiento del fin general¹⁸⁶.

Podemos observar que empieza a esbozarse tenuemente un periodo en el que se proyecta la idea de que el Estado debe ejercer la actividad minera como empresario, y que se definirá en la siguiente Constitución e intensificará sobre todo con los Códigos y leyes de Minería posteriores. Sin embargo, aún con la falta de una

¹⁸⁴ Cfr. GARMENDIA, R., op. cit. pág. 3. Este problema jurídico-teórico tendría solución posteriormente con la ley que reguló el artículo 37 de la Constitución de 1933, de la cual hablaremos más adelante.

¹⁸⁵ Art. 38° de la Constitución del Perú de 1920.- *“La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones, y de toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes”*.

¹⁸⁶ DEL PINO refiere que la Constitución de 1920 obedecía a una nueva concepción del fin del derecho: *“causando su uso en bien social”* que surgió luego del apogeo de los pensamientos liberales anteriores, (cfr. *El Estado...* op. cit., pág. 10-12).

definición constitucional, el Estado ya había incursionado en actividades empresariales mineras anteriormente, como la de la Mina de cinabrio en Huancavelica y el monopolio de guano, o la expropiación de salitreras a comienzos de 1870¹⁸⁷.

1.2.2. Ley N° 6611, de marzo de 1929

Veintiocho años después de la emisión del Código de Minería de 1901, precisamente en marzo de 1929, la Ley N° 6611 permitió la libre denunciabilidad de los materiales de construcción y de todos los fijados en el artículo 2° del Código de Minería de 1901, siempre que no estuvieran explotados por el propietario del terreno, por lo que se abolía el principio de accesión sobre prácticamente todos los minerales no metálicos. Sin embargo, el propietario superficial mantendría a partir de entonces un derecho de preferencia para poder explotarlos él mismo en caso aquellos recursos fueran denunciados por una tercera persona. Así, el artículo 6 de la Ley N° 6611 señala:

“Cuando se denuncie terrenos conteniendo las sustancias indicadas en el artículo 1° en terrenos de propiedad particular, deberá notificarse al dueño del suelo, quien, durante treinta días tendrá la preferencia para denunciarlos por su cuenta; en tal caso deberá cumplir con las obligaciones puntualizadas en esta ley.”

Asimismo, instauró un impuesto sobre la explotación de los minerales no metálicos (artículo 4) llamado *“contribución minera”*¹⁸⁸, excepto si la explotación era realizada por el propietario de la superficie (artículo 5). Estos propietarios solo mantienen la obligación, en todos los casos, si registran la explotación minera no metálica sobre su propio predio en el Padrón y de explotar el yacimiento concedido (artículo 10).

Al respecto, BASADRE AYULO refiere que esta norma se trata de una *aplicación del principio de accesión*, pero en realidad se

¹⁸⁷ Cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., “Los recursos naturales en la Constitución vigente”, *Revista Ius et Veritas*, año 5, N° 9, Lima, noviembre 1994, pág. 139.

¹⁸⁸ Cfr. GARMENDIA, R., “Los derechos legalmente adquiridos en Minería”, *Revista de Derecho Minero*, año 4, n° 5, Lima, agosto 1955, pág. 5.

trata de un regreso al principio regalista existente antes del Código de Minería de 1901 sobre los minerales no metálicos, puesto que este derecho de preferencia otorgado a los propietarios de la superficie solo dispuso un orden de prelación a los concesionarios, más no un otorgamiento necesario al propietario del terreno. Por esta razón, GARCÍA MONTÚFAR nos aclara que simplemente “se trataba de la sustitución en el denuncia que podría realizar un tercero”, pasado el plazo correspondiente, “el superficiario no posee ningún derecho especial sobre las mismas”¹⁸⁹.

1.2.3. Constitución del Perú de 1933

El artículo 37° de la Constitución de 1933 establecía que:

“Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”.

En lo que respecta a la propiedad de los recursos minerales, la Constitución Política del Perú de 1933 mantiene la línea establecida por su antecesora sobre el principio que la propiedad minera pertenece al Estado¹⁹⁰, pero con una novedad: el Estado también puede aprovechar por sí mismo la riqueza mineral¹⁹¹. Asimismo, resuelve el problema teórico que enfrentaba a la anterior Constitución de 1920 con el aún vigente Código de Minería de 1901, puesto que tenía en consideración los *derechos legalmente adquiridos* en razón al régimen de accesión otorgado por el referido Código y, en razón también, del derecho de preferencia del propietario superficiario sobre los recursos minerales no metálicos, establecido por la reciente la ley N° 6611. Por lo tanto, a este respecto la Constitución de 1933 resulta una norma más concreta y coherente que su antecesora.

¹⁸⁹ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., pág. 118, y GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 50.

¹⁹⁰ Cfr. DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág. 12.

¹⁹¹ LASTRES BÉRNINZON señala que esto se desarrolló “... en sintonía con las corrientes que prevalecían en torno a la mayor injerencia del Estado en la actividad económica”, (cfr. *Los recursos naturales en la Constitución...*, op. cit., pág. 139).

La Constitución de 1933 también establecía que mediante una norma con rango legal se fijarían las condiciones para la concesión en usufructo o en *propiedad* con la finalidad de ser utilizados por los particulares. Sin embargo, esta terminología utilizada (*concesión en propiedad*) era a primera vista contradictoria con el postulado de “*los recursos naturales pertenecen al Estado*”¹⁹². De hecho, FIGALLO manifiesta que el referido artículo adolecía de dos defectos, en primer lugar, reconocía derechos adquiridos sobre fuentes naturales de riqueza (algo que el autor distinguía como incorrecto); y en segundo lugar, facultaba su *otorgamiento en propiedad*, incluso a empresas extranjeras¹⁹³.

A este respecto, según DEL PINO la Constitución de 1933 no describía a la propiedad minera como una *propiedad civil* del Estado, puesto que tanto una concesión particular como una otorgada al propio Estado necesitan de una regulación establecida por la ley para llevarse a cabo. Consecuentemente, para el referido autor, a partir de esta Constitución la propiedad minera sería considerada una propiedad *sui generis*: un dominio especial no patrimonial, cuya sola función es la de ceder a los particulares la propiedad minera bajo condiciones establecidas, la que vuelve a él en caso sean incumplidas¹⁹⁴. Sin embargo, la reflexión de dicho autor nos hace pensar que podríamos estar hablando de un *dominio público*, en el que lo único que hace el Estado es regular el aprovechamiento de los bienes por parte de los privados, según su

¹⁹² Este hecho fue decisivo para que la International Petroleum Company (si bien no sobre recursos mineros, sino hidrocarburíferos) iniciara un conflicto jurídico frente al Estado, pues alegaba propiedad sobre los recursos petroleros sobre el yacimiento de la Brea y Pariñas.

¹⁹³ Cfr. FIGALLO ADRIANZÉN, G., “Régimen de los Recursos naturales en la Constitución de 1979, *Derecho-PUCP*, N° 43-44, Lima, 1989-1990, pág. 317.

¹⁹⁴ Cfr. DEL PINO H., *El Estado...*, op. cit., pág.14-15. De la misma opinión es GARCÍA MONTÚFAR, aunque refiriéndose al Código de Minería de 1950, que obedecía al mismo espíritu dominalista de la Constitución de 1933, la cual a su vez seguía la misma línea de la Constitución de 1920 en lo que respecta a la propiedad de los recursos naturales: “*El estado ejerce dominio eminente sobre los yacimientos pero igual sobre todos los bienes que se encuentran en el territorio, incluyendo los bienes de propiedad de los particulares. Esta calificación no individualiza la ubicación de los yacimientos, por el contrario reúne en un solo grupo todos los bienes (del Estado y de particulares), no nos sirve*”, (cfr., *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 54).

función de policía administrativa, aunque aún no se dibuje de manera concreta cuál es el interés público asignado por la ley¹⁹⁵.

Sin embargo, también se debe advertir la presencia del artículo 41 de la Constitución de 1933, que establecía que “*El Estado percibirá parte de las utilidades mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la Ley*”. Dicha norma también constitucional, no hace referencia que este ingreso estatal tenga carácter tributario o si, por el contrario, se realiza en virtud a una regalía (consecuencia de una contraprestación), establecida por el título de pertenencia que ostentaba el Estado sobre los recursos naturales del artículo 37. Claramente entonces, *las minas* no sólo serían parte de un dominio público estatal, como habíamos anotado en el párrafo anterior, sino también encontramos sobre ellas características de ser un bien patrimonial del Estado, puesto que éste percibe regalías, o daciones en pago a favor del Estado, en virtud de su aprovechamiento por los particulares.

1.2.4. Código Civil de 1936

El inciso 4 del artículo 822 del Código Civil de 1936, siguiendo lo establecido por el artículo 37 de la Constitución de 1933, indicó que son del Estado: 4.“*Las minas... y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión...*”. Por lo que, el momento de la entrega en concesión se estableció como un importante límite entre la propiedad minera del estado y la propiedad minera del particular. Sin embargo, con esta demarcación nos preguntamos si se debía entender que la propiedad minera particular del concesionario comprendía también a los recursos yacientes o si sólo comprendía a los recursos extraídos.

Por su parte, el artículo 854 del Código Civil de 1936 era muy nítido al describir que *la propiedad establecida para el derecho civil o común no alcanzaba a las minas*, en razón a que

¹⁹⁵ En una definición detallada sobre el concepto de dominio público, CHANG CHUYES razona que este se trata tanto de un derecho de propiedad como de un título de intervención, (cfr., “La titularidad de los bienes de la Administración pública y sus modos de adquisición”, en *III Convención de Derecho público*, V. V. A. A., GARCÍA RIVERA, P., (coord.), Palestra, Universidad de Piura, Piura 2016, págs. 85-88).

estas quedaban comprendidas en una ley especial. Sin embargo, esta ley especial no podía ser otra que el aún vigente Código de Minería de 1901, el cual asemejaba mucho la propiedad minera con la propiedad civil. Asimismo, el artículo 812 le otorgaba la calidad de bien inmueble tanto a las minas públicas (inciso 1) como a “*las minas concedidas a los particulares*” (inciso 3)¹⁹⁶.

La exposición de motivos del Código Civil de 1936 manifiesta que, “... *El único problema difícil es el de la categoría en que han de colocarse las cosas sin dueño, como... las minas, ..., antes de que sean de propiedad particular*”. Sin embargo, la Constitución de 1933 es clara al afirmar que la propiedad minera es del Estado, y el propio Código Civil establece que al Estado le pertenecen las minas hasta “*antes de su concesión*”; por lo que, bajo estas circunstancias, los yacimientos nunca serían *cosas sin dueño*. No obstante para FIGALLO, según aquel criterio de que las minas son cosas sin dueño, sería imperioso que los recursos naturales pasasen a la mayor brevedad posible a ser de propiedad privada¹⁹⁷.

1.2.5. Código de Minería de julio de 1950

1.2.5.1. Código de Minería de 1950

Como habíamos mencionado anteriormente, el nacimiento del Código de minería de 1901 había generado diversas críticas por su carácter privatista y liberal¹⁹⁸.

¹⁹⁶ La situación jurídica posterior, que eliminará definitivamente el sistema de accesión, obliga a que el nuevo Código Civil de 1984 reformule lo expresado por su antecesor de 1936, de una manera más apropiada: el bien inmueble sobre el cual recaerían los derechos reales ya no será la mina o el yacimiento en sí mismo, sino que el objeto real ahora será “*la concesión minera obtenida por particulares*” (inc. 8 del art. 885 del Código Civil de 1984).

¹⁹⁷ Cfr. FIGALLO ADRIANZÉN, G., “*Régimen de los Recursos...*”; op. cit., pág. 318.

¹⁹⁸ Por ejemplo, ROCHA FERNANDINI quien fue, junto con Daniel Chávarri Burga, uno de los expertos en derecho minero que redactaron el Código de Minería de 1950. Aquél llegó a mencionar que continuar dejando la explotación de las minas a “*la libre iniciativa del dueño de la superficie... significaría el estancamiento de la Industria Minera, y ... una falta de interés por parte del superficiario para trabajarlas, dado que encontraría más cómodo explotar sus tierras que emprender actividades mineras que siempre tienen el carácter de aleatorio*”, (cfr. “*Conflictos de Derechos entre mineros y agricultores*”, *Revista de derecho minero*, año 6, n° 9, Lima, diciembre-1957, pág. 4).

Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, tanto los empresarios mineros como funcionarios públicos consideraban que sus disposiciones eran de difícil sostenibilidad a través del tiempo¹⁹⁹. Esto originó que, desde muy temprano, hubiera pequeñas, pero constantes, modificaciones legislativas que terminaron por dificultar la finalidad de uniformidad que el Código de Minería de 1901 pretendía conseguir originalmente²⁰⁰. De este modo, según nos informa BASADRE AYULO, desde 1924 el poder legislativo autorizó la redacción de una nueva versión²⁰¹ que incluyera una perspectiva que satisficiera las nuevas condiciones sociales y económicas²⁰².

Además, como recordaremos, posteriormente se sostuvo que el Código Minero de 1901 debía ser modificado con la finalidad de adecuar el ordenamiento legal a la Constitución Política de 1933, cuyo artículo 37 reforzaba el sistema regalista al establecer que todas las fuentes naturales de riqueza pertenecían al Estado, salvo los derechos adquiridos²⁰³.

Consecuentemente, esta urgencia jurídica terminaría con la promulgación del Decreto Legislativo N° 11357, que aprobó el nuevo Código de Minería de 1950, vigente a partir del 1° de julio del referido año²⁰⁴. El primer artículo de este nuevo Código establecía que las sustancias minerales de toda naturaleza que se encuentren en el suelo y en el subsuelo del

¹⁹⁹ Para VILDÓSOLA FUENZALIDA resulta muy curioso cómo en el propio seno de los inversionistas mineros extranjeros consideraban con temor y razón que la situación legal minera del Código de Minería 1901 era excesivamente permisiva, (cfr. *El domino minero y el sistema concesional...* op. cit., pág. 249).

²⁰⁰ Cfr. SOTOMAYOR OLIVERA, M., "*Algunos principios...*"; op. cit., pág. 40.

²⁰¹ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 119.

²⁰² Así lo reconoce GARCÍA MONTÚFAR al señalar que "*la tendencia legislativa está orientada a restringir los derechos del particular, no a ampliarlos*", (cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 53).

²⁰³ "...desde hacía algunos años se sostenía en los medios profesionales, universitarios y políticos que el Código Minero del año 1900 debía ser modificado para adecuarlo a la Constitución Política de 1933...", (cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El domino minero y el sistema concesional...* op. cit., pág. 249).

²⁰⁴ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit. pág. 119.

territorio nacional, son *bienes propiedad del Estado*, salvo los derechos legalmente adquiridos.

La naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre los recursos minerales era establecida como una propiedad de la Nación, administrada por el Estado²⁰⁵. El desligue de cualquier trazo con el sistema de acceso del régimen anterior queda muy en claro con el artículo 7 del Código de Minería de 1950: *“La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en que está ubicada, aunque su concesionario sea también el propietario del suelo”*. Como podemos observar, la nueva perspectiva adoptada por este Código sería la dominalista, pero esta vez sin excepciones como las que habían sido aplicadas para los minerales no metálicos.

La Constitución de 1933, aún vigente, seguía protegiendo los derechos adquiridos por los particulares bajo regímenes anteriores, y en consecuencia, el primer artículo del Código de Minería de 1950 pone a salvo los derechos legalmente adquiridos bajo las anteriores legislaciones. Al respecto, para GARMENDIA estos derechos no pueden ser otros que los mencionados en el Art. 2 del Código de Minería de 1901, que declaraba como propiedad exclusiva del dueño del suelo las piedras silíceas, pizarrosas, granitos, etc.²⁰⁶. Asimismo, al hacer esta salvedad, el Código de Minería de 1950 también dispone en su artículo 247 que: *“Dentro del plazo de un año, contado a partir del 1º de julio de 1950, los propietarios del suelo podrán denunciar preferencialmente y con exclusión de terceros, los yacimientos de las sustancias minerales comprendidas en el artículo 1º de la Ley N° 6611”*²⁰⁷.

²⁰⁵ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero y el sistema concesional...* op. cit., pág. 249.

²⁰⁶ Cfr. GARMENDIA, R., *Los derechos legalmente adquiridos...*, op. cit., pág. 3.

²⁰⁷ GARCÍA MONTÚFAR dice que, con esta disposición del Código de Minería de 1950, quedó abolido en el Perú el rezago del sistema de acceso. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente (páginas 57 y 58), creemos que tal sistema fue abolido en realidad ya con la misma Ley N° 6611, la cual instituyó el sistema de libre denunciabilidad para los minerales no metálicos, otorgándoles a los propietarios tan solo un derecho de

En consecuencia, a partir del 1º de julio de 1951, se derogó definitivamente la ley que otorgaba un derecho preferencial a los propietarios del suelo superficial para denunciar, con exclusión de terceros, el yacimiento mineral ubicado en el subsuelo de su terreno. En otras palabras, el Código de Minería de 1950 marca un hito en el que desvincula completamente cualquier afectación del derecho de propiedad superficial sobre el otorgamiento de la concesión minera. Sólo permanecerían los derechos adquiridos por los dueños superficiales hasta la mencionada fecha.

Sin embargo, reconoce una exoneración tributaria a los propietarios que hayan adquirido los yacimientos no metálicos de acuerdo a la Ley N° 6611, puesto que no pagarían el impuesto territorial que establecía el artículo 49 del Código de Minería de 1950. Por lo tanto, dicha obligación quedaría establecida sólo para los concesionarios de yacimientos mineros pertenecientes al Estado²⁰⁸, el cual será el titular de todas las minas sin excepción.

Por otra parte, según GARCÍA MONTÚFAR el dominio minero que ostentaba el Estado no comprendía un dominio privado, puesto que los yacimientos mineros son inajenables e imprescriptibles, aunque los textos legales no lo hayan consignado explícitamente²⁰⁹. Además, para que el Estado ejerza su derecho a utilizar los minerales por sí mismo (como se lo facultaba la Constitución de 1933), debía hacerlo mediante el mismo procedimiento administrativo

preferencia de otorgamiento de la concesión minera frente a terceros denunciante. Asimismo, el propio GARCÍA MONTÚFAR manifestó que con la Ley N° 6611 el superficiario no poseía *ningún derecho especial sobre las mismas*, (cfr. *Derecho de Minería*, op. cit., págs. 49-50).

²⁰⁸ Cfr. GARMENDIA, R., *Los derechos legalmente adquiridos...*, op. cit., pág. 5

²⁰⁹ GARCÍA MONTÚFAR concluye que el procedimiento administrativo concesional del derecho de explotación no implica en ningún momento la venta del yacimiento, pues estos son inajenables e imprescriptibles ya que aquél sólo se pueden obtener exclusivamente por dicho procedimiento. De lo cual se infiere una diferencia conceptual y jurídica entre yacimiento (mineral yacente en el subsuelo), y el mineral extraído que sí está dentro de las prerrogativas otorgadas por el derecho común o privado, (cfr. *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 53).

predeterminado por la ley para los concesionarios privados, bajo las mismas causales de caducidad. Sin embargo, debemos recordar que dentro del Código Civil de 1936²¹⁰, el ordenamiento había establecido que las minas antes de su concesión, pertenecían al Estado; asimismo, también se había establecido que el Estado *participaba* en las utilidades de la empresa minera (artículo 3 y 46), en conformidad con el artículo 41 de la Constitución de 1933²¹¹. Por lo tanto, en un supuesto negado que el dominio del Estado sobre las minas no tenga una naturaleza privada o patrimonial, tendríamos que reconocer que aquél sí obtenía ingresos por regalías, para valorar la naturaleza de su titularidad.

Por otra parte, en caso el titular minero no ejerza su derecho a explotar, el Código de Minería de 1950, seguía la misma línea que su antecesora, puesto que tan solo se imponía el pago de un canon territorial (artículo 49), un impuesto especial a las utilidades²¹². Además, debido a la ineficiencia del sistema de amparo del Código de Minería de 1901 (que hacía que los concesionarios pagasen modestas cuotas por concepto de canon²¹³), se estableció un *sobre canon* (artículo 51) que los concesionarios debían pagar desde el quinto año de entregada la concesión en caso no se haya realizado ninguna producción o extracción, con la finalidad de aumentar el incentivo para que el concesionario minero efectúe las operaciones de extracción, deseada por el Estado.

El derecho de explotar el yacimiento caducaba si estos tributos no se pagaban por dos años consecutivos o a

²¹⁰ Inc. 4 del artículo 822.

²¹¹ Art. 41 de la Constitución de 1933 : “*El Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley*”.

²¹² Los autores llaman *amparo por el trabajo* a la condición de pagar un canon territorial en caso el titular minero no realice extracción del mineral. Sin embargo, debemos decir que no se trata de la obligación del amparo por el trabajo propiamente dicha que, como hemos mencionado, había sido abolida por la ley del 12 de enero de 1877.

²¹³ Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., “*Algunos principios fundamentales...*”; op. cit., págs. 40-41.

solicitud de un tercer concesionario²¹⁴. Sin embargo, es evidente que si la concesión minera quedaba sometida sólo a la condición que se pagara al Estado un canon y un sobrecanon, esto no conllevaba necesariamente al trabajo de la mina. Justamente con respecto a esto CUADROS nos comenta que los concesionarios mantenían inactivos los yacimientos, pagando solamente el referido canon territorial²¹⁵. Este hecho incrementó el monopolio y el latifundio minero entre los titulares que podían solventar el pago de un sobrecanon, aún más de lo que ya acontecía con el anterior Código²¹⁶, lo cual incluso podía llevar a situaciones de especulación sobre yacimientos inoperantes, en perjuicio de los intereses fiscales del Estado.

Como podemos inferir, la tendencia jurídica del Código de Minería de 1950 fue sobre todo la de expulsar todo término que creara alguna referencia con una propiedad privada de la mina, y desvincular cualquier privilegio de la propiedad superficial sobre el otorgamiento de derechos mineros, como lo hiciera el Código de Minería de 1901²¹⁷, sin dejar de lado el estímulo a las inversiones²¹⁸. Por esta razón, la minería empezó a ser catalogada como una actividad de *utilidad pública* (artículo 1), puesto que a partir de entonces en todos los casos reportaría un beneficio a la colectividad mediante el pago de los tributos anteriormente mencionados. Este nuevo contexto significó un fuerte empoderamiento del concesionario minero frente a los derechos del propietario superficial, sobre todo sobre aquellos dueños superficiales que se dedicaban al sector agrícola²¹⁹.

²¹⁴ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El domino minero y el sistema concesional...* op. cit., págs. 249-250.

²¹⁵ Cfr. CUADROS VILLENA, C. F., "Minero Perú y la Reforma del Derecho de Minería", *Revista de Derecho Minero*, Año XXI, n° 30, Lima, diciembre 1972, pág. 11.

²¹⁶ Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., "Algunos principios fundamentales..."; op. cit., págs. 42-44.

²¹⁷ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 119.

²¹⁸ Cfr. CUADROS VILLENA, C. F., "Minero Perú y la Reforma...", op. cit., pág. 4.

²¹⁹ Según indica BASADRE AYULO, "El agricultor miró inicialmente con recelo el texto... por las franquicias que eran otorgadas al concesionario minero, y, la nota de utilidad pública conferida a la minería", (cfr. *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 120).

En concreto, a partir de entonces la calificación de *utilidad pública* otorgada a la industria minera confirió al concesionario una serie de derechos en relación a la propiedad superficial como por ejemplo, el derecho de uso de manera gratuita de los terrenos superficiales eriazos dentro del perímetro de la concesión pertenecientes al Estado (artículo 33)²²⁰, el derecho a expropiar los terrenos que sean indispensables para la racional utilización de su concesión previa indemnización (artículo 35 y 36)²²¹, y el derecho de imponer servidumbres cuando no ocupen toda la propiedad del terreno indispensable para la racional utilización de la concesión (artículo 38)²²².

Inclusive, según nos describe GARCÍA MONTÚFAR sobre el ordenamiento de ese período, el carácter de utilidad

Asimismo, BELAÚNDE MOREYRA nos explica que hubo una "*Clarísima preferencia a favor del concesionario minero sobre el propietario del terreno superficial*", (cfr. *Derecho Minero y Concesión...* op. cit., pág. 46).

²²⁰ Asimismo, el artículo 34 establecía que si los terrenos eriazos dentro del perímetro de la concesión pertenecían a particulares, el concesionario minero sólo le deberá pagar una indemnización en caso su uso dañe la propiedad.

²²¹ El Código otorga los mismos efectos expropiatorios para los terrenos cultivados o cercados que se encuentren situados dentro de la misma concesión (artículo 35), como también para los terrenos fuera del perímetro de la concesión (artículo 36). Por otra parte, según ROCHA FERNANDINI, el Código de Minería de 1950 también indica que si las minas resultan abandonadas, se pierde la propiedad adquirida por expropiación: es decir, la expropiación es accesoria a la conservación del derecho de concesión minera. Asimismo, pasados dos años sin que nadie denuncie la concesión, el propietario expropiado tiene derecho a recuperar el terreno. (Cfr., *Conflictos de Derechos entre mineros y agricultores...* op. cit., pág.7-8).

²²² Inclusive puede interponer servidumbres de manera gratuita, en caso los terrenos que necesite utilizar sean eriazos dentro de su concesión minera, para los demás (terrenos cultivados o cercados) deberá constituirlo previa indemnización (cfr. artículo 38 del Código de Minería de 1950); esta situación era inconstitucional para GARCÍA MONTÚFAR, puesto que el artículo 29 de la Constitución de 1933 establecía que: "*A nadie se puede privar de la suya (de su propiedad), sino por ... previa indemnización justipreciada*", (cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., pág. 131). Cuestionamiento al que nos adscribimos puesto que, además, la servidumbre minera se instituye cuando no se enerva la propiedad (artículo 3 del Reglamento del artículo 7 de la Ley N° 26505); si se trataba de terrenos ya cultivados o cercados, en efecto enervaría la propiedad, y la figura que debía aplicarse sería la expropiación. Por su parte, si el concesionario necesita terrenos de otras concesiones mineras, el artículo 39 lo faculta para interponer servidumbres sobre aquellas, siempre que no impidan ni dificulten su explotación, con los mismos derechos otorgados por el artículo 38.

pública no le impide al Estado expropiar los derechos mineros otorgados a los particulares por razones de interés público, amparado en el artículo 29 de la Constitución de 1933²²³.

Como vemos, la política restrictiva sobre las prerrogativas del concesionario minero que originalmente quería impulsar el Código de Minería de 1950, en realidad fortaleció aún más sus ventajas frente al propietario de la superficie. Asimismo, se mantuvo la característica del Código de Minería anterior en el sentido que la concesión minera resultaba irrevocable y a tiempo indefinido (para el caso de la concesión de explotación) *como en la propiedad común* (artículo 27), caducando solamente por falta de pago del canon y sobrecanon.

Del mismo modo, establecía que tanto las concesiones de exploración, como las de explotación, eran bienes inmuebles que **confieren derechos reales** y pueden ser objeto de hipoteca (artículo 5). Esta era una disposición que, como mencionamos anteriormente, no estaba establecida en el Código Civil de 1936, la cual solamente otorgaba el carácter de inmueble a la mina o al yacimiento mismo, y no al derecho de explorar o explotar que otorga la concesión de exploración o de explotación.

Por último, aunque excede en parte el objeto de nuestro estudio, creemos importante mencionar un fuerte rasgo de ventajas tributarias otorgadas por el Código de Minería de 1950, como estabilidad tributaria sobre todo gravamen creado o por crearse sobre el concesionario minero dentro de un lapso de 25 años²²⁴, o la reserva por agotamiento de las concesiones metálicas (artículo 54) que no gravaba hasta el 15% del valor bruto del producto libre de todo impuesto²²⁵.

²²³ Cfr. GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería*. ..., op. cit., pág. 58.

²²⁴ Tal y como lo establecía, en tiempos liberales, la ley del 8 de noviembre de 1890.

²²⁵ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería*..., op. cit., pág. 121. Debemos anotar que la reserva por agotamiento quedará derogada con el Gobierno de Velasco Alvarado en el año 1970 con el Decreto Ley N° 18225, porque no conciliaban con el sistema de

1.2.5.2. Leyes N° 15584 de junio de 1965 y Ley N° 16066 de febrero de 1966, modificatorias del Código de Minería de 1950

Como habíamos mencionado anteriormente, el incentivo tributario para la producción o amparo minero (el canon y sobre canon) no tuvo los resultados esperados o fueron ineficaces, razón por la cual las leyes N° 15584²²⁶ y N° 16066²²⁷ modificaron el artículo 51 del Código de Minería de 1950, empezando a exigir como condición resolutoria para mantener la concesión minera el pago de un sobre canon más oneroso aún, dicha imposición se duplicaba anualmente mientras persistiera la falta de explotación.

1.2.6. La propiedad minera en el gobierno militar

1.2.6.1. Decreto Ley N° 17792, de setiembre de 1969

Iniciado el gobierno militar de Velasco Alvarado se emitió el Decreto Ley N° 17792²²⁸, en cuyos considerandos se detalla que el amparo de las concesiones mineras por el sistema de pago de canon y sobre canon *“había permitido que un gran número de depósitos minerales permanezcan sin ser explotados por décadas”*, sin que las modificaciones realizadas dieran solución. En consecuencia, esta norma exigía como obligación adicional, una producción mínima²²⁹ al concesionario minero mediante la presentación de calendarios de operaciones, con financiación asegurada, y de su ejecución²³⁰.

dominio originario en el que los yacimientos minerales pertenecían en propiedad al Estado.

²²⁶ Promulgado el 11 de junio de 1965.

²²⁷ Promulgado el 18 de febrero de 1966.

²²⁸ Promulgado el 2 de setiembre de 1969.

²²⁹ Recordemos que esta obligación se conocía en antiguo como *“Pueble”*, institución que había sido derogada desde la ley de 12 de enero de 1877.

²³⁰ Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., *“Algunos principios fundamentales...”*; op. cit., pág. 44. BASADRE AYULO opina que el Decreto Ley N° 17792 tuvo por finalidad evitar la especulación sobre las concesiones inactivas, (cfr., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 122).

Según las referidas normas, se consideraba expresamente necesario para el Estado mantener productivas las concesiones mineras otorgadas, lo cual quedaría finalmente institucionalizado como principio para la posterior legislación. Al mismo tiempo, se retomaba el antiguo sistema del amparo por el trabajo propiamente dicho²³¹, tradicionalmente conocido como *Pueblo* o condición del trabajo mínimo, que había sido suprimido del ordenamiento peruano desde la ley del 12 de enero de 1877.

1.2.6.2. Decreto Ley N° 18225, de abril de 1970

El Gobierno Revolucionario de Velasco promulgó el Decreto Ley N° 18225 que estableció los lineamientos que tendría la futura Ley General de Minería. Por un lado, de sus considerandos podemos observar que se insta repetidamente a que el nuevo sistema de concesiones mineras sea otorgado básicamente bajo el amparo de un efectivo trabajo o producción, en razón a que *“los minerales debían ser intensamente aprovechados con el máximo beneficio para el país”*²³².

Por otra parte, si bien el Estado seguiría otorgando concesiones mineras a particulares bajo un riguroso sistema de amparo por el trabajo, la norma también reguló e incentivó una participación directa del Estado dentro del sector: el artículo 17 creó la “Empresa Minera del Perú”, que sería la encargada de las actividades estatales mineras. Al presentar el proyecto, el Ministerio de Energía y Minas de entonces adujo como fundamentos:

“la impostergable necesidad de que el Estado participe directamente en la industria minera...y... de romper la dependencia externa y con ella contrarrestar la acción de los grupos de poder de ese sector, dependencia que

²³¹ Ya no como un canon territorial a pagar por el titular minero por no hacer producir el yacimiento (como se regulaba en el Código de Minería de 1950), sino como una obligación al efectivo trabajo.

²³² Cuarto párrafo de los considerandos del Decreto Ley N° 18225.

*nos mantiene, en la condición de país subdesarrollado siempre exportador de materias primas...*²³³.

Este Decreto Ley es un importante antecedente a la Ley General de Minería del D. L. N° 18880, puesto que podemos encontrar ideas novedosas que resumen las prioridades del Estado regentado bajo el gobierno militar nacionalista, sobre el sector minero²³⁴. Podemos atrevernos a decir que estas disposiciones principistas afectarán el sistema dominical minero inclusive hasta la actualidad: gran parte de las nociones sobre la propiedad estatal, el amparo por el trabajo y el papel empresarial del Estado²³⁵ de Ley General de Minería, tienen un origen en los principios dictados por el Decreto Ley N° 18825, e incluso continúan aún vigentes, como veremos más adelante.

1.2.6.3. Decreto Ley N° 18880: Ley General de Minería, de junio de 1971

El llamado nacionalismo revolucionario del Gobierno Militar de 1968, constituyó un intento de *recuperación* de los recursos mineros, y por esa razón tuvo sobre aquellos su principal preocupación²³⁶, para ello amplió el papel del Estado en la economía y restringió la libertad de empresa de los particulares²³⁷. En este contexto, y sobre las actividades mineras, se promulgó la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Ley N° 18880 el 8 de junio de 1971.

²³³ Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., "*Algunos principios ...*"; op. cit., pág. 45.

²³⁴ En la publicación de la norma del Decreto Ley N° 18225 se puede leer en forma de epílogo: "*Independencia Económica e Industrialización del País son las metas de la Nueva Ley de Minería*", lo que nos da una idea de la nueva tendencia legislativa.

²³⁵ Aunque en el futuro la actividad empresarial minera del estado será en la práctica casi totalmente restringida.

²³⁶ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El domino minero y el sistema concesional...* op. cit., pág. 250. Ya en 1965, el Doctor GARCÍA MONTÚFAR destacaba que "*el capital extranjero controla apreciablemente nuestra industria minera y el Perú no se beneficia en consonancia... porque la participación estatal es inferior a la de otros países y la actividad minera no está orientada a la transformación del Perú en un país industrial... Urge, por consiguiente, la adopción de una decidida política minera nacionalista*". (Cfr., *Derecho de Minería...*, op. cit., págs. 22-23).

²³⁷ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 124.

Queremos destacar tres líneas que la Ley General de Minería persiguió para regular la propiedad minera y el sistema concesional. En primer lugar, los yacimientos minerales, cualquiera sea la naturaleza de sus sustancias, debían considerarse bienes de *propiedad del Estado*, consignando (ahora sí explícitamente²³⁸) un carácter de inalienables e imprescriptibles en el artículo II del Título Preliminar. CUADROS, en un estudio sobre la reforma jurídica minera de la época, afirma que “*es la nación la dueña de la riqueza yacente y el Estado no hace más que administrarla*”²³⁹, es decir, como titular originario de las minas.

En segundo lugar, a partir de entonces se desarrolla la norma establecida por el artículo 37 de la vigente Constitución de 1933, por el cual el Estado podía utilizar directamente su propiedad minera; para tal finalidad incentivaba la constitución de empresas estatales de derecho privado²⁴⁰, a quienes se les otorga un denominado *Derecho Especial* (artículo 28) con el que podían ejercer la facultad de realizar una actividad minera determinada con excepción de la comercialización²⁴¹.

²³⁸ Recordemos que el Código de Minería de 1950 no lo decía expresamente.

²³⁹ CUADROS VILLENA, C., “Minero Perú y la...”, op. cit., pág. 7. Debemos notar que el concepto de dominio minero estatal que el autor expresa se asemeja al dominio público, donde el Estado sólo administra un bien para el aprovechamiento del particular. Sin embargo, en esta época, el Estado participa activamente de las actividades mineras, aunque para ello, la empresa estatal encargada también necesite de un procedimiento concesional especial.

²⁴⁰ La política del Gobierno Militar privilegiaba la intervención directa del Estado en el aprovechamiento de los recursos minerales., (cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*,..., op. cit., pág. 61). Sobre esta referencia, el Artículo III del Decreto Ley N° 18880 estableció que: “*La actividad empresarial del Estado es factor fundamental en el desarrollo de la industria minera*”, acotando en sus considerandos: “*para que el pueblo peruano obtenga de sus riquezas naturales el beneficio a que tiene derecho*”, y para su regulación La Ley General de Minería le dedicó todo un Título entero.

²⁴¹ En el Código de 1950, la actividad empresarial del Estado sólo se había enunciado como posibilidad, (cfr. BELAÚNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión*... op. cit., pág. 47).

Finalmente, en tercer lugar, el Estado también puede otorgar a los particulares concesiones mineras (de exploración y de explotación) sujetas básicamente al sistema de amparo por el trabajo como condición principal para mantener el derecho, siguiendo la línea trazada desde el Decreto Legislativo N° 17792 y los principios establecidos por el Decreto Ley N° 18225.

Para la **concesión de exploración** (artículo 13) el sistema de amparo por el trabajo implicó una obligación mediante la modalidad de efectuar una inversión mínima que aumentaba anualmente durante un periodo de por lo menos cinco años (artículo 78). Por su parte, en el caso de la **concesión de explotación** (artículo 14) también se pedía una inversión mínima para realizar el proyecto (artículo 83), pero mediante la presentación de un calendario de operaciones, las que no podían extenderse más de cinco años después de otorgado el derecho. Al final de la realización de dicho proyecto o al sexto año, la obligación pasaba a ser la de una producción mínima de las sustancias minerales concedidas (artículo 86). Es importante señalar que esta producción mínima se calculaba según las reservas de mineral que contuviera el yacimiento²⁴².

Por otra parte, la norma mantenía el pago del canon territorial de superficie para las concesiones de explotación. La falta de pago de dicho tributo durante dos años consecutivos o la falta de producción o inversión mínima, entre otras razones, extinguían el derecho de concesión (artículo 103 y 104), existían otras causales adicionales también vinculadas al incumplimiento de obligaciones de invertir y producir.

Tal y como lo hacía el artículo 1 del Código de Minería de 1950, el artículo V del Título preliminar de la Ley General de Minería de 1971 indicaba que la industria minera era de *utilidad pública*, lo cual significaba, en virtud a la

²⁴² La obligación perentoria de poner las minas en producción produjo que muchas concesiones revirtieran al dominio del Estado, asignándolas a la empresa estatal Minero Perú, (cfr. LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*,..., op. cit., pág. 62).

Constitución de 1933, una incidencia y mayor preeminencia de la concesión minera sobre la propiedad civil del titular superficiario. En consecuencia, el titular minero mantenía las facultades expropiatorias y privilegios de uso o de interposición de servidumbres²⁴³.

Asimismo, también se instauró el libre cateo (artículo 1) en todas las áreas y con pocas excepciones. Esto tuvo la finalidad de promover intensivamente las exploraciones mineras, por lo que conjuntamente se creó un sistema de permisos de prospección (artículo 2), en el cual el Estado contrataba con el particular para realizar estudios con una inversión mínima sobre un área (del Estado o libre), y aquél obtenía de éste el derecho de concesión de exploración o explotación que necesitare en caso descubriera un yacimiento minero.

Por otra parte, la concesión minera queda señalada como un inmueble distinto y separado de la superficie, otorgando al titular un derecho real (artículo 8).

El Gobierno Militar estaba facultado a reservar, mediante decreto supremo, ciertas sustancias minerales para ser explotadas solo por empresas estatales, según razones de interés nacional y hasta por 5 años prorrogables (inciso b artículo 29). Asimismo, también puede constituir derechos especiales a favor del Estado sobre áreas de reserva nacional o sobre concesiones caducas o renunciadas (inciso c, artículo 29), o sobre las que se declaren nulas, asignándoselas a la Empresa Minera del Perú o a otras dependencias públicas.

Sobre la Ley General de Minería del D. L. N° 18880 se ha criticado su carácter estatista y fiscalizador por sus consecuencias negativas sobre todo en la pequeña y mediana

²⁴³ Según BELAÚNDE MOREYRA las facultades expropiatorias y de interposición de servidumbres que tenía el Estado con el D. L. N° 18880 tuvieron una definición *más contundente* de lo que venía ocurriendo con el Código de Minería de 1950, (cfr., Derecho Minero y Concesión..., op. cit., pág. 48). Sin embargo, no hemos encontrado mayores diferencias entre una y otra.

minería²⁴⁴. En opinión de BELAUNDE MOREYRA, dicha norma tuvo un carácter complejo que

*“generó un ambiente de inestabilidad que fue perjudicial para el buen desarrollo de la industria minera ... el concesionario se sintió sujeto a una espada de Damocles que podía llevar a la caducidad de la concesión por múltiples razones más allá de su control. A lo que debe agregarse la desmesurada expansión del papel del Estado en la industria minera”*²⁴⁵.

1.2.7. La propiedad minera en el gobierno democrático

1.2.7.1. Constitución del Perú de 1979: Los Recursos Naturales como Patrimonio de la Nación

Según el preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979, aprobada al término del gobierno militar, la Asamblea Constituyente se veía *animada con el propósito de asegurar el dominio de los recursos naturales*²⁴⁶. Por tal motivo, el artículo 118 le otorgaba a los recursos naturales renovables y no renovables, la calidad de **Patrimonio de la Nación**, un término novedoso a nivel constitucional, propuesto por el doctor Andrés Aramburú Menchaca, miembro del Partido Popular Cristiano, en octubre de 1978²⁴⁷, tomando en consideración la *“filosofía que informa las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones en materia de recursos naturales”*²⁴⁸.

En el Diario de debates, representantes del Partido Popular Cristiano manifestaron que, para la redacción del mencionado artículo, se ha tomado en cuenta las siguientes

²⁴⁴ Cfr., SOTOMAYOR OLIVERA, M., *“Algunos principios fundamentales...”*; op. cit., pág. 46.

²⁴⁵ Cfr. BELAÚNDE MOREYRA, M., *Derecho minero...*, op. cit., pág. 48.

²⁴⁶ Párrafo 10° del preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979: *“Animados por el propósito de... defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales...”*.

²⁴⁷ Diario de debates Asamblea Constituyente de 1979, tomo VI, pág. 435.

²⁴⁸ *Ibídem*.

resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁴⁹:

1. En primer lugar, la Resolución N° 626 (VII) emitida en 1952, que recomienda que los Estados miembros ejerzan su derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales y a explotarlos, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la afluencia de capital en condiciones de seguridad, la confianza mutua y la cooperación económica entre las naciones, siempre en forma compatible con su soberanía²⁵⁰.
2. En segundo lugar, la Resolución N° 1803 (XVII) emitida en 1962, la cual declara que, el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y de su propio bienestar. Asimismo, declara que las actividades extractivas y las inversiones extranjeras deben supeditarse a las condiciones que los pueblos y naciones libremente hayan considerado necesarias. En referencia a un derecho de regalía a favor del Estado, indica que las utilidades obtenidas deberán ser compartidas con el Estado, en la proporción que se convenga libremente, cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales²⁵¹.

En principio, la redacción propuesta a debate dentro de la Asamblea Constituyente de 1979 se presentó como sigue: *“Los Recursos Naturales, tanto renovables como no renovables, existentes en el territorio de la República, constituyen Patrimonio de la Nación. Este derecho es permanente, imprescriptible, inherente a la soberanía del Estado”*.

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ Resolución N° 626 (VII) de la Asamblea de las Naciones Unidas, 411ª sesión plenaria, 21 de diciembre de 1952.

²⁵¹ Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales".

Las disposiciones de la ONU declaran y recomiendan una forma de ejercicio de la soberanía: el derecho *a* disponer de sus riquezas “*siempre en forma compatible con su soberanía*”, y el derecho a la soberanía permanente sobre sus riquezas “*debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y de su propio bienestar*”. Al ser las inspiradoras del término “*Patrimonio de la Nación*”, observamos que este concepto fue presentado como un *derecho de la nación*, consecuencia de la *Soberanía* del Estado, pero sin mayor determinación que el de un amplio derecho a disponer de los recursos naturales.

Sin embargo, en la misma Asamblea Constituyente de 1979 se manifestó la preocupación sobre que el proyecto original deje “*abierta la puerta para que la ley permita o quizás imponga al Estado peruano la posibilidad de entregar otra vez...*” los recursos naturales minerales a las empresas transnacionales²⁵². Por ese motivo se sostuvo que, en relación a la propiedad de los recursos naturales, éstos debían ser “*de propiedad del Estado*”²⁵³, en virtud al temor que existía sobre que una eventual redacción pudiera ser interpretada como una entrega de los recursos minerales en propiedad privada a los particulares²⁵⁴.

En consecuencia, en la redacción final la Asamblea mantiene el término “*Patrimonio de la Nación*” propuesto en el primer párrafo, sin embargo, elimina el término

²⁵² Discurso de Cornejo Chávez, Diario de debates Asamblea Constituyente de 1979, tomo VI, pág. 441.

²⁵³ Inclusive previamente se había propuesto un “*dominio absoluto del Estado*” sobre los recursos naturales, y que la ley fijara las condiciones en que los particulares puedan acceder a un “*dominio relativo*”, (cfr., intervención del asambleísta Rodríguez Figueroa. *ibídem*, pág., 458).

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 446. En el discurso de Roger Cáceres Velásquez utilizó el término *usufructo*, como la única vía en la que los recursos naturales deben ser entregados, en las mejores condiciones económicas para el país y adecuado a su desarrollo económico y social, (cfr., *ibídem*, pág. 446). El término *usufructo* también fue propuesto por Diez Canseco, (cfr., *ibídem*, pág. 452). Igual pensamiento tuvo el asambleísta Acosta: “*...la gran minería tiene que ser propiedad estatal y no se puede admitir en otra forma...*”, (cfr., *ibídem*, pág. 448). Por su parte, el representante Freundt señaló que: “*... sería un arma económica muy peligrosa para cualquier partido político que ofreciese la propiedad de los recursos naturales a determinada empresa particular o extranjera*”, (cfr., *ibídem*, pág. 449).

“soberanía” del segundo párrafo (no obstante las constantes referencias que se habían hecho originalmente a dicho concepto), a cambio del término “pertenencia” del Estado sobre los recursos naturales. El artículo referente, finalmente quedó como sigue:

- Artículo 118: “*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares*”.

Tanto la redacción original propuesta, como la modificación que posteriormente se realiza cambiando el término de “soberanía” por el de “pertenencia”, originan que no se pueda establecer con certeza que el término *Patrimonio de la Nación* por sí mismo esté relacionado con un vínculo patrimonial (es decir, dominio privado) del Estado sobre los recursos naturales. Sin embargo, podría interpretarse que de la recomendación de las Naciones Unidas de que los inversores particulares deban compartir sus utilidades con el Estado conforme a su soberanía, subyace un *vínculo patrimonial*.

No obstante, si el término *Patrimonio de la Nación* implica un vínculo patrimonial o dominio privado del Estado, entonces deberíamos aceptar que los dos primeros párrafos del artículo 118 (que expresan los conceptos de Patrimonio de la Nación y de pertenencia al Estado) son, en realidad, reiterativos. En todo caso, lo que sí nos queda claro es que *Patrimonio de la Nación* trata de un derecho del Estado que deriva de su soberanía, pero que no se identifica con ésta necesariamente.

Sin embargo, según FIGALLO, el término “*Patrimonio de la Nación*” siempre haría referencia a que los recursos naturales pertenecían a los pueblos, a su riqueza y heredad, siempre que el hombre pueda utilizarlos en beneficio

propio²⁵⁵. Para el mismo autor, en vista que la Nación carece de personería jurídica, el Estado la representa, por lo que resulta en titular de estos bienes²⁵⁶.

Como mencionamos, y tal y como hizo la Constitución de 1933, la nueva Constitución de 1979 establecía que los minerales pertenecen al Estado y que la ley fijaba las condiciones de utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares, pero a diferencia de aquella, evita mencionar y salvaguardar derechos legalmente adquiridos²⁵⁷, sin mencionar tampoco que la forma de aquél otorgamiento se realizaría en propiedad o en usufructo, como tradicionalmente lo hicieron sus antecesoras.

Del mismo modo, una de las preocupaciones establecidas en la Asamblea Constituyente de 1979 para la administración de los recursos naturales era establecer el rol promotor del Estado como “*gerente del bien común*” y que a los concesionarios de esas riquezas “*se les obligue al trabajo por razón de la concesión*”, para que finalmente puedan disponer de los recursos extraídos²⁵⁸. Por esta razón, el artículo 122, además de detallar el papel protector que jugará el Estado frente a la pequeña y mediana minería, y reafirmar la actuación del Estado como empresa, también fortalece normativamente la instauración del amparo por el trabajo.

Asimismo, el mismo artículo constitucional otorga a su titular un derecho real²⁵⁹, sujeto a las condiciones de ley. Es decir, estas disposiciones que anteriormente solo poseían

²⁵⁵ Cfr. FIGALLO ADRIANZÉN, G., “*Régimen de los Recursos...*”; op. cit. págs. 311-312.

²⁵⁶ Cfr., *ibidem* pág. 319.

²⁵⁷ FIGALLO, citando a Marcial Rubio y Enrique Bernal Ballesteros, opina satisfactoriamente sobre esta supresión a proteger los derechos legalmente adquiridos sobre los recursos naturales, ya que era inaceptable frente al dominio que el Perú debe tener sobre aquellos, y al ser asunto de interés público que debía tener como consecuencia un rezago privatista., (cfr., “*Régimen de los Recursos...*”; op. cit., pág. 319).

²⁵⁸ Diario de debates Asamblea Constituyente de 1979, tomo VI, pág. 431.

²⁵⁹ En la Asamblea se menciona que la imposibilidad de la actividad minera para conseguir financiamiento sólo se puede revertir si es que se da un derecho real sobre lo otorgado por el Estado, (cfr. intervención de Sotomayor, tomo VI, pág. 462).

rango de ley (otorgado por la Ley General de Minería del D. L. N° 18880), pasaron a partir de entonces a tener un rango constitucional.

3.2.7.2. La Ley especial: Decreto Legislativo N° 109, Ley General de Minería de setiembre de 1981

El gobierno democrático de Belaunde Terry introdujo una nueva Ley General de Minería mediante el Decreto Legislativo N° 109, promulgado en setiembre de 1981, derogando la anterior ley de minería expedida por el D. L. N° 18880, en virtud de una delegación legislativa otorgada bajo la Constitución del Perú de 1979.

Resaltamos algunos principios establecidos en el título preliminar de este dispositivo: la propiedad de todos los recursos minerales pertenecen al Estado, de manera inalienable e imprescriptible, (artículo I). Asimismo, el aprovechamiento de los recursos minerales se realiza mediante el otorgamiento de derechos a particulares, pero manteniendo la actividad empresarial del Estado²⁶⁰, quien tiene derecho de ejercer, sin excepción, todas las actividades mineras (artículo 28). Además, el Estado se proclama protector de la pequeña y mediana minería (artículo IV), otorgándoles un régimen tributario más ventajoso que a la gran minería (artículo 170).

Por otra parte, según el artículo 5, el Estado²⁶¹ puede declarar por ley expresa la reserva de ciertas sustancias minerales de interés nacional²⁶², con lo cual su aprovechamiento lo realizaría exclusivamente el Estado (artículo 70). En consecuencia, hacía que el cateo, que en

²⁶⁰ Mediante Derechos Especiales otorgados al Estado, los cuales poseen la misma forma que las concesiones mineras (art. 27 del Decreto Ley 190).

²⁶¹ En específico, según el inc. 2 del art. 29, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de declarar la reserva de sustancias minerales de interés nacional.

²⁶² Aunque ya no por Decreto Supremo, como en la Ley General de Minería anterior (en razón a que era un Gobierno Militar), con lo cual, restringe las facultades de la administración pública.

general era libre en todo el territorio nacional, quedara restringido sobre dichas sustancias reservadas (artículo 1).

La Concesión Minera tuvo un régimen similar al de la Ley General de Minería del D. L. N° 18880, en el sentido que seguía siendo un inmueble distinto y separado de la superficie donde está ubicada (artículo 15). Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 122 de la Constitución de 1979, otorga un derecho real consistente en la suma de los atributos que la Ley reconoce al concesionario, y agrega que es un derecho irrevocable siempre y cuando cumpla con las obligaciones impuestas por la ley (artículo 17).

Por su parte, las **concesiones de exploración** se otorgan por un plazo de hasta cinco años²⁶³, con la posibilidad de transformarse en concesión de explotación dentro del mismo periodo de vigencia (artículo 21). En cambio, las **concesiones de explotación** confieren el derecho de propiedad de las sustancias extraídas (artículo 10 y 68), y siempre que cumplan con sus obligaciones (amparo por el trabajo y tributos) se mantienen indefinidamente hasta el agotamiento de la mina o renuncia.

De la misma forma, la concesión minera en general (tanto de exploración como de explotación) se conserva mediante el sistema de amparo por el trabajo (artículo V del Título Preliminar). Por ello, en la **concesión de exploración** (artículo 82) se mantiene como obligación el trabajo mediante una inversión mínima que debía crecer anualmente hasta por 4 años (artículo 84)²⁶⁴. Por otra parte, sobre la **concesión de explotación** se conserva la obligación de presentar y cumplir con un cronograma en el periodo de

²⁶³ El artículo 21 también establecía que la Dirección General de Minería podía otorgar prórrogas extraordinarias de demostrarse una causa justificada. Las concesiones de sustancias no metálicas en zonas urbanas o de expansión urbana, se otorgaban con un plazo no mayor a un año.

²⁶⁴ Según el artículo 82, la inversión mínima anual obligatoria comienza a computarse a partir del segundo año de dictado el auto de amparo, con una escala de 0.30% de la UIT, 0.45% de la UIT para el tercer año, 0.60% de la UIT para el cuarto año y de 0.75% de la UIT para el quinto año.

ejecución del calendario de operaciones, a cuyo vencimiento devendrá la consecuente obligación de una producción mínima, la misma que sigue dependiendo de la reserva del mineral probado-probable (artículo 89 y 90). El incumplimiento de la obligación del amparo por el trabajo conllevaba una causal de caducidad; sin embargo, la falta de pago del canon territorial en las concesiones de exploración y de explotación no fue considerada como una causal de caducidad, lo cual nos muestra una flexibilización frente al régimen establecido por la ley general de minería anterior²⁶⁵.

Asimismo, la industria minera nuevamente obtenía la categoría de *utilidad pública*, con la consecuente prerrogativa que esta calificación suponía bajo la Constitución de 1979: el titular minero podía solicitar una expropiación o imposición de cargas sobre el terreno de propiedad de terceros. En general, La Ley General de Minería establecía que las concesiones mineras (de exploración o explotación) otorgaban *derecho de uso minero gratuito* sobre los terrenos eriazos, dentro o fuera del área de la concesión, sin necesidad de solicitarlo (inciso 1 y 2, artículo 79).

Gracias a aquella categoría, la titularidad minera también otorgaba el derecho de establecer servidumbre en terrenos de terceros, previa indemnización justipreciada; pero si enerva el derecho de propiedad, la autoridad minera disponía la expropiación de oficio o a petición del propietario afectado (inciso 3, artículo 79). Además, también podían solicitar la expropiación de las áreas necesarias para la racional utilización del derecho, siempre que se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad económica realizada sobre el terreno a afectar (inciso 7, artículo 79).

El artículo 19 detalla que la concesión minera se materializa en el terreno, como un sólido de profundidad

²⁶⁵ Como sí estaba establecido en el inciso a del artículo 104 del D. L. N° 18880, como nos recuerdan BELAÚNDE MOREYRA, (cfr., *Derecho Minero...* op. cit., pág. 50) y BASADRE AYULO, (cfr., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 127).

indefinida. De igual forma, se añadió que los extranjeros no podían adquirir ni poseer derechos mineros dentro de 50 kilómetros de las fronteras, directa ni indirectamente, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido, excepto que una ley declare lo contrario motivada por la necesidad nacional.

En opinión de BELAUNDE MOREYRA, la nueva Ley General de Minería fue una versión atenuada del Decreto Ley N° 18880, puesto que puso de lado los excesos “estatizantes” de ésta última, pero sin dismantelar el aparato empresarial del Estado, por lo que tuvo la intención de disminuir el papel del Estado en la minería, pero sin eliminarlo drásticamente²⁶⁶. Asimismo, debemos notar que se flexibilizó el sistema de amparo por el trabajo, aminorando el número de caducidades arbitrarias.

Por este motivo, BELAUNDE MOREYRA considera que es un dispositivo de transición entre un régimen corporativo estatal al modelo de libertad empresarial²⁶⁷, como el que tenemos actualmente. También BASADRE AYULO es de la opinión que el Decreto Legislativo N° 109 buscó encontrar un equitativo balance pendular entre el estatismo minero del gobierno militar y los postulados neoliberales del nuevo gobierno democrático del segundo mandato de Belaúnde²⁶⁸. Pero en la apreciación de este último autor encontramos algo que nos llamó la atención, y es que, aun estando ya en un gobierno democrático, las actas de las sesiones del codificador no fueron publicadas, por lo tanto no hubo un debate previo ni mucho menos una exposición de motivos, como sí la hubo para el Código de Minería de 1950²⁶⁹.

²⁶⁶ Por ejemplo, se abandonó el monopolio estatal sobre la refinación y la comercialización que habían sido establecidos en el D. L. N° 18880, (cfr. BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho minero...*, op. cit., pág. 50). Quedó eliminado el monopolio del Estado salvo en la producción de oro, (cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 126).

²⁶⁷ BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho minero...*, op. cit., pág. 50.

²⁶⁸ Aunque obligaba a las compañías nacionales a vender su producción a las refinerías instaladas en el país, (cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., págs. 126-127).

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 127.

CAPÍTULO IV. ORDENAMIENTO ACTUAL. ÉPOCA "NEOLIBERAL" EN LA PROPIEDAD MINERA

4.1. El artículo 66 de la Constitución de 1993

Artículo 66 de la Constitución Política del Perú:

*“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 de su utilización** y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.*

4.1.1. La nueva constitución económica

La Constitución de 1993 transformó la visión política que tenía su antecesora sobre la intervención preponderante del Estado en la economía. El artículo 60° manifiesta que el Estado sólo podrá realizar actividad empresarial mediante autorización de una ley expresa. Y en segundo lugar, esta actividad sólo será realizada de manera subsidiaria a la de los particulares, limitándose a razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En este sentido, restringe consistentemente el accionar empresarial del Estado sobre las actividades mineras que, como vimos, había sido privilegiado en gran medida por la anterior constitución. Asimismo,

promociona las libertades económicas de los particulares, dentro de un orden económico y social²⁷⁰.

4.1.2.El primer concepto del art. 66 de la Constitución: "Los Recursos Naturales son Patrimonio de la Nación"

A pesar que la Constitución de 1993 había interpuesto mayores limitaciones al accionar empresarial del Estado, estableció que los recursos naturales, incluyendo los no renovables como los recursos minerales, tienen la calidad de "*Patrimonio de la Nación*", tal y como lo hiciera la Constitución de 1979.

4.1.2.1. Concepción tradicional de la doctrina sobre "Patrimonio de la Nación"

Antes de la Constitución de 1993, el término "*Patrimonio de la Nación*" fue recogido por el artículo 118 de la Constitución de 1979. En este contexto, FIGALLO mantiene que se trata de una "*referencia al derecho patrimonial de la Nación, que significa que los recursos naturales no pueden estar separados del interés nacional*". Añade que su concesión en uso debe estar por tanto en armonía con el interés social²⁷¹.

²⁷⁰ Se reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora, cfr., STC recaída en expediente N° 034-2004-AI/TC, f. j. 23 a 25.

²⁷¹ FIGALLO también manifiesta que en virtud al interés nacional, los minerales no podrían ser explotados exclusivamente en beneficio de intereses privados por cuanto es principio esencial de derecho que un patrimonio beneficie a quien le pertenece, es decir, a la Nación. También expresa que la concesión realizada debe estar en armonía con el interés social "*cuando (el Estado) decide no hacerlo directamente*". Es justamente esta última frase, la que nos lleva a considerar con cuidado su aseveración, puesto que la posición constitucional sobre la actividad empresarial del Estado ha cambiado notoriamente, a una de subsidiariedad, con la Constitución de 1993, (cfr. "*Régimen de los Recursos...*"; op. cit., págs. 319-320). Este cambio nos recuerda una referencia que ANDALUZ WESTREICHER realiza sobre la definición de "*patrimonio de la nación*"; sostiene que para llenar su contenido se ha recurrido a conceptos más sociológicos que jurídicos, "*porque establecer qué es lo mejor para una sociedad en un tiempo determinado, varía según la concepción político-ideológica que la inspira*", (cfr., ANDALUZ WESTREICHER, C., "La Constitución y los Recursos Naturales: Propiedad sobre tierras de aptitud forestal", *Revista Advocatus*, N° 17, Lima 2007-II, pág. 334).

Según este autor, dicho término obedece a la idea de un ambiente continuo físico-biológico-cultural, que no puede ser fraccionado²⁷², contenido al que también se adscribe RUBIO CORREA, quien realizó un análisis exegético del artículo 66 de la Constitución de 1993²⁷³: "...Nación entendida como el conjunto de peruanos, no sólo que existen actualmente, sino que existirán en el futuro. El concepto de Nación es una continuidad histórica que reúne al pasado, al presente y al futuro. Por consiguiente, los recursos naturales tienen que ser dispuestos con atención a los **intereses de largo plazo de la misma Nación** y no en función de criterios de corto plazo que puedan beneficiar a un determinado gobierno o grupo²⁷⁴..

Más recientemente, DE LA PUENTE BRUNKE define al *Patrimonio de la Nación* como "un recurso de todos los peruanos y para todos los peruanos" y, en consecuencia, el accionar del Estado, en representación de la Nación, debe enmarcar su accionar dentro su interés y bienestar²⁷⁵. Por su parte, AGUADO MARTÍNEZ reafirma que este *dominio o propiedad* es de todas las personas de nacionalidad peruana como una doctrina mayoritaria²⁷⁶.

Sobre la referencia a la palabra "Nación" algunos autores sostienen, que al carecer de personería jurídica aquella es representada por el Estado, por lo que éste resulta en el titular de sus derechos²⁷⁷. Por su parte, RUBIO CORREA analiza la misma referencia pero sobre la actual Constitución, e indica que Patrimonio de la Nación significaría: que

²⁷² FIGALLO ADRIANZÉN, G., "Régimen de los Recursos...", op. cit. pág. 319.

²⁷³ RUBIO CORREA menciona que la importancia económica de los recursos naturales va aparejada a su uso racional en virtud a que es de interés directo no solo de la población afectada, sino también de la humanidad, puesto que está en juego su seguridad, (cfr., *Análisis de la Constitución*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, pág. 327).

²⁷⁴ *Ibidem*, pág. 331.

²⁷⁵ DE LA PUENTE BRUNKE, L., "Medio Ambiente, Conflictos y Seguridad Jurídica en la Minería Peruana", *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 59, Año XX, Lima, 2005. pág. 24.

²⁷⁶ AGUADO MARTÍNEZ, M. A., "La Concesión Minera. Jurisdicción y Procedimiento", *Revista de Derecho Administrativo*, año 4, n° 8, Lima, noviembre 2009, Lima, pág. 25.

²⁷⁷ Cfr. FIGALLO ADRIANZÉN, G., "Régimen de los Recursos...", op. cit., pág. 319.

“*pertenecen*” a un colectivo nacional, para lo cual el Estado y la Nación no tendrían contenidos distintos, puesto que solo importa que el colectivo del pueblo sea quien se beneficie de la explotación²⁷⁸.

Las posturas analizadas tienen en común considerar que la pertenencia es directamente para con los nacionales peruanos, de alguna forma concluyen que el término “*Patrimonio de la Nación*” genera *necesariamente* un vínculo patrimonial de los Recursos Naturales con el Estado. Asimismo, no existe discusión tanto en FIGALLO como en RUBIO CORREA sobre que su significado otorgue a los Recursos Naturales un carácter de bienes trascendentales a nivel social biológico-cultural²⁷⁹ sobre la nación (especial interés nacional o colectivo).

Sin embargo, en opinión de LASTRES BÉRNINZON, el texto constitucional actual pudo haber prescindido del término “*Patrimonio de la Nación, puesto que no es una definición con contenido jurídico, que más bien induce a situaciones confusas de interpretación, cuando no a la creación de expectativas patrimoniales colectivas*”²⁸⁰.

4.1.2.2. Cuestionamientos doctrinarios sobre el concepto de “Patrimonio de la Nación”

Ya habíamos mencionado que, según varios autores, bajo la Constitución de 1979 el concepto “*Patrimonio de la*

²⁷⁸ Cfr. RUBIO CORREA, M., *Análisis de la Constitución*, op.cit., pág. 327.

²⁷⁹ Por ejemplo, los límites que su aprovechamiento ostenta respecto al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. El f. j. 33 de la STC recaída en el expediente n°48-2004-PI-TC: “*En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22) y de los artículos 66º y 67º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables- en tanto Patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto*”.

²⁸⁰ LASTRES BÉRNINZON, E., *Los recursos... op. cit.*, pág. 139.

Nación” hacía referencia a una pertenencia o vínculo entre los recursos naturales con el pueblo o con un grupo político de personas (nación), siempre y cuando aquellos puedan ser aprovechados económicamente por éstos. Asimismo, su redacción se vio influenciada por las recomendaciones dadas por las Resoluciones de las Naciones Unidas que señalaban que la forma de disponer sus riquezas debe ser compatible con su soberanía.

Pero igualmente debemos tener en cuenta que, en primer lugar, el artículo 118 de la Constitución de 1979 no solo describía a los recursos naturales como “*Patrimonio de la Nación*”, sino que agregaba, en la frase siguiente del mismo párrafo, que aquellos “*pertenecían al Estado*”. Por tanto, a menos que consideremos que los dos términos son idénticos, sería válido preguntarse si la pertenencia del Estado que contiene la Constitución de 1979 estaba recogida con la intención de diferenciación del concepto “*Patrimonio de la Nación*”.

En segundo lugar, con respecto a la actual Constitución, debemos mencionar que dentro de la Asamblea Constituyente de 1993 éste término fue *considerado*²⁸¹ como un concepto claramente distinto al de propiedad estatal. Es importante mencionar que Victor Joy Way, miembro de la Constituyente, que propuso el proyecto del artículo original que trataría sobre los Recursos Naturales sobre el cual se basó un debate posterior, mencionó que el Patrimonio de la Nación “*no es lo mismo que la propiedad estatal*”²⁸². Es decir

²⁸¹ Es decir de manera inicial, original, o primigenia. Impresión que, como veremos posteriormente, cambiará.

²⁸² En un discurso pronunciado por el Ing. Victor Joy Way Rojas (parlamentario de la Alianza Nueva Mayoría Cambio 90) representando la propuesta planteada por su grupo político, expresó que la regulación constitucional sobre los recursos naturales es uno de los principales aspectos de su proyecto sobre el Régimen Económico de la Constitución de 1993: “2. *El Capítulo de Recursos Naturales ejemplifica el nuevo enfoque de delimitación precisa de las funciones del Estado, eliminando aquellos aspectos de la Constitución de 1979 que estimulaban el intervencionismo monopolista del Estado, creando falsas expectativas sobre su capacidad efectiva de participar directamente en la explotación e industrialización de los recursos naturales...*”. Luego, se refirió a las políticas a aplicarse sobre los Recursos Naturales detallando que: “*El carácter de*

que, es importante mencionar que dicho concepto fue propuesto sin tener una necesaria vinculación con la propiedad estatal como lo menciona la doctrina tradicional.

Por lo tanto, para el actual texto de la Constitución de 1993, surge la duda si "*Patrimonio de la Nación*" es un concepto relacionado con la pertenencia en propiedad al Estado. Estas dos razones llevan a preguntarnos si en realidad existía, a nivel constitucional, un vínculo necesario entre el concepto "*Patrimonio de la Nación*" y la pertenencia al Estado. Debemos recordar además los cuestionamientos ya mencionados sobre que "*Patrimonio de la Nación*" y "*pertenencia al Estado*" aparecen en un mismo párrafo dentro del artículo 118 de la Constitución de 1979, lo cual nos lleva a preguntarnos si son términos diferentes o idénticos.

Por este motivo, ANDALUZ WESTREICHER señala que el significado de *Patrimonio de la Nación* es notoriamente singular y, hasta cierto punto, antagónico frente a la concepción tradicional que los autores usualmente nos ofrecen.

El referido autor mantiene que el significado de este concepto incide menos en señalar directamente una propiedad, en sentido estricto, del Estado sobre los Recursos Naturales, y más en señalar una característica de "*interés público*" que otorga al bien una calidad especial, y que por ello ordena al Estado a ponderar qué modalidad conviene mejor para otorgar su uso a los particulares: modalidad que no se restringe solo a una concesión, sino que también puede incluir la propiedad o el usufructo. En otras palabras, niega que el contenido de "*Patrimonio de la Nación*" haga alusión,

patrimonio de la nación, que no es lo mismo que la propiedad estatal, de los recursos naturales y la fijación por ley, de las condiciones de su utilización y otorgamiento a los particulares.". Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático de 1993, 44ª Sesión (Matinal), miércoles 14 de abril de 1993, Tomo III, pág. 1807. Es importante mencionar que, posteriormente, el proyecto base del artículo 66 de la Constitución de 1993 fue el presentado por Joy Way en el que se incluía el término "*Patrimonio de la Nación*", frente al proyecto presentado por la Comisión de Ambiente y Recursos Naturales.

estricta y necesariamente, a un vínculo patrimonial. Para sostener su postura ofrece ejemplos relacionados a las tierras urbanas o las tierras aptas para el cultivo o la ganadería, que son también recursos naturales propiamente dichos, pero otorgados en propiedad a los particulares²⁸³.

Sin embargo, debemos precisar que la Ley Orgánica sobre el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821 de 26 de julio de 1997, precisa en el literal b del artículo 3, que “*se consideran recursos naturales a: el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección*”. Por lo que aparentemente, no incluirían a los terrenos (suelo y subsuelo) de uso urbano, que si bien son recursos naturales en sentido lato, no gozan de tal calidad frente a la ley orgánica, por lo que son adquiridos por los particulares en propiedad y se regulan bajo el régimen del derecho civil.

No obstante, la Ley Orgánica sí incluye expresamente al terreno agrícola, los cuales también se entregan en propiedad a los particulares bajo el régimen del derecho civil. De ahí devendría que el cuestionamiento de ANDALUZ WESTREICHER *tendría* justificación. A esto se agrega que la Primera Disposición Final de la referida norma, establece una excepción en la aplicación de la ley, por la que las especies domesticadas y cultivadas de flora y fauna se rigen por el régimen de propiedad, dentro de las que *no entra los terrenos de uso agrícola*.

Asimismo, haciendo alusión a ciertos recursos que ostentan un “*elevado interés nacional*”, el autor admite que estos permanecen bajo el dominio inalienable del Estado, no otorgando propiedad a los particulares respecto de aquellos, sino títulos habilitantes condicionados y temporales a través de una concesión o una autorización, en razón a que de otra manera se consideraría contraproducente para los intereses de la sociedad. Esta consideración no desdice que para ciertos otros recursos naturales (de menos interés colectivo), la

²⁸³ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C., “*La Constitución... op. cit.*”, pág. 333.

entrega a los particulares pueda ser realizada bajo la institución de la propiedad civil²⁸⁴.

Por este motivo, también menciona que las razones esgrimidas para conservar los recursos como un dominio inalienable del Estado variarán, según las consideraciones en que cada país o en cada tiempo se tenga sobre el bien común o interés social²⁸⁵. Concluye que *Patrimonio de la Nación* sobre los Recursos Naturales significa: que es de interés de todos los peruanos cómo se usan, y por tal motivo, el Estado en nuestra representación impone límites para que su uso no limite nuestras posibilidades de desarrollo y calidad de vida²⁸⁶.

Dentro del punto de vista de ANDALUZ WESTREICHER, las opiniones vertidas por FIGALLO y por RUBIO respecto a que *Patrimonio de la Nación* signifique que los recursos no podrían ser explotados exclusivamente en beneficio de intereses privados (sean estos nacionales o extranjeros), obedecerían más a una concepción político-ideológica de lo que estos autores consideran contrario al interés nacional²⁸⁷. Aunque notamos que minimiza el problema dogmático-jurídico, y lo convierte en una posición política de rechazo aceptación de la propiedad en las relaciones sociales²⁸⁸.

De esta manera, en la misma línea de ANDALUZ WESTREICHER, la autora FORNO sostiene que nuestra

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Por ejemplo, en Chile se ha considerado que, en razón al bien común o interés social, los particulares gocen de derechos privados sobre el agua, con la finalidad de estimular las inversiones para mejorar la calidad y aplicación del servicio, (cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C., *La Constitución...* op. cit., pág. 334).

²⁸⁶ *Ibidem*, pág. 335.

²⁸⁷ *“Desde una óptica socialista se concibe como contrario al interés nacional el aprovechamiento exclusivo (a título de dueño) de los recursos y por ello se privilegia la actividad empresarial del Estado, a fin de que aproveche dichos recursos en beneficio de todos”*, (cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C., “Los Recursos naturales y el régimen jurídico constitucional de otorgamiento a los particulares”, *Revista Proterra, Boletín Jurídico Ambiental*, Año 2, N° 3, Lima, 1995, págs. 2-3).

²⁸⁸ Hemos utilizado aquí la terminología utilizada por VERGARA BLANCO, (cfr., *“El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral...”*, op. cit., pág. 457).

Constitución “no atribuye la propiedad de los recursos naturales al Estado”, sino que solamente lo establece como garante de los mismos, atribuyéndole la responsabilidad de proteger los intereses de la Nación²⁸⁹.

Estamos de acuerdo con que bajo el término “Patrimonio de la Nación” la Asamblea Constituyente de 1993 establece una calidad especial sobre los recursos naturales, que nos lleva como país o comunidad política a tener un *especial interés colectivo* sobre ellos, y a establecer por ello limitaciones para su aprovechamiento o administración frente a aquellos bienes que no tengan tal calidad. Sin embargo, existen dudas basadas en serios argumentos sobre que el vínculo patrimonial de pertenencia del Estado sobre los recursos naturales devenga de aquel término, al menos a nivel constitucional²⁹⁰.

4.1.2.3. Precisiones realizadas por la Asamblea Constituyente de 1993 sobre el concepto “Patrimonio de la Nación”

En la 45ª Sesión (Vespertina) del jueves 15 de abril de 1993, la Asamblea Constituyente de 1993 discutió la propuesta del artículo constitucional referido al aprovechamiento de los Recursos Naturales²⁹¹. El debate se realizó sobre la propuesta presentada por el congresista Víctor Joy Way, que en principio decía: “*Los Recursos*

²⁸⁹ FORNO CASTRO POZO, X., “El título Minero como Acto Administrativo Habilitante”, *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, Año 4, nº 8, Lima, noviembre 2009, pág. 55.

²⁹⁰ En ese sentido, no podemos negar que tal vinculación patrimonial sí existe pero a nivel legislativo, según el artículo I de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM) que establece expresamente que los recursos minerales *pertenecen* al Estado, sobre los cuales ostenta una propiedad inalienable e imprescriptible. Asimismo, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, indica que en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre los recursos naturales.

²⁹¹ Tomo III del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1993, págs. 1807 a 1896.

*Naturales renovables y no renovables son Patrimonio de la Nación....*²⁹².

Escrito de esta manera, para el congresista proponente el contenido de dicho artículo quedaba *suficientemente claro*²⁹³. El propio congresista había mantenido en una anterior sesión que la noción "*Patrimonio de la Nación*" no significaba una *propiedad estatal*²⁹⁴. Finalmente, se aprueba el artículo propuesto calificando a los Recursos Naturales como *Patrimonio de la Nación*, sin embargo, de la lectura del diario de debates de la 45ª Sesión (Vespertina) la Asamblea no llegó a discutir ni siquiera superficialmente el contenido jurídico del concepto "*Patrimonio de la Nación*". Por lo tanto, teniendo en cuenta esta circunstancia no podemos concluir que la Asamblea Constituyente haya entendido que *Patrimonio de la Nación* no contuviese una propiedad estatal sobre los Recursos Naturales como lo hacía Joy Way.

Por este motivo, en la 75ª Sesión (Matinal) del martes 22 de junio de 1993 la Asamblea Constituyente de 1993 se discutió la presentación de importantes observaciones hechas por la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo ante los términos utilizados en el mencionado proyecto del ordenamiento constitucional de los Recursos Naturales. Dicha organización empresarial propuso una nueva redacción del artículo: "*el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgará mediante autorizaciones, concesiones, licencias, permisos en propiedad y otras formas de transferencia, conforme lo establezca la Ley Orgánica en cada sector de la actividad económica*"²⁹⁵.

Podemos observar que en el texto presentado la redacción es confusa, puesto que se propone entregar "*en propiedad*" los recursos naturales bajo la figura de una autorización, concesión, licencia o permiso. En primer lugar, se trata de figuras que son diferentes puesto que ni las

²⁹² *Ibidem*, pág. 1893.

²⁹³ *Ibidem*, pág. 1893.

²⁹⁴ *Ibidem*, pág. 1807.

²⁹⁵ Tomo V del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1993, pág. 3017.

autorizaciones ni las concesiones se otorgan en propiedad, lo que se da en propiedad son los bienes, y aquellos no son bienes sino títulos habilitantes. Es decir, la redacción propuesta confunde bienes con derechos.²⁹⁶ Por lo tanto, no tiene sentido entregar en propiedad una autorización una licencia o una concesión.

Sin embargo, podemos presuponer que la intención de este grupo empresarial era la de establecer mayor certeza sobre el contenido jurídico del título que los habilite para extraer los recursos naturales. Y, siendo la propiedad civil el título más seguro de todos, ya que otorga mayores prerrogativas sobre la cosa, se entiende por qué la incluyeron dentro de su propuesta como una forma de otorgar los recursos naturales.

La propia Sociedad Nacional de Minería y Petróleo dejó entender que de la redacción originalmente proyectada por la Asamblea se atentaría contra la seguridad jurídica de quien ostente el título habilitante para explotar, quien no tendría claro el contenido exacto del dominio de los recursos naturales y la forma de su aprovechamiento.

Manifestó, además, dos preocupaciones: primero, que la nueva norma no diferenciaba la importancia económica y social de cada uno de los recursos; y segundo, que la redacción establecida por la Asamblea implicaría que los recursos naturales pertenecen a aquellos bienes que deben incluirse dentro del concepto de *"Patrimonio de la Nación"*, lo que generaría, a juicio de la Sociedad, *"un potencial conflicto mesiánico de reivindicación de ellos por cualquier grupo más o menos organizado de la sociedad"*²⁹⁷.

Asimismo, la Sociedad objetó que si bien el artículo 118 de la Constitución de 1979 consideraba a los recursos naturales como *"Patrimonio de la Nación"*, también

²⁹⁶ Esto en el sentido estricto, porque en un sentido amplio podría entenderse que entran en el contenido patrimonial de los sujetos, es decir que tienen un peso económico, pero, en definitiva, las concesiones, autorizaciones y licencias no se entregan en propiedad.

²⁹⁷ *Ibidem*, pág. 3017.

seguidamente establecía que tales recursos “*pertenecen al Estado*”; por lo que la interpretación de cuál es el contenido de *Patrimonio de la Nación* se haría difícilmente entendible ya que no se sabría si se trata de una pertenencia atribuible a la Nación o al Estado. Además, agrega que esto llevaría a que se cuestione entre si se trata de los atributos de la propiedad otorgados por el derecho civil, o si por el contrario se trata de una “*propiedad eminente*” que se le asigna al Estado, sin atributos de derecho de propiedad (civil), con la única finalidad de que dicte normas para el aprovechamiento y realice supervisión y control sobre las actividades mineras²⁹⁸.

Es decir, la Sociedad de Minería y Petróleo elimina toda consideración sobre un concepto constitucional de *Patrimonio de la Nación*, y previendo una eventual discusión dogmática, que en efecto ocurrió posteriormente, sobre si el dominio estatal sobre los recursos naturales establecido por la Constitución tiene carácter de dominio público o de dominio privado, le propone a la Asamblea Constituyente, una redacción que deje en claro que el dominio estatal se trate solamente de un dominio público que podría ser eventualmente entregado en propiedad civil a los particulares²⁹⁹.

Como reacción a la propuesta de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo, el representante Ferrero Costa mostró su preocupación ya que tal proposición significaría una “*modificación sustancial del concepto de propiedad del Estado y desaparecer de la Constitución el concepto de patrimonio de la nación*”, señalando también que “*Patrimonio de la nación es lo que pertenece a todos los peruanos*” (...)

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ En sus propias palabras, la propuesta de la Sociedad de Minería y Petróleo “*obvia toda la entelequia sobre la propiedad*” (civil) de los recursos naturales. Tan así se entiende esta intención dentro del debate que el representante Roger Cáceres Velásquez, en un intento por considerar las observaciones de la Sociedad, propuso agregar la siguiente modificación: “*El estado establece por Ley Orgánica las condiciones para el dominio y aprovechamiento de recursos naturales...*”, es decir, en orden a que quede por zanjado que el Estado sólo obtenía un dominio público, más no uno privado sobre los recursos naturales, (cfr., *ibidem*).

*“Hay cosas que sí pertenecen a todos los peruanos, y de ellas nadie puede adueñarse salvo que el Estado las dé en una concesión”*³⁰⁰.

A continuación, el asambleísta Tord Romero manifestó que se debe *“estar firme en la defensa del concepto de patrimonio de la nación. Ésta es una herencia que pertenece a todos los peruanos y no a una parte de ellos; y es el Estado el que debe encargarse, ..., soberanamente de su aprovechamiento, y de fijar mediante ley orgánica su utilización y otorgamiento a los particulares”*³⁰¹. El Patrimonio de la Nación sería un valor supremo de la riqueza territorial y de lo que se encuentra en ella.

La congresista Chávez Cossío agregó que la Sociedad de Minería y Petróleo obviaba el hecho de que *“hay un patrimonio nacional y de que hay un Estado que representa a la nación; y, en nombre de esa nación, es soberano de ese derecho”*.

Si bien el proyecto original presentado por Joy Way en la Asamblea Constituyente de 1993, propuso en principio un concepto de *“Patrimonio de la Nación”* que *no tenía que ver con la propiedad estatal*³⁰², y aún después de haber analizado y esgrimido todas las conjeturas hechas sobre el anterior significado que tendría en la constitución de 1979 y sobre la doctrina antagónica³⁰³, debemos hacer las siguientes conclusiones sobre lo que probablemente los legisladores quisieron decir con el concepto de *“Patrimonio de la Nación”*:

1. Se trata de una ***pertenencia directa*** de la Nación sobre los recursos naturales.
2. Asimismo, es el Estado quien, en representación de la Nación, ejercería los derechos propios derivados de la pertenencia de los recursos naturales como Patrimonio

³⁰⁰ *Ibidem*, pág. 3018.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Ver intervención de Victor Joy Way Rojas, en pie de página n° 282.

³⁰³ Realizada por Carlos Andaluz Westreicher y Xenia Forno.

de la Nación y, en consecuencia, se encargaría del aprovechamiento de todos los recursos³⁰⁴.

3. Esta tarea es realizada por el Estado mediante los poderes que le otorga su *soberanía*.
4. Finalmente, los recursos naturales calificados como "*Patrimonio de la Nación*" no pueden ser entregados en propiedad civil a los particulares.

Sin embargo, las conclusiones anteriores se encuentran con las siguientes dificultades:

1. *Patrimonio de la Nación* no establece, en principio, una propiedad directa para el Estado, aunque eventualmente la ley especial de un recurso natural específico así lo establezca. En este caso, será por decisión del poder legislativo, pero no por el contenido de "*Patrimonio de la Nación*".
2. Sigue sin estar clara la naturaleza que ostenta la Nación con esta *pertenencia* sobre los recursos naturales.
3. Tampoco hay claridad sobre la naturaleza jurídica de una eventual pertenencia que ejercería el Estado sobre los recursos naturales en representación de la Nación.
4. Y finalmente, cómo se compaginan las conclusiones anteriores con el literal b del artículo 3 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales que considera a los terrenos de uso agrícola como "*Patrimonio de la Nación*", y estos sí son obtenidos en propiedad civil por los particulares, en su gran mayoría.

³⁰⁴ "La nación en su conjunto tiene derechos sobre estos recursos; sin embargo, la Nación como tal no puede ejercer efectivamente dichos derechos, por lo cual se organiza en un aparato institucional que la representa denominado Estado. Es él quien representa a la Nación y el que en la práctica asume una responsabilidad sobre este patrimonio", (cfr., FORNO CASTRO POZO, X., "El título Minero como Acto...", op. cit., pág. 55).

4.1.2.4. Una consideración patrimonial en el ordenamiento peruano a nivel legislativo

Como hemos visto, si bien los miembros de la Asamblea no deslindaron qué naturaleza tiene esta pertenencia de la Nación, el Estado podría ostentar un *dominio público* sobre los recursos naturales utilizando su soberanía.

Por otra parte, existen dos razones que nos llevan a considerar que, en definitiva, no se trata de un dominio privado. En primer lugar, en el Código Civil de 1984 (aunque es una norma emitida bajo la Constitución de 1979), el artículo 954 establece que la regulación del derecho civil de la *propiedad del subsuelo* no comprende los recursos naturales, puesto que éstos se encontrarían regidos por "*Leyes especiales*".³⁰⁵ Es decir, se excluyen los Recursos Naturales yacientes en el subsuelo, de la regulación común-civil o patrimonial, para ser trasladada a la regulación del derecho público o administrativo.

En segundo lugar, así lo deja establecida la STC recaída en el expediente N° 48-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional, que considera en su f.j.101 que el dominio sobre los recursos naturales se trata de "*dominio público*", el cual excluye el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta lo anterior, también debemos observar que una de las características tangibles, en el ejercicio que el Estado ha realizado sobre aquella pertenencia de la Nación, es una **consideración de dominio patrimonial**. Es decir, que la Nación obtenga *beneficios* a cambio de la explotación.

³⁰⁵ Art. 954 del Código Civil de 1984: "*La propiedad del predio se extiende al subsuelo y sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su Derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los Recursos Naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales*".

Aunque no podemos decir que esta *consideración de dominio patrimonial* se desprenda directamente de la redacción del artículo ni del debate de la Asamblea, sí debemos señalar que ha sido considerada así por la doctrina tradicional pero, sobre todo (al menos en el caso de los recursos minerales), por el comportamiento legislativo posterior que se ha expresado en las *ley de Regalía Minera* y en la ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, por la interpretación realizada por el propio TC del artículo 66, en la sentencia anteriormente citada.

En su STC recaída en el expediente N° 48-2004-PI/TC, se analiza la constitucionalidad de la Ley de Regalías mineras, y en su desarrollo examina el artículo 66 de la Constitución. Aunque sobre esta Sentencia vamos a hablar más detenidamente en una parte posterior, solo debemos mencionar que su f. j. 88 dice, sobre los Recursos Naturales considerados Patrimonio de la Nación, que: “*Sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada*” con una contraprestación llamada *regalía minera*³⁰⁶. Asimismo, en el f. j. 29 dice que: “*los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto*”.

Sobre la vigente Ley de Regalía Minera (Ley 28258, modificada por la Ley 29778) debemos mencionar que esta exige una contraprestación (*precio*) por el aprovechamiento del mineral³⁰⁷ que se paga sobre el valor del concentrado o su equivalente (artículo 3) y se calcula sobre su *utilidad*

³⁰⁶ Aunque añade que esta contraprestación también se cobra “*por la afectación al medio ambiente*”. Según HUAPAYA TAPIA “*queda la duda... si es que la Constitución ha adoptado un sistema “patrimonialista” o de “propiedad” sobre los recursos naturales o, si ha seguido un modelo dominialista o de dominio público sobre tales recursos. Asimismo, si es que efectivamente existe una identificación entre el concepto de dominio eminente, y el dominio público en nuestro derecho*”, (cfr., “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales...”, op. cit., pág. 330).

³⁰⁷ Artículo 2.2 de la Ley de Regalía Minera: “*La regalía minera es la contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos*”.

*operativa*³⁰⁸ (artículo 3.1). Esta es una característica lejana a un estricto dominio público ejercido por el Estado, en el que no existe el *lucro* o *precio* por ejercer sus funciones públicas³⁰⁹. Por lo tanto, este emolumento al Estado no tiene característica de tributo, ni el incumplimiento del pago dentro del plazo establecido acarrea la caducidad del derecho de explotación, sino tan solo el pago de intereses (artículo 6.2, 6.3 y Artículo 8 del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, aprobado por el D.S. N° 157-2004-EF).

Finalmente, la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales sostiene en su artículo 20 que el aprovechamiento de recursos naturales realizado por los particulares genera el pago de una **retribución económica** determinada por criterios económicos, sociales y ambientales, ya sea esta una contraprestación o el derecho de otorgamiento, conocido como derecho de vigencia, los cuales serán establecidos por leyes especiales.

Sobre esta disyuntiva nos puede ser de utilidad lo mencionado por FERNÁNDEZ ACEVEDO quien en referencia al ordenamiento español nos explica que la concesión administrativa no se otorga para el beneficio patrimonial del Estado, sino como una *consecuencia normal* o *lógica contrapartida* para restituir o compensar a la colectividad, de

³⁰⁸ Artículo 3.2. de la Ley de Regalía Minera: “*La utilidad operativa de los sujetos de la actividad minera es el resultado de deducir de los ingresos generados por las ventas realizadas de los recursos minerales metálicos y no metálicos en cada trimestre calendario, en el estado en que se encuentren, el costo de ventas y los gastos operativos, incluidos los gastos de ventas y los gastos administrativos, incurridos para la generación de dichos ingresos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del numeral 3.7 del presente artículo. Para estos efectos no son deducibles los costos y gastos incurridos en los autoconsumos y retiros no justificados de los recursos minerales*”.

³⁰⁹ Los bienes de la Administración, no pueden ser objeto de lucro con miras a que los poderes ganen dinero, sino que deben ser explotados teniendo en cuenta los fines públicos que tienen asignados, (cfr., CHANG CHUYES, “La titularidad de los bienes...”, op. cit., pág. 84). Asimismo, FERNÁNDEZ ACEVEDO indica que el rendimiento económico-financiero derivado de la obtención de cánones no puede ser para la Administración el criterio a tener en cuenta si no se quiere permitir usos que pueden resultar socialmente inconvenientes, (cfr., *Las concesiones Administrativas de dominio Público*, Cizur Menor, (Navarra): Thompson Civitas, España, 2012, págs., 263- 264).

las ventajas otorgadas al ocupante privativo en relación con el resto de los usuarios³¹⁰.

Sin embargo, el autor también menciona que el Tribunal Constitucional español, en Sentencia de 4 de julio de 1991 (STC 149/1991, f.j. 4.G).a), ha hablado sobre una *contraprestación económica* por el aprovechamiento, y en la Sentencia de 19 de mayo de 2011 (STC 73/2011, f. j. 3, con cita de la STC de 16 de diciembre de 1999 (STC 233/1999) que en este tipo de tasas “se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas³¹¹. Pero a su vez, el autor resalta que las afirmaciones del Tribunal Constitucional español no deben interpretarse en su sentido literal como una *contraprestación directa*, puesto que no se trata de una compensación o pago de carácter contractual, pues dicha suposición contradeciría la doctrina establecida por el propio Tribunal sobre el demanio público³¹².

4.1.2.5. Patrimonio Cultural de la Nación

Encontramos que en el artículo 21 de la Constitución de 1993, el término “Patrimonio de la Nación” también recae sobre bienes culturales como: “Patrimonio Cultural de la Nación”³¹³: “*Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado*”.

³¹⁰ *Ibidem*, pág. 265.

³¹¹ *Ibidem*, págs. 265-266.

³¹² *Ibidem*, pág. 266.

³¹³ El artículo 66º de la Constitución establece que los recursos renovables y no renovables son patrimonio de la nación (al igual que el patrimonio cultural), (cfr., CHANG CHUYES, G., “La titularidad de..., *op. cit.*, pág. 93).

De hecho, podemos encontrar que el Código Civil de 1984 dispone que si bien la propiedad del predio se extiende “*hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho*” dentro de los planos verticales de su perímetro superficial, ésta propiedad regulada por el derecho *civil* no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales³¹⁴. Aunque esto no los hace de igual contenido, llama la atención que se aplique la misma regla para bienes considerados Patrimonio Cultural de la Nación y los considerados Patrimonio de la Nación. Por ello, queremos investigar en qué categoría de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación se encuentran los yacimientos y los restos arqueológicos.

Según los artículos 6 y 7 de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296 se establece que los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico son propiedad del Estado, independientemente si se encuentran dentro de un predio de propiedad privada³¹⁵, con la consecuencia de ser intangible, inalienable e imprescriptible y de ser administrado sólo por el Estado. Inclusive, este puede expropiar en caso lo considere conveniente para su conservación o restauración.

Sin embargo, se estipula que si dicho bien inmueble pertenece a un periodo posterior al incaico (virreinal y republicano), puede conservar su condición de propiedad privada (de estarlo así). Lo mismo sucede si se trata de bienes muebles, pero sin hacer distinción entre los periodos. En ambos casos el ejercicio del derecho de propiedad estará sujeto a las obligaciones y límites establecidos en la Ley, y de manera supletoria por el derecho civil.

³¹⁴ Artículo 954 del Código Civil de 1984.

³¹⁵ En cuyo caso el ejercicio de la propiedad se encontrará sujeto a condiciones y limitaciones, como por ejemplo, registrar el bien, protegerlo y conservarlo evitando su abandono, depredación y/o destrucción, con responsabilidades comunes del Estado y del propietario del bien, bajo responsabilidad administrativa, civil y penal, (cfr., Artículos 6 y 7 de Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296).

Por lo tanto, si dentro de un predio encontramos restos y yacimientos arqueológicos posteriores a la época incaica, la titularidad de dicho inmueble puede corresponder al propietario civil de dicho predio, tal y como establece la ley especial “*puede conservar su condición de propiedad privada*”. Sin embargo, la titularidad ejercida no es civil, sino especial (de la ley especial), puesto que en principio estará sujeta a la ley que regula el Patrimonio Cultural de la Nación, por lo que el derecho civil se aplicará sólo supletoriamente.

No obstante, a este respecto creemos importante señalar que estos bienes culturales encajan con el concepto de *bienes de interés público*, por ser bienes en los que el ordenamiento jurídico, con independencia de si son de propiedad pública o privada, ha identificado elementos inmateriales dotados de un valor que pertenece a la colectividad y que corresponde a las Administraciones públicas tutelar. Estos bienes de interés público son incluidos dentro de la teoría de las cosas públicas esgrimida por LÓPEZ RAMÓN, en la cual incluye a los bienes públicos (demaniales o patrimoniales), cosas que presentan una relación con las Administraciones públicas pero que no les pertenecen como derechos reales³¹⁶.

Por lo tanto, podemos establecer como conclusión que sobre aquellas manifestaciones del pensamiento doctrinario no solo encontramos un consenso tangible, sino también una coherencia normativa de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, respecto a que bajo el significado de “*Patrimonio de la Nación*” subyace el interés general sobre un determinado grupo de bienes importantes para el colectivo nacional.

Sin embargo, esto no quiere decir que el concepto “*Patrimonio de la Nación*” sobre los Recursos Naturales conlleve *per se* a una vinculación patrimonial. Lo cual no impide que en casi todos los Recursos Naturales calificados como “*Patrimonio de la Nación*” exista efectivamente tal

³¹⁶LÓPEZ RAMÓN, F., “Teoría Jurídica de las cosas Públicas”; *RAP*, núm 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 12 y 13.

vinculación. Debido a ello se podría observar que la pertenencia al Estado de los Recursos Minerales no devendría (o al menos no expresamente), debido a un mandato constitucional establecido por el concepto Patrimonio de la Nación del artículo 66 de la Constitución de 1993, sino dentro del desarrollo normativo especial a nivel legislativo, como el artículo II del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería que establece expresamente que los recursos minerales pertenecen al Estado.

4.1.3. *El segundo concepto del art. 66 de la Constitución: "El Estado es Soberano en su aprovechamiento"*

Antes de llegar a la conclusión de lo que pudiera significar *Patrimonio de la Nación* a nivel constitucional, es importante desarrollar el siguiente concepto utilizado por el artículo 66 de la Constitución de 1993 en su segundo párrafo, que declara que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los Recursos Naturales. Es la soberanía, como hemos visto, la forma cómo el estado ejerce sus competencias, o facultades, en representación de la Nación sobre los recursos Naturales.

A esto se agrega que, según nos menciona HUAPAYA TAPIA, si bien es cierto no existe una definición normativa sobre el alcance de la expresión "*Patrimonio de la Nación*", el Tribunal Constitucional³¹⁷ ha analizado dicha disposición asociándola a la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos, reconociendo que ella implica el ejercicio de potestades administrativas de gestión, planificación, administración y control de estos.

4.1.3.1. La soberanía sobre el aprovechamiento de los recursos naturales según la doctrina peruana

RUBIO CORREA ha interpretado este término conforme a las preocupaciones planteadas en la Asamblea Constituyente.

³¹⁷ F. j., 4 de la STC recaída en el Expediente n° 0003-2006-PI/TC, (cfr., HUAPAYA TAPIA, R. "El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano", *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, n° 14, Lima, 2014 pág. 329).

Para dicho autor “*que el Estado sea soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales quiere decir que sólo el Gobierno establecido tendrá la autoridad de determinar dicho aprovechamiento y que no se podrá aceptar indicaciones de cualquier tipo de poderes extraños al constitucionalmente establecido en el país*”³¹⁸.

Para LASTRES BÉRNINZON, la soberanía que se atribuye al Estado según la definición vigente, debe interpretarse como la autoridad suprema del poder público sobre los recursos. En dicho punto, para el autor es saludable su mención en la actual constitución puesto que está más acorde con los atributos que debe ostentar el Estado sobre ellos, “*superando las definiciones pasadas de pertenencia*³¹⁹ (*entiéndase propiedad*), *que podía prestarse a interpretaciones equívocas sobre el alcance del concepto*”. Asimismo, según FORNO, la soberanía del Estado sobre los recursos naturales lo legitima para que disponga de sus facultades a efecto de decidir cómo, quién y bajo qué condiciones deben aprovecharse³²⁰.

Por su parte, ANDALUZ WESTREICHER no rebate lo establecido por los autores anteriores, al indicar que la soberanía alude al *ius imperium* que el Estado ejerce sobre su territorio, “*es la afirmación de su superioridad jurídica sobre cualquier otro, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de un territorio y posesiones*”³²¹, es decir, es una supremacía ejercida respecto de los otros, por ejemplo, frente a un estado extranjero, independientemente de si estos recursos pertenecen o no en propiedad al Estado.

Finalmente, si bien no se trata de doctrina peruana, debemos mencionar que el artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre

³¹⁸ RUBIO CORREA, M., *Análisis de la Constitución...*, op. cit., pág. 331.

³¹⁹ En referencia a el artículo 118 de la Constitución de 1979.

³²⁰ FORNO CASTRO POZO, X., “El título minero como...”, op. cit. pág. 57.

³²¹ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C. “*La Constitución...* op. cit., pág. 2.

de 1974 recoge que: *“Todo Estado tiene y ejerce libremente su soberanía plena y permanente incluso posesión, uso y disposición sobre toda la riqueza, recursos naturales y actividades económicas”*.

4.1.3.2. En el diario de debates de la Asamblea Constituyente de 1993

En la 45ª sesión vespertina del jueves 15 de abril de 1993, la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1993, presidida por el Sr. Carlos Torres y Torres Lara, inició el debate sobre el mandato constitucional sobre los Recursos Naturales, teniendo como base la propuesta planteada por la Alianza Nueva Mayoría Cambio 90, para luego tomar en consideración las propuestas de la Comisión de Amazonía y Medio Ambiente. En principio, la propuesta se contenía en dos artículos diferentes: *“Los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación. La ley fija las condiciones de su utilización y de su aprovechamiento por los particulares”* y *“El Estado establece las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales y la preservación sustentable del medio ambiente”*.

Como podemos deducir, el concepto de soberanía fue añadido en el debate subsiguiente y fue recogido como propuesta de la Comisión de Amazonía y Medio Ambiente, que indicaba: *“Los recursos naturales son patrimonio de la Nación. El Perú es soberano en el aprovechamiento de estos recursos, conforme a su política de desarrollo”*. Al principio, hubo reticencias ante dicha expresión en virtud a que no habría necesidad de ratificar la soberanía del Perú, pues sería algo meramente redundante³²².

³²² El parlamentario Chirinos Soto manifestó: *“Creo que no hace falta agregar eso, porque el Perú es soberano, siempre es soberano. No vamos a estar ratificando la soberanía del Perú a cada paso... no hace falta. El Perú es soberano, no hay necesidad de repetirlo”*, cfr. Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático de 1993, 44ª Sesión (Matinal), miércoles 14 de abril de 1993, Tomo III, pág. 1893.

Posteriormente se explicó que en la Comisión de Amazonía y Medio Ambiente se había discutido el término “soberanía” como una respuesta o en oposición a tendencias internacionales en el sentido de considerar importantes recursos naturales como bienes que forman parte del patrimonio de la Humanidad. Esta idea podía implicar el riesgo de que quien ostenta dichos recursos no tenga total competencia “en la posesión, así como tampoco en el uso o la administración de esos recursos naturales”³²³.

Asimismo, se agregó el argumento que las grandes potencias ambicionan ejercer una suerte de “suprasoberanía” sobre nuestros recursos naturales³²⁴. Sin embargo, se fue específico al mencionar que “la soberanía no tiene condiciones”. Por lo que, la frase “el Estado es soberano” en el aprovechamiento de los recursos naturales, fue aceptada como una declaración conveniente frente a la *suprasoberanía* que pretenderían ejercer las grandes potencias³²⁵.

4.1.3.3. A modo de conclusión

Después de haber examinado las expresiones “Patrimonio de la Nación” y “El Estado es soberano en su aprovechamiento”, podemos señalar que la dinámica evolutiva del debate tuvo casi la misma estructura que la de su predecesora de 1979: primero, no se proyecta el término soberanía, sino que esto se realiza posteriormente como medio de defensa político para manifestar la posición del Estado frente a otras potencias que pusieran en duda su superioridad en el ejercicio de sus potestades públicas. No obstante, a nuestro entender para tal finalidad el término utilizado, no solo resulta redundante e innecesario, sino también equívoco en caso la intención de la Asamblea haya sido que los recursos naturales (yacientes) pertenezcan al Estado.

³²³ Intervención del parlamentario Julio Díaz Palacios (MDI), cfr., *ibídem*, pág. 1894.

³²⁴ Intervención del parlamentario Chirinos Soto tras retirar la objeción que formuló inicialmente, (cfr. *ibídem*, pág. 1895).

³²⁵ *Ibídem*, pág. 1895.

Sin embargo, podemos observar que existe un sustancial consenso dentro de la doctrina peruana en lo que la soberanía del Estado sobre los recursos naturales significa para el ordenamiento. Un significado, como mantuvimos anteriormente, que tampoco está relacionado *necesariamente* con un vínculo patrimonial del Estado con los Recursos Naturales, al menos no a nivel constitucional. Aunque debemos reconocer que el término “*Patrimonio de la Nación*” deriva de la soberanía del Estado según la relación encontrada por las Resoluciones de las Naciones Unidas y por la propia interpretación del Tribunal Constitucional que ya hemos mencionado.

4.2. Decreto Legislativo N° 708, de noviembre de 1991 y sus modificaciones

En el año 1991 el Congreso de la República, aún bajo la Constitución de 1979, otorgó facultades legislativas al Gobierno de Alberto Fujimori para establecer normas orientadas a crear las condiciones necesarias para el crecimiento y desarrollo de la inversión privada (Ley N° 25327)³²⁶. Con esta finalidad, el gobierno emite el Decreto Legislativo N° 708, que modifica gran parte del articulado de la Ley General de Minería del Decreto Legislativo N° 109. El nuevo dispositivo con rango de ley declara la promoción de inversiones en la actividad minera como un *asunto de interés nacional* (art. 1) y, para tal finalidad, otorga a los concesionarios, beneficios fiscales, cambiarios y administrativos, entre otros³²⁷.

Se abandona la posición empresarial del Estado frente a la actividad minera, puesto que se deja sin efecto el régimen de las Empresas Mineras Especiales (art. 26), al que se refería el Capítulo II del Título III del Decreto Legislativo N° 109; aunque se mantienen los

³²⁶ De hecho, esta norma con rango de ley se llamó: “Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero”.

³²⁷ Como la deducción de tributos internos que incidan en su producción (inc. c del art. 2), o la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo en los trámites administrativos dentro de un marco de simplificación administrativa (inc. k del art. 2), la libre comercialización de su producción (inc. c del art. 8) y la posibilidad de realizar contratos de riesgo compartido (*joint venture*) para cualquiera de las actividades mineras (art. 4), entre otros beneficios.

derechos adquiridos que estas Empresas Mineras Especiales hayan obtenido. Sin embargo, aquellos Derechos Especiales del Estado donde se haya realizado labores de exploración serían subastados públicamente ante los inversionistas (Tercera disposición transitoria). Igual suerte corrieron las áreas de no admisión de denuncios, y áreas de reserva nacional, reguladas en el régimen anterior como de aprovechamiento exclusivo por parte del Estado.

Al final, en la práctica, con las modificaciones realizadas por este nuevo Decreto Legislativo N° 708, el Estado se quedaría sólo con la prerrogativa de otorgar el título habilitante de la concesión minera sin mayor función que la de ejercer la constatación del cumplimiento de los requisitos para la obtención del derecho de explotación³²⁸.

En lo que atañe a nuestro estudio, el Decreto Legislativo N° 708, conserva la idea de que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, pero añade que esta propiedad tiene la característica de ser inalienable e imprescriptible (art. 17). A su vez, debemos tener presente no solo que el Decreto Legislativo N° 708 modifica la anterior Ley General de Minería del Decreto Legislativo N° 109, sino que además ambas fueron elaboradas bajo la influencia y jerarquía de la Constitución de 1979³²⁹.

En general, se mantuvieron las instituciones de la Ley General de Minería del Decreto Legislativo N° 109, que no fueron modificadas por el Decreto Legislativo N° 708. Al haber derogado 105 artículos total o parcialmente, se dictó el nuevo dispositivo: El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, emitido por el Ministerio de Energía y Minas, norma actualmente vigente en el Derecho minero peruano común.

³²⁸ Cfr. BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 128. Según HUAPAYA TAPIA, "esto obedeció a una figura de liberalización en el sector minero, la cual se manifestó en la derogación de la gran mayoría de las normas que concedían atribuciones y derechos al Estado para participar en la industria minera como agente económico. ... El Decreto Legislativo N° 708 concedió un distinto papel al Estado en la regulación del sector, dándole un rol de autoridad en el sistema, y relegando su posición de agente empresarial en el mercado minero", (cfr., "La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y propuestas desde una visión administrativa", *Revista Derecho & Sociedad*, n° 29, Lima 2012, pág. 221).

³²⁹ Consideramos importante mencionarlo ya que posteriormente regirá la Constitución de 1993, con una tendencia más liberal (economía social de mercado) que su antecesora.

Asimismo, en vista de la necesidad de promoción de las actividades productivas, se establece un sistema de información básica que fomenta la inversión. Aunque mantiene el esquema que el aprovechamiento de los recursos minerales se puede realizar tanto por la actividad empresarial del Estado³³⁰ y de los particulares, mediante el régimen de concesiones que se otorgan sin distinción o privilegio alguno (art. 18).

Las concesiones de exploración y de explotación, anteriormente separadas en dos distintos títulos habilitantes, se unen ahora en una sola, llamada concesión minera, que permite realizar ambas actividades según las necesidades del concesionario. La única clasificación para las concesiones mineras serán las metálicas y las no metálicas³³¹, sin superposición ni prioridad entre ellas. Los denuncios y concesiones otorgados anteriormente, continuarán manteniendo sus mismos efectos (Décima primera disposición complementaria).

4.2.1. El Derecho de Vigencia

El artículo 29 del Decreto legislativo 703 es el actual artículo 39 del TUO de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 14-02-EM), en él se estableció que la concesión minera obliga al pago de un tributo con naturaleza de tasa llamado "*derecho de vigencia*", originalmente establecido en US\$ 2.00 dólares por año y por hectárea, y para pequeños productores mineros de US\$ 1.00 dólar por hectárea.

Posteriormente, con la Ley N° 27341 (agosto de 2000) el concesionario metálico ve aumentado su contribución a US\$ 5.00 dólares por año por hectárea; finalmente, con el Decreto Legislativo N° 913 (abril 2001) esta tasa se redujo a US\$ 3.00 dólares (tasa vigente). Más tarde, la Ley 27651 estableció que los

³³⁰ Sin embargo, dos años después, a partir de la Constitución de 1993, el Estado solo podrá ejercer actividades empresariales de manera subsidiaria a los particulares, y por mandato de ley expresa, basadas únicamente en el interés público o en una manifiesta conveniencia nacional (artículo 60 de la Constitución de 1993).

³³¹ "... *los anteriores textos mineros peruanos insumieron las sustancias mineras en tres y hasta en cuatro categorías. La simplificación en el método clasificatorio es debido al intento del legislador en evitar los problemas que nacen de la superposición entre las diversas categorías...*", (cfr., BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería...*, op. cit., pág. 130).

mineros artesanales debían pagar US\$ 0.05 centavos de dólar por año por hectárea. Asimismo, en todos los casos es causal de caducidad de la concesión minera que no se realice el pago oportuno del derecho de vigencia, durante dos años consecutivos o tres alternados³³².

4.2.2. Obligación del amparo por el trabajo: obligación de una producción mínima anual

A partir de entonces hasta la actualidad, la obligación del amparo por el trabajo no tendrá en cuenta la reserva del yacimiento, como lo establecía el D. Leg. N° 109 (art. 89 y 90), sino más bien una producción mínima anual (según el art. 28 del Decreto Legislativo 708³³³, actual artículo 38 del TUO de la LGM) que era acreditada mediante las liquidaciones de la venta de sustancias minerales, según las hectáreas en que consistiera la concesión.

En vista que la concesión minera incluye tanto el derecho de exploración como el de explotación, el artículo 28 del Decreto Legislativo 708 (art. 38 del TUO de la LGM) estableció originalmente que esta inversión para la producción no debe darse más tarde del 8° año de presentado el petitorio. Posteriormente, con la Ley N° 27341 (agosto de 2000), el plazo para la producción mínima se disminuirá a no más tardar del vencimiento del 6° año de otorgado el título de concesión. Luego, el Decreto Legislativo N° 1010 (mayo de 2008) extiende el plazo hasta el 7° año de otorgado el título, y finalmente el Decreto Legislativo N° 1054 (junio de 2008) lo extendió hasta el 10° año de otorgado el título, siendo éste el plazo vigente a la fecha.

Sin embargo, debemos adelantar que esta obligación del amparo por el trabajo no es mencionada por la posterior Ley Orgánica de Aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821) ni mucho menos por el artículo 66 de la actual

³³² Recordemos que la caducidad por el incumplimiento del canon territorial (actualmente conocido como derecho de vigencia), era una condición que no existía en el régimen anterior del Decreto Legislativo N° 109, pero sí en el Decreto Ley N° 18880 (anterior Ley General de Minería).

³³³ Artículo 28 del Decreto Ley N° 708, en concordancia con el artículo 122 de la Constitución de 1979.

Constitución de 1993, por lo que aquella obligación ya no goza del nivel constitucional que ostentaba gracias al artículo 122 de la Constitución de 1979.

No obstante esta circunstancia, el Decreto Legislativo N° 1010 (mayo de 2008), modificó el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM)³³⁴ estableciendo una vinculación entre la obligación del amparo por el trabajo con el artículo 66 de la Constitución actual, el cual, como ya dijimos, en realidad no menciona aquella obligación. Por lo tanto, el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 708 (actual artículo 38 del TUO de la LGM) originalmente se inspiró en una premisa constitucional de 1979³³⁵ que ya no existe con la nueva constitución de 1993. Y su actual modificación (Decreto Legislativo N° 1010) no advierte este hecho.

4.2.2.1. La Producción mínima anual exigida. Un quantum constantemente modificado

Sobre la producción mínima exigida, originalmente el art. 28 del Decreto Legislativo 708 (artículo 38 del TUO de la LGM) se estableció en US\$ 100.00 por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas, y de US\$ 50.00 por año y por hectárea otorgada tratándose de sustancias no metálicas. Es decir, cantidades mucho más moderadas en comparación con las exigidas en la anterior regulación³³⁶. Posteriormente, con la Ley N°27651 (de enero de 2002) se agrega que la pequeña minería metálica debía obtener un mínimo de producción de US\$ 50.00 por año y por hectárea. Por su parte, la minería artesanal metálica debía obtener un mínimo de producción de US\$ 25.00 por año y por hectárea.

Más adelante, el Decreto Legislativo N° 1010 (de mayo de 2008), se multiplica prácticamente en diez la obligación de producción mínima para los mineros metálicos, al establecer

³³⁴ Que es, originalmente, el artículo 28 del Decreto Ley N° 708 que estamos tratando.

³³⁵ Recordemos que el Decreto Ley N° 708 se emitió bajo la Constitución de 1979.

³³⁶ Recordemos que en el Decreto Legislativo N° 109 se seguía dependiendo de la reserva del mineral probado-probable, establecida por la Ley General de Minería del D. L. N° 18880, para calcular la obligación de amparo por el trabajo.

que éstos debían obtener al menos una Unidad Impositiva Tributaria (es decir, unos S/. 3,500 nuevos soles para el año 2008) por año y por hectárea concedida. Asimismo, se duplica la obligación de producción mínima para los mineros no metálicos, ya que estos ahora deberán obtener al menos el 10% de una UIT (unos S/. 350 soles para el 2008) por año y por hectárea concedida. Estos incrementos se corresponden con el alza de precios de los minerales acontecida principalmente en el año 2008.

Por su parte, la pequeña minería metálica debía producir como mínimo el 10% de una UIT por hectárea por año, y el 5% de una UIT por hectárea por año si era no metálica; la minería artesanal debía producir como mínimo el 5% de una UIT por hectárea por año sea metálica o no metálica.

4.2.2.2. Modificaciones sobre la penalidad por no producir el mínimo anual exigido dentro del plazo

Como hemos visto, las diversas normas modificatorias han hecho que el plazo de producción mínima y su monto varíen a lo largo del tiempo, haciendo distinciones para la gran minería, la pequeña y la artesanal. De la misma manera también variará la penalidad por no cumplir esta obligación de la producción mínima, siguiendo la misma estructura del sobrecanon minero del Código de Minería de 1950.

El artículo 30 del Decreto Legislativo N° 708, actualmente artículo 40 del TUO de la LGM, estableció originalmente (atendiendo a que el plazo máximo para no producir era de 8 años) que a partir del 9° año de presentado el petitorio se pagara una penalidad de US\$ 2 dólares por año y por hectárea concedida, y si se trata de pequeña minería de US\$ 1 dólar por año y por hectárea concedida. A partir del 14° año la penalidad se incrementaba a US\$ 10 y a US\$ 5 dólares respectivamente.

Debemos puntualizar que en ese entonces, según el art. 59 del TUO de la LGM (art. 37 del Decreto Legislativo N° 708), las únicas causales de caducidad establecidas era el incumplir el pago por 2 años continuos o 3 años alternos el derecho de vigencia y la penalidad. Por lo tanto, con esta nueva norma, originalmente, la falta de producción no involucraba la caducidad, puesto que el concesionario tenía la alternativa de mantener al día el pago de su derecho de vigencia y de la penalidad correspondiente, sin tener que producir minerales. Es decir, teníamos la misma estructura de "canon y sobre canon" del Código de Minería de 1950.

Esta situación termina recién en mayo del 2008 con la emisión del Decreto Legislativo 1010, el cual agrega en el art. 59 del TUO de la LGM, que también constituye causal de caducidad de las concesiones mineras el incumplimiento por dos (2) años de las obligaciones de producción del art. 38 del TUO de la LGM.

Siguiendo las modificaciones que sufrió la penalidad por no obtener la mínima producción de minerales en la concesión, el art. 40 del TUO de la LGM (artículo 30 del Decreto Legislativo N° 708) fue modificado por la Ley 27341 (de agosto de 2000), que estableció a partir del 7mo año de presentado el petitorio una penalidad de US\$ 6 dólares por año y por hectárea concedida, y si se trata de pequeña minería de US\$ 3 dólares por año y por hectárea concedida. A partir del 12° año, la penalidad se incrementaba a US\$ 20 y a US\$ 7 dólares, respectivamente.

La segunda modificación se realizó tan sólo dos años después con la Ley 27651 (de enero de 2002), que disminuyó la penalidad sobre la pequeña minería a US\$ 1 dólar por año y por hectárea concedida, pero consignó la penalidad sobre la minería artesanal a US\$ 0.5 dólares por año y por hectárea concedida. Sin embargo redujo la penalidad que se debía pagar a partir del 12° año a US\$ 5 y a US\$ 3 dólares, respectivamente.

La tercera modificación fue realizada por el Decreto Legislativo 1010 (mayo de 2008), que estableció una penalidad del 10% de la Producción Mínima Anual por año y por hectárea concedida, aplicable a todos los tipos de concesiones mineras (grandes, pequeñas y artesanales). Asimismo, el Decreto Legislativo 1054 (junio 2008), sólo consigna que esta penalidad se aplicará a partir del primer semestre del 11° año, ya que esta norma, que es la vigente, establece un plazo no mayor al vencimiento del 10° año de otorgado el título.

4.2.3. Modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1320, de enero de 2017

4.2.3.1. Disposiciones de incentivo: reducción de la penalidad y ampliación del plazo máximo de producción

Finalmente, recientes cambios realizados en virtud de las facultades legislativas otorgadas mediante la Ley N° 30506 al poder ejecutivo del gobierno de Pedro Pablo Kuczynski han dado origen al Decreto Legislativo 1320, publicado el 5 de enero de 2017. Estas disposiciones tienen la finalidad de asegurar la continuidad de las actividades e inversiones mineras³³⁷ mediante la eliminación de disposiciones que desincentiven la inversión en la industria minera³³⁸. En tal sentido se argumenta que no es sostenible aumentar los pagos que deben hacer los titulares mineros por falta de producción “*de acuerdo a la tendencia de precios de la mayoría de los minerales, poniéndose en peligro la subsistencia de las operaciones y la inversión en la exploración de nuevos recursos minerales, por lo que es conveniente su modificación*”. Sin embargo, sus disposiciones aún entrarán en vigencia recién a partir del 1° de enero de 2019, por este motivo, a continuación, hablaremos en términos de futuro.

³³⁷ Segundo párrafo del considerando del Decreto Legislativo 1320.

³³⁸ Quinto párrafo del considerando del Decreto Legislativo 1320.

Este dispositivo reducirá la penalidad que debe pagar el concesionario al 2% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea³³⁹, “*hasta que cumpla con la producción*”, pero, también añade, “*o inversión mínima anual*”. Y es que también se eximirá del pago de la penalidad si invierte 10 veces lo que debería pagar por penalidad.

El dispositivo también establece que si no se obtiene la producción mínima al vencimiento del décimo quinto año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 5% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea otorgada efectiva, hasta que cumpla con la producción o inversión mínima anual.

El art. 41 del TUO de la LGM actualmente establece que al vigésimo año, la concesión que no logra la producción mínima exigida, caduca indefectiblemente. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1320 trasladará esta disposición al artículo 40 del TUO de la LGM, pero a su vez la modificará estableciendo que, si no se obtiene la producción mínima al vencimiento del vigésimo año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea otorgada efectiva, hasta que cumpla con la producción o inversión mínima anual.

Asimismo, si la falta de producción mínima se mantiene hasta entonces, agrega que la concesión minera caduca indefectiblemente recién hasta el vencimiento del trigésimo año computado desde el siguiente a aquel en que se otorgó el título.

Finalmente, una de las cosas más resaltantes que establece este Decreto Legislativo 1320 es considerar a la penalidad como un sobrepago o pago aumentado del derecho

³³⁹ La actual disposición establece un 10% de la producción mínima anual (Decreto Legislativo 1010).

de vigencia, conservando la misma naturaleza de dicho derecho, es decir, la de una tasa tributaria.

4.2.3.2. Exención del pago de la penalidad por no producir el mínimo

Originalmente el art. 41 del TUO de la LGM (art. 31 del Decreto Legislativo 708), establecía que el concesionario podía eximirse del pago de la penalidad si demostraba haber realizado en el año anterior una inversión 10 veces mayor a la penalidad que le correspondería pagar. A continuación, el Decreto Legislativo 1010 (de mayo 2008), sustituyó esta disposición y establecía que la concesión no caducaba si el concesionario puede demostrar que el incumplimiento de su obligación de producción fue por caso fortuito o fuerza mayor.

Posteriormente, éste artículo fue modificado por el Decreto Legislativo 1054, que exime de caducidad del derecho desde el 15° hasta el 20° año a aquél concesionario que sustente que el incumplimiento de la producción mínima se debe a caso fortuito o fuerza mayor o por algún hecho que no le es imputable. La misma exención sucede si dentro del mismo plazo ha pagado puntualmente la penalidad y ha realizado una inversión 10 veces mayor a la penalidad que le correspondería pagar (esta inversión puede solventarse en actividades mineras y/o de infraestructura básica de uso público). Esta es la disposición que estará vigente a la fecha hasta el 1° de enero de 2019, según lo establecido por el ya mencionado Decreto Legislativo 1320 de enero de 2017.

Como ya habíamos señalado, el Decreto Legislativo 1320 traslada gran parte de los tópicos del artículo 41 al art. 40 del TUO de la LGM, dejando sólo establecido en el art. 41 que:

“el concesionario no pagará penalidad si invierte no menos de diez (10) veces el monto de la penalidad por año y por hectárea que corresponda pagar por la concesión o unidad económica administrativa”.

4.2.4. Unidad Económico Administrativa (UEA) para ayudar al cumplimiento de la producción mínima anual

Por su parte, tanto para las obligaciones de inversión mínima al momento de la exploración, como la de mínima producción en la explotación, el concesionario minero tendrá la facilidad de acumular varias concesiones en una Unidad Económico Administrativa (UEA), con la finalidad que su inversión pueda servir para la conservación de varias de sus concesiones.

4.2.5. A modo de conclusión

Como conclusión, por varios años (desde 1992 hasta 2008) el Decreto Legislativo N° 708 hizo retornar a la posición mantenida por el Código de Minería de 1950 y a su antecesor liberal el Código de Minería de 1901, los cuales establecían sólo el pago de un canon y de un sobre canon como único requisito necesario para mantener la concesión. Es decir, hasta la aparición del Decreto Legislativo 1010 (mayo 2008) se retornaba a un ordenamiento en el que la caducidad de concesiones mineras sólo se aplicaba en situaciones de extrema negligencia, algo que favorecía e incentivaba notoriamente la inversión privada en el sector minero al generar mayor certidumbre para mantener el derecho.

Con ello también se excluía la adquisición de los derechos mineros a aquellos que no pudieran solventar el pago del derecho de vigencia y las penalidades (aproximadamente US\$ 1,000 dólares al año por la concesión más pequeña, de 100 hectáreas) en caso de no llegar a una efectiva producción mínima requerida dentro del plazo establecido. No obstante, no se puede afirmar que esta circunstancia haya generado actualmente un control monopólico ni especulación sobre los derechos mineros, como ocurrió en el régimen anterior a la Ley General de Minería del D. L. N° 18880.

Sin embargo, actualmente desde el Decreto Legislativo 1010 (mayo 2008) hasta la fecha, en el ordenamiento se exige una producción mínima que deberá ser obtenida por el concesionario. Es decir, un plazo máximo que actualmente es de 20 años, y que en razón a incentivar las inversiones en el sector minero el gobierno

actual extenderá a 30 años a partir del 2019, según lo explicado por las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo 1320.

4.3. Ley especial: Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Legislativo N° 014-92-EM de junio de 1992

A lo largo del primer título de este capítulo hemos cuestionado que el vínculo patrimonial, o la pertenencia de los recursos naturales al estado procedieran necesariamente del significado “*Patrimonio de la Nación*”, o los términos de soberanía del estado utilizados por los legisladores constituyentes de 1993, tal y como se encuentra recogido en el artículo 66 de la Constitución y en la doctrina del TC. Sin embargo, sí se recoge la pertenencia de los recursos naturales al Estado a nivel legislativo.

Por una parte son tratados por el TUO de la Ley General de Minería (Aprobado por el Decreto Supremo N° 14-92-EM), y en la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, vigente en nuestro ordenamiento desde el 26 de junio de 1997. Si bien la primera norma fue aprobada anteriormente a la Constitución de 1993, se explica recién aquí en razón a una jerarquía de normas.

4.3.1. Pertenencia estatal de dominio público sobre los Recursos Minerales

El Artículo II del TUO de la Ley General de Minería es una de las pocas leyes que establece un claro vínculo de pertenencia estatal sobre los minerales, puesto que señala que: “*Todos los recursos minerales pertenecen al Estado...*”; con lo que pareciera que el vínculo de los recursos naturales pudiese ser patrimonial. Sin embargo, inmediatamente después también dice que aquella propiedad “*es inalienable e imprescriptible*”, las cuales son características que el artículo 73 de la Constitución le otorga a los bienes que el Estado ostenta bajo dominio público.

Sin embargo, debemos señalar que se trata de una norma elaborada estando vigente la de la Constitución de 1979, cuyo artículo 118 no establecía la pertenencia de los recursos minerales a favor de la Nación, sino directamente a favor del Estado. Pero no se puede afirmar que el TUO de la LGM contradiga la actual

Constitución de 1993 en su artículo 66 sino, más bien, que mantiene tal disposición, puesto que, al decir que los recursos naturales pertenecen al Estado no contradice la consideración de éstos como *“Patrimonio de la Nación”* según lo establecido por la Constitución.

Esta disposición debe ser interpretada bajo la definición del concepto *Patrimonio de la Nación* establecido por la LOASRN, por la cual lo que pertenecería al Estado son los recursos minerales yacientes en su fuente.

4.3.2. La propiedad de los recursos minerales extraídos sin derecho de explotación

Sin embargo, existe una situación en la que los recursos minerales pueden ser extraídos por los particulares sin ostentar el derecho de explotación, este escenario es considerado por el art. 52 del TUO de la Ley General de Minería que establece que:

“La persona que extraiga sustancias minerales sin derecho alguno, devolverá al Estado los minerales indebidamente extraídos, o sus valores, sin deducir costo alguno y sin perjuicio de la acción judicial a que hubiere lugar”.

Como se puede observar, al ser efectivamente extraídos de su fuente, dejan de ser considerados como *Patrimonio de la Nación*, según ya hemos visto por lo señalado en la LOASRN. El art. 19 de este cuerpo legal también sostiene que en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre los Recursos Naturales, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares. Sin embargo, la norma no indica si la naturaleza jurídica de pertenencia que el Estado ostenta sobre estos recursos minerales, extraídos ilícitamente por un particular, se trata de un dominio público o de un dominio privado a favor del Estado.

No obstante, nos inclinamos a pensar que se trata de un dominio privado, porque son recursos que perdieron su condición de Patrimonio de la Nación y, por lo tanto, el Estado podrá venderlos como bienes patrimoniales. A pesar de esto, debemos

decir que no tenemos conocimiento sobre el tratamiento, disposición ni a qué institución de la Administración Pública se adjudican las facultades y competencias para la efectiva disposición sobre este tipo de recursos minerales³⁴⁰.

4.4. Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821), de junio de 1997

4.4.1. Sobre el concepto de "Patrimonio de la Nación" en la LOASRN

El artículo 1 de esta ley establece que regulará el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en tanto éstos constituyan *Patrimonio de la Nación*, estableciendo las condiciones y modalidades de otorgamiento a los particulares de acuerdo a la habilitación constituida. En este sentido, es especial el artículo 4 que dispone que son *Patrimonio de la Nación* todos los recursos naturales *mantenidos en su fuente*, sean éstos renovables o no renovables.

Sobre esto en particular, debemos recordar que el artículo 66 de la Constitución no hace diferencia entre recursos naturales extraídos o no. Sin embargo, el referido artículo 4 de la ley orgánica delimita el concepto de "*Patrimonio de la Nación*" a un tipo de recursos naturales: *los yacientes en su fuente*. Si bien el artículo 66 de la Constitución faculta a la ley orgánica a fijar las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a los particulares, nos preguntamos si esta facultad también implica someter a límites el concepto de *Patrimonio de la Nación*, como para ser considerada una delimitación del propio concepto constitucional de Patrimonio de la Nación.

Es decir, nos preguntamos si la delimitación "*yacientes en su fuente*"; sea una delimitación propiamente constitucional o meramente legislativa.

³⁴⁰ Según nos explica CHANG CHUYES, los bienes del estado, sean demaniales o patrimoniales, siempre están atribuidos a una Administración pública, (cfr., *La Titularidad de los bienes...*, pág. 110).

4.4.2. Sobre el concepto de "Soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales" en la LOASRN

Con respecto a la alusión de soberanía, la Ley Orgánica también se pronuncia en el artículo 6: "*su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos*".

Con lo cual, vemos que en esta norma existe una perfecta alineación de lo que significa soberanía sobre el aprovechamiento de los recursos con lo explicado por la propia doctrina. Es decir, de este concepto no se genera una relación de "*pertenencia al Estado*" de los Recursos Naturales considerados *Patrimonio de la Nación*.

4.4.3. Sobre el interés de la Nación, el otorgamiento a los particulares y la retribución económica

Asimismo, la Ley Orgánica vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en las leyes especiales y normas reglamentarias (artículo 8)³⁴¹.

Sobre el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, el artículo 1 añade que si los titulares obtienen sus frutos y productos de la forma establecida por la Ley Orgánica, serán de dominio de estos, según sus derechos concedidos. Asimismo, la Ley Orgánica establece en su artículo 19, que aquellos se otorgan a los particulares mediante las modalidades establecidas en las leyes especiales para cada recurso natural. Por lo tanto, habrá tantas leyes especiales como recursos naturales sean regulados³⁴².

³⁴¹ Según explica FORNO, el ordenamiento prevé garantizar dicha armonía por medio de la técnica jurídica de los títulos habilitantes que, en el caso de los recursos minerales, es la concesión minera, lo cual implica la intervención de la Administración en la economía, a efectos de que el particular pueda ejercer su derecho de libertad de empresa, (cfr., "*El título Minero como...*", op. cit., pág. 47).

³⁴² Cfr. BAILLETTI FRAYSSINET, G., "El derecho del Concesionario Minero", *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n° 59, Lima, 2005, pág. 319.

Pero más importante aún es que menciona que “*en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares*”. Así, el artículo 23 de la norma indica que será la concesión quien otorgue a su titular el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso concedido en uso y disfrute, bajo las condiciones que establezca el título, y en virtud a ello, otorga la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Consecuentemente, ningún particular puede realizar un aprovechamiento sin la previa concesión de la Administración³⁴³.

Por otro lado, el aprovechamiento de recursos naturales realizado por los particulares ocasiona el pago de una retribución económica determinada por criterios económicos, sociales y ambientales, ya sea esta una contraprestación o el derecho de otorgamiento, conocido como derecho de vigencia, los cuales serán establecidos por leyes especiales³⁴⁴.

4.5. Desarrollo jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Artículo 66. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 48-2004-PI/TC

4.5.1. Patrimonio de la Nación e interés nacional

Según el Tribunal Constitucional “*los recursos naturales, in totum, son Patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones*”³⁴⁵. Como vemos, el TC se posiciona sobre el fundamento original que la doctrina nacional ya sostenía, sobre todo con los autores RUBIO CORREA y FIGALLO³⁴⁶. Así, en el caso específico de la extracción de los recursos minerales para su aprovechamiento económico, el TC indica que aquella se realiza

³⁴³ Cfr. FORNO CASTRO POZO, X. “El título minero...”, op. cit., pág. 57.

³⁴⁴ Artículo 20 de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821.

³⁴⁵ F. j. 29 de la STC recaída en el Expediente N° 48-2004-PI/TC.

³⁴⁶ FIGALLO ADRIANZÉN, G., “*Régimen de los Recursos...*”, op. cit., pág. 319. RUBIO CORREA, M., *Estudios de la Constitución...*, op. cit., pág. 327.

“bajo los parámetros del interés general de la Nación” (cfr. f. j. 82).

También agrega sobre la protección de la propiedad (sea esta privada o pública), que “...cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66°), estos son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento”. (cfr. f. j. 85).

La mencionada resolución es más específica en su f. j. 86, cuando dice que: “el dominio sobre los recursos naturales no renovables que ostentan los titulares de la actividad minera es sobre el bien extraído y no sobre el situado en tierra, el cual, en tal estado, es patrimonio de la Nación”. Refiere que en el específico caso de la actividad minera, el mineral situado en la tierra es *Patrimonio de la Nación*, y una vez extraído es de dominio del titular de la actividad minera³⁴⁷. Con esto asume las características que la LOASRN en su artículo 4 dota a los recursos minerales.

4.5.2. La naturaleza del dominio sobre los Recursos Minerales según lo señalado por Tribunal Constitucional

4.5.2.1. Sobre el dominio patrimonial

La sentencia también sostiene que los beneficios derivados de la utilización de los Recursos Naturales considerados Patrimonio de la Nación “deben alcanzar a la Nación en su conjunto”, por este motivo, queda proscrito “su exclusivo y particular goce” (f. j. 29). Como vemos, al decir “beneficios derivados”, el Tribunal acerca a los recursos naturales “Patrimonio de la Nación” a un dominio patrimonial podría implicar que el concesionario deba pagar una regalía en razón a la renta obtenida gracias a la explotación del recurso, frente a lo que significaría *beneficios directos de su utilización* que serían los propios perseguidos

³⁴⁷ Aquí hay que hacer una diferencia entre el titular del recurso mineral y el titular de la actividad minera. Una cosa es el bien extraído, y otra diferente es la actividad que permite su extracción.

por un dominio público, en el cual el Estado no percibe regalías ni contraprestaciones.

Sin embargo, posteriormente en la misma resolución también se indica que *“las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo Patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado³⁴⁸, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma”*, (f. j. 80). Por lo tanto, podríamos entender que cuando se trata de bienes que integran el *Patrimonio de la Nación*, efectivamente entregados en propiedad a los particulares (*concedidos en dominio privado*), es la función social de la propiedad la que legitima al Estado a imponer límites sobre su ejercicio, para atender al bien común. Reconociendo que existe entrega en propiedad de bienes *Patrimonio de la Nación*.

4.5.2.2. Un supuesto dominio eminente

Posteriormente, de una manera un tanto confusa, refiere que *“los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión”*, (f. j. 83). Frente a este pronunciamiento en particular, cuestionamos que el Tribunal utilice el término *“propiedad absoluta”³⁴⁹*; sin embargo, nos preguntamos si aquí se refiere

³⁴⁸ Sin embargo, consideramos que una mejor redacción del Tribunal Constitucional sobre el Patrimonio de la Nación, hubiese sido que *“...al ser extraídos son concedidos en dominio privado”*. Puesto que el Patrimonio de la Nación (recurso natural yacente) no puede ser concedido en sí mismo al dominio privado al ser inalienable (art. 73), sólo se concede un derecho de extraerlos de su fuente, en cuyo momento y bajo las condiciones del ordenamiento, se traslada al dominio privado del titular habilitado con el derecho.

³⁴⁹ Es un término que creemos ha sido largamente superado por la doctrina, en virtud a la ya prolongada existencia de la función social de la propiedad. Así, AVENDAÑO nos explica que *“se cuestiona el carácter de derecho absoluto. La propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público del concepto social de dominio”*, (cfr., “El Derecho de propiedad en la Constitución”, *Revista Themis*, N° 30, Lima 1994, pág. 118).

a los recursos naturales no renovables yacientes o a los extraídos.

Pensamos que el TC se refiere a los recursos no renovables extraídos, puesto que para los yacientes es indudable que están fuera del comercio y, por lo tanto, se encuentran fuera de cualquier disposición de los particulares concesionarios. No obstante, podemos observar que, aparentemente, el Tribunal está adquiriendo una posición tomada por los que propugnan el llamado *dominio eminente del Estado* frente a los Recursos Naturales, es decir, como una potestad vinculada con la soberanía³⁵⁰.

4.5.2.3. Conclusión del Tribunal: El estado no ostenta un dominio privado, sino un dominio público

Finalmente, el Tribunal deslinda categóricamente que el Estado ostente una situación subjetiva de propietario civil sobre los recursos naturales. En este sentido, su interpretación se separa de una *concepción patrimonialista*³⁵¹ de los recursos minerales. Pero no niega un vínculo de pertenencia estatal, puesto que enfatiza que la técnica empleada será la de los bienes categorizados como de “*dominio público*”, la cual excluye al bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*³⁵².

Sin embargo, el Tribunal agrega que al ser los recursos minerales integrantes del patrimonio de la Nación, “*sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea*

³⁵⁰ De esta forma, VERGARA BLANCO, en una crítica realizada a la corriente que defendía la teoría del “*dominio eminente*”, nos cita a URIBE HERRERA, quien manifestó que este dominio eminente era una “*potestad vinculada a la soberanía*” de la que “*jamás se desprende el Estado, aunque le entregue a los particulares un dominio patrimonial*”, (cfr., VERGARA BLANCO, A., *El problema...*, op. cit., pág. 452).

³⁵¹ Ver f.j. 101: “*El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio privado*”.

³⁵² Cfr. *Ibidem*, f. j. 101.

debidamente compensada con una contraprestación llamada *regalía minera*³⁵³, (f. j. 88).

Como hemos mencionado anteriormente, esta afirmación generaría la controversia de que la referida contraprestación podría ser tratada como un *precio* por el mineral, y en adición, el término *propiedad* utilizado por el Artículo II del Título preliminar del TUO de la LGM, podrían llamar la atención de la doctrina al tener características similares de una propiedad civil: es decir, no se deslinda si el dominio que ostenta el Estado se trata de un dominio público o de un dominio privado.

4.5.3. La LOASRN como bloque de constitucionalidad para interpretar el artículo 66 de la Constitución de 1993

HUAPAYA TAPIA, interpretando la sentencia del TC referida en el párrafo anterior, manifiesta que la LOASRN forma parte de un *bloque de constitucionalidad de los Recursos Naturales*³⁵⁴. Sin embargo, debemos hacer dos observaciones sobre esta aseveración.

En primer lugar, si bien la referida sentencia resolvía un procedimiento de inconstitucionalidad contra la ley de regalía minera, debemos decir que para que la LOASRN sea considerada como un *bloque de constitucionalidad* o un principio de interpretación constitucional sobre los Recursos Naturales, se deben aplicar los requisitos establecidos por el artículo 79 del Código Procesal Constitucional exigidos al TC para apreciar la validez constitucional de las normas: es decir, que sea una ley que regule alguna *competencia*, o una *atribución de los órganos del Estado*, o que regule algún *derecho fundamental de la persona*. La LOASRN no regula ninguno de estos.

³⁵³ Aunque añade que esta contraprestación también se cobra *por la afectación al medio ambiente*. Según HUAPAYA TAPIA *queda la duda... si es que la Constitución ha adoptado un sistema patrimonialista o de propiedad sobre los recursos naturales o, si ha seguido un modelo dominialista o de dominio público sobre tales recursos. Asimismo, si es que efectivamente existe una identificación entre el concepto de dominio eminente, y el dominio público en nuestro derecho*, (cfr., "El régimen constitucional y legal de los recursos naturales... op. cit., pág. 330).

³⁵⁴ *Ibidem*, pág. 329.

En segundo lugar, la Sentencia del TC no menciona en ningún momento que la LOASRN ostente una naturaleza de bloque constitucional para la interpretación del artículo 66 de la Constitución, sino que tan sólo obtiene de aquella una reserva a una mayoría cualificada de una regulación a dicha norma cualitativa (f.j.39 y 47). Es decir, que sólo por Ley Orgánica se pueda normar el aprovechamiento sobre los Recursos Naturales, cosa distinta a su pertenencia.

Por último, el propio referido autor indica que los aportes doctrinales de la Sentencia del Tribunal Constitucional han sido formulados como *obiter dicta*, pues su resolución se centraba sobre el caso de las regalías mineras³⁵⁵.

Por lo tanto, creemos que lo regulado por la LOASRN no reúne los requisitos exigidos para poder ser considerado un principio de interpretación constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aprecia efectivamente la validez constitucional de la ley de regalía minera a través de la LOASRN.

³⁵⁵ Cfr. HUAPAYA TAPIA, R., "La Regulación del Sector Minero...". Op. cit., pág. 222.

CAPÍTULO V.
EL PROBLEMA DOGMÁTICO-JURÍDICO DE LA
NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE EL ESTADO Y
LOS RECURSOS NATURALES: DOMINIO PÚBLICO O
DOMINIO PATRIMONIAL

La relación jurídica entre el Estado y sus bienes no es la misma en todos los casos, la condición jurídica de los bienes "propiedad del Estado" depende de la voluntad del legislador³⁵⁶. Sin embargo, con respecto al vínculo del Estado sobre los recursos naturales habíamos mencionado que la Asamblea constituyente no resolvió adecuadamente si se trataba de un dominio público o de un dominio privado, siendo una disyuntiva presentada por la SNMP, y posteriormente debatida en la doctrina nacional.

Por ello, con la finalidad de saber sobre qué trata este debate, pasamos a describir las posturas presentadas en la doctrina sobre el vínculo jurídico que el Estado puede tener sobre los bienes llamados recursos naturales.

³⁵⁶ GARCÍA MONTUFAR, G., *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 51.

5.1. Dominio patrimonial del Estado sobre los Recursos Naturales. Tesis patrimonialista

5.1.1. El dominio patrimonial sobre los minerales

Se entiende como dominio privado el conjunto de bienes que el Estado posee y administra *como particular*³⁵⁷, con facultad de disponer sobre ellos. En palabras de GARCÍA MONTÚFAR, no se diferencia de la propiedad privada, por lo que puede prescribir, es decir, se aplica el derecho civil³⁵⁸.

Según GARCÍA MONTÚFAR, el Derecho de Minería es una rama desprendida del derecho civil, que adquiere caracteres del derecho público por la intervención creciente del Estado sobre tal actividad, pero conserva muchos rasgos del derecho privado porque los minerales son objeto de concesión³⁵⁹. Este autor menciona que el dominio expresado por el artículo 37 de la Constitución de 1933, y en el artículo 1º del Código de Minería de 1950³⁶⁰ trata de un *señorío del Estado*.³⁶¹ Pero sobre todo, debemos notar que este artículo también manifestaba que la explotación realizada por los concesionarios es de *“utilidad pública”*.

En nuestro ordenamiento el artículo II del TUO de la LGM establece que los recursos minerales pertenecen al Estado, e inmediatamente después dice que esta propiedad es inalienable e imprescriptible, características que no son de dominio privado sino de dominio público. También, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que el Estado peruano no posee un dominio privado sobre los recursos minerales (cfr. f. j.101 de la STC recaída en el expediente N° 48-2004-PI/TC).

³⁵⁷ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 113.

³⁵⁸ Definición de GARCÍA MONTUFAR, (cfr., *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 52).

³⁵⁹ GARCÍA MONTUFAR, G., *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 45.

³⁶⁰ *“Las sustancias minerales... son bienes de propiedad del Estado”*.

³⁶¹ GARCÍA MONTUFAR, G., *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 45.

5.1.2. Crítica a la tesis patrimonialista

Según VERGARA BLANCO, si bien se trata de una tesis que sostiene una verdadera propiedad del Estado, por más especial que esta propiedad sea, está basada en la literalidad de los términos utilizados por la norma que usualmente expresa que el Estado: “*tiene dominio...*” o “*es dueño...*” de las minas³⁶²; es decir, la tesis patrimonialista no realiza un análisis de lo que la literalidad trata de comprender. Por lo tanto, decir que a través del tiempo nada haya cambiado en cuanto al dominio del Estado sobre las minas sólo es válido si nos referimos a la textualidad de las normas³⁶³.

Para este autor es importante reconocer lo peligroso que resulta una mera interpretación literal de la norma. Sostiene que esta tesis no es adecuada ni en la teoría ni en la práctica. En principio, porque decir que el estado tiene dominio sobre los recursos naturales yacientes es de tan difícil comprensión que inclusive debe ser tratada como una propiedad *sui generis* ante la falta de una explicación teórica aceptable³⁶⁴.

Los fundamentos de VERGARA BLANCO se refieren al ordenamiento de Chile, cuyo poder legislativo ha rechazado dictar una ley que impusiera regalías mineras sobre lo obtenido por los concesionarios como una contraprestación por la extracción. Es decir, el legislador chileno no ha tenido una conducta patrimonialista ante los minerales (o los recursos naturales yacientes, en general, para el caso peruano) ya que no ha establecido una regalía. No obstante, posteriormente se interpuso un impuesto especial minero, el cual de manera correcta tiene la

³⁶² El autor utiliza normas chilenas: el art. 591 del Código Civil y el inc. 6, núm. 24 del art. 29 del su Constitución Política. Si bien no podemos encontrar estas mismas expresiones en el ordenamiento civil peruano vigente, ni de manera directa en la Constitución de 1993 (que establece que la pertenencia directa es de la Nación), sí existe pero en normas pertenecientes al derecho público, como el art. II del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería: “Todos los recursos minerales *pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.*”

³⁶³ VERGARA BLANCO, A., “El problema de la naturaleza jurídica...”, op. cit., pág. 453.

³⁶⁴ *Ibidem*.

naturaleza jurídica de tributo y no de contraprestación no tributaria como sería la regalía minera propiamente dicha³⁶⁵.

Por el contrario, en el Perú, el legislador sí ha creado una regalía minera como un pago contraprestativo en virtud de la extracción de los recursos minerales yacientes, sin tener aquella una naturaleza tributaria sino *contraprestativa*. Si bien su imposición se regula por el derecho público, no es natural cobrar una *contraprestación* por el aprovechamiento del dominio público en *estricto sensu*, sino tan sólo un canon o tributo. Es decir, el legislador peruano sí ha tenido una conducta patrimonialista sobre los recursos naturales yacientes, aunque el Tribunal Constitucional ha sostenido que el Estado no tiene una relación subjetiva patrimonialista con los recursos naturales.

5.2. Dominio público del Estado sobre los Recursos Naturales: Tesis dominalista

5.2.1. Antecedentes históricos del dominio Público

Fue acuñada por primera vez con el Edicto de *Moulins*, aprobado en 1566 durante el reinado de Carlos IX de la dinastía Valois, de Francia, en cuya virtud se proclamó la inalienabilidad del dominio público de la Corona, y en donde "*el rey es un administrador que debe mantener la unidad de la soberanía y mantener la función real y la administración*". A partir de esta dinastía, y como uno de los efectos de la aplicación del Edicto, se consagró la *inalienabilidad* y, más tarde, la *imprescriptibilidad* de ciertos bienes, entre ellos los recursos minerales. A estos bienes llamados de "*dominio público*" originariamente se los vinculó con un concepto genérico de exclusión de la propiedad privada, en consideración no sólo a una *concepción dominical* de los bienes sino a la cautela y protección, considerando que su destino y

³⁶⁵ *El intento de aplicar un cobro en dinero a los concesionarios mineros, aduciendo que el "dueño" de las minas podría cobrar una regalía (o royalty), basado sólo en tal supuesto de "dominio"; no fue aceptado como Proyecto de Ley en 2004 en el Congreso*; (cfr., VERGARA BLANCO, A., "El problema de la naturaleza jurídica..." op. cit., pág. 456).

función trasciende el ámbito de los intereses privados, afectando a toda la comunidad³⁶⁶.

El concepto de dominio público posteriormente aparece como disposición legal durante el desarrollo de la Revolución Francesa, con el artículo 1º del Código Demanial (*Code Demanial*) de 1790³⁶⁷, pero sin incluir a los recursos minerales, porque sobre estos la Asamblea estaba elaborando y debatiendo intensamente sobre la atribución de su dominio y de los principios, normas e instituciones para su adquisición por los particulares, y el rol del estado sobre ello³⁶⁸.

Fruto de este debate, la Ley Minera de 1791 no atribuyó a nadie el dominio de los recursos minerales, es decir se constituían como bienes *res nullius*. Pero sí estableció que el Estado era sólo un administrador y tutor de la riqueza mineral, hasta que se concede en propiedad perfecta y completa al particular que las descubra, con todos los atributos de la propiedad civil³⁶⁹.

Posteriormente, el Código Civil Francés de 1804, en su artículo 552 sustituye a la Ley Minera de 1791, y atribuye el dominio de los recursos minerales al propietario del terreno superficial, según las condiciones del Capítulo Tercero, adoptando como principio el dominio fundario. Sin embargo, al final de dicha norma también se establece: "*salvo las modificaciones resultantes de la ley y los reglamentos relativos a las minas*". A este respecto, la primera ley modificatoria relativa a las minas fue la Ley de Minas de 1810, dictada por Napoleón³⁷⁰.

Sobre esta norma, Napoleón señala que:

"era necesario exponer claramente el principio de que la mina hace parte de la propiedad de la superficie, sin embargo no

³⁶⁶ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El dominio minero...*, op. cit., pág. 110.

³⁶⁷ Artículo 1º declara que: "*los caminos públicos, calles, plazas de villas, los ríos navegables y sus riberas, las costas marítimas, playas, puertos, ensenadas y en general, todas las porciones del territorio nacional que son susceptibles de una propiedad, se consideran dependencias del dominio público*", (cfr., VILDÓSOLA FUENZALIDA, op. cit., pág. 110).

³⁶⁸ *Ibidem*, op. cit., págs. 110-111.

³⁶⁹ *Ibidem*, op. cit., pág. 111.

³⁷⁰ *Ibidem*, op. cit., pág. 111, y RUIZ BOURGEOIS, J., *Reflexiones...*, op. cit., pág. 15.

puede ser explotada sino en virtud de un acto administrativo del soberano”, agregando que “el descubrimiento de una mina crea una propiedad nueva que mediante un acto del soberano permite que aquel que ha hecho el descubrimiento pueda aprovecharlo, pero como a su vez, el propietario de la superficie tiene derechos sobre esta propiedad, el acto debe contemplarlos a aquéllos también”³⁷¹.

Por lo tanto, *La Ley Minera de 1810* definió un sistema estructurado en base a los principios y concepción de un dominio minero fundario virtual, que atribuyó la propiedad de los recursos minerales al dueño del terreno superficial donde están ubicados, sea suelo o subsuelo, pero con la obligación de trabajarla en caso de que un tercero lo solicite y no desee llevarlo a efecto el propietario de la superficie³⁷². Esto excluyó la acción del Estado y su calidad de titular del dominio minero, haciéndolo intervenir sólo como tutor y administrador de dichos recursos, con el objeto de concederlos a los particulares que los descubrieran, a quienes les otorgó el derecho a explotar, con preferencia al dueño del suelo, pero si éste se rehúsa, el tercero que los descubrió y puso en evidencia tiene el derecho a ejecutarlo³⁷³.

5.2.1.1. Conceptos doctrinarios

El dominio público, es considerado por DE ARCENEGUI como una “*transformación en la historia del sistema regaliano*” (o patrimonialista)³⁷⁴. Por su parte, para MARTINEZ VÁSQUEZ a diferencia del concepto de dominio patrimonial, que es una categoría propia del Derecho Civil, el dominio público tiene naturaleza estrictamente pública, es decir, debe ser abordada desde la perspectiva propia del Derecho Administrativo³⁷⁵. Asimismo, GARCÍA MONTÚFAR sostiene que se trata de un conjunto de bienes del Estado

³⁷¹ Cfr. VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., op. cit., págs. 115 y 151.

³⁷² *Ibídem*, op. cit., pág. 131.

³⁷³ *Ibídem*, op. cit., pág. 131.

³⁷⁴ DE ARCENEGUI, I, *Derecho minero*, Civitas, Editorial Aranzadi Madrid, 2002, pág. 44.

³⁷⁵ Cfr. MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F., “Qué es el dominio público”, *Revista Thémis – Época* 2, n° 40, Lima, 2000, pág. 264.

afectados a un destino o servicio de utilidad pública³⁷⁶. Según BALLBÉ, los bienes de dominio público están destinados al fomento de la riqueza nacional porque la función administrativa no se agota con la actividad de los servicios públicos.

CHANG CHUYES señala que la diferencia entre los bienes demaniales y los patrimoniales es el régimen jurídico al que se someten, siendo el de aquellos un régimen más tuitivo que comportan las características de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, porque están especialmente destinados a un interés público³⁷⁷.

Por su parte, para FORNO, el dominio público es un régimen jurídico de utilización y protección, una técnica de intervención (Actividad de Policía) por la cual la Administración se encuentra en capacidad suficiente de gestionar los bienes de dominio público en beneficio de un interés colectivo (la nación). Refiriéndose a la pertenencia sobre recursos minerales, la autora manifiesta que no debe confundirse con el derecho de propiedad reconocido en el Código Civil, régimen del cual queda excluido. Por ende, el dominio público "ni supone ni excluye el vínculo de apropiación o pertenencia privativa"; sino que es un título jurídico de intervención, un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la Administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de un fin de interés público. En suma, lo que en realidad se busca, más allá de las técnicas jurídicas empleadas, es no privar a la sociedad de los réditos que genere la explotación de los recursos naturales, así sea llevado a cabo por particulares que buscan la satisfacción de intereses propios. Como ha hemos visto, se pretende armonizar ambos intereses³⁷⁸.

³⁷⁶ GARCÍA MONTUFAR, G., *Derecho de Minería*, op. cit., pág. 54

³⁷⁷ Cfr. *La Titularidad de los bienes...*, pág. 110.

³⁷⁸ FORNO CASTRO POZO, X., "El título minero...", op. cit., pág. 56.

5.2.1.2. Tratamiento jurisprudencial constitucional del dominio público sobre los Recursos Naturales

El dominio público establece que los bienes son inalienables e imprescriptibles, según el artículo 73 de la Constitución Política del Perú. Según habíamos anotado, el TC en el Expediente 048-2004-AI-TC, f.j.98, establece que:

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

5.3. Otras teorías imperantes en la doctrina

5.3.1. Teoría del Dominio eminente

El dominio eminente no es un derecho de propiedad, sino una potestad que el Estado ejerce potencialmente sobre los bienes dentro de los límites de su territorio, como atributo y en ejercicio de su soberanía, dictando normas que afectan a las personas y las cosas. GARCÍA MONTÚFAR agrega que si bien el Estado ejerce dominio eminente sobre los yacimientos, igual lo hace sobre todos los demás bienes que se encuentran en el territorio, como por ejemplo la propiedad de los particulares, por lo tanto, no es una definición útil para deslindar la naturaleza del dominio estatal de los recursos naturales³⁷⁹.

Por esta razón, esta teoría también es catalogada como un “*mito jurídico*” por VERGARA BLANCO, por ser anacrónico sin fundamento o desarrollo conceptual. Este autor nos explica que el dominio eminente nace conceptualmente de la obra de Grocio

³⁷⁹ Cfr. GARCÍA MONTUFAR G., *Derecho de Minería*, op. cit. pág. 54.

como una facultad perteneciente al soberano; es decir es un dominio relativo a la soberanía y originalmente no tenía ninguna *formulación privatística (de derecho de propiedad)*, como se le llegó a entender en la modernidad, tergiversando su sentido original: supuesto derecho de propiedad del Estado sobre todo el territorio. Así no se podría admitir la existencia de un pleno derecho de propiedad privada.

Sin embargo, en el caso peruano, debemos mencionar esta teoría por haber sido aplicada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, AVENDAÑO ha mencionado que “*el estado tiene dominio eminential*”, o “*dominio latente*” sobre los Recursos Naturales, en el sentido que si bien el Estado concede facultades *similares al usufructo*, está en permanente vigilancia de que el concesionario cumpla con sus obligaciones, y de no hacerlo las hace *revertir* a su dominio³⁸⁰. Por su parte, el TC en la anteriormente referida STC recaída sobre el expediente N° 048-2004-PI-TC, ha señalado que:

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

En nuestra opinión, el dominio eminente podía haber servido para diferenciar la propiedad estatal de la privada sobre los recursos naturales, en los tiempos en que el Estado otorgaba en propiedad las minas o yacimientos mismos, bajo condiciones resolutorias; sin embargo, aun así no deja de ser un concepto prácticamente idéntico al de soberanía. Más aún cuando su definición ya no nos ayuda para describir la situación actual en la que lo que *se otorga* no son los yacimientos en sí mismos, sino “*derechos de explorar y explotar*”, mientras que los yacimientos nunca pierden su condición de ser “*Patrimonio de la Nación*”.

³⁸⁰ Cfr. AVENDAÑO VALDEZ, J., *Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República del Perú*, www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/4.1.7.htm, Consulta: 11 de noviembre de 2016. Así también se expresa MARTINEZ AGUADO, quien refiriéndose al dominio eminente menciona que “*a éste sistema se ha adherido la legislación peruana, aún desde tiempos de la Colonia*” y “*según el sistema de dominio eminente del Estado*”, (cfr. “La concesión minera...”, op. cit., págs. 25 y 26).

5.3.2. Teoría de la publicatio de VERGARA BLANCO: crítica al uso de términos civiles sobre conceptos netamente públicos

Según VERGARA BLANCO, la riqueza minera ha sido ligada de un modo patrimonial al Estado; o ha sido negado tal vínculo para otorgárselo al particular. Al entrañar al Estado como supuesto titular de los recursos minerales debemos recordar que en el ordenamiento existen organizaciones que ejercen poderes específicos a los cuales el soberano delega su poder (órganos del Estado).

Por su parte, el autor realiza una crítica a la infiltración de la propiedad (civil) sobre un concepto netamente del derecho público. Para VERGARA BLANCO, los principios civiles son inadecuados para definir las instituciones nucleares y dogmáticas del Derecho de minería. Es decir, la propiedad civil no puede explicar las funciones y potestades otorgadas a los órganos del Estado en relación con la riqueza minera³⁸¹. Agrega que las instituciones de derecho privado están construidas para explicar las relaciones *inter privados*, de sectores no publicados³⁸².

Por este motivo, sostiene que: “*no interesa el titular de los bienes, sino la finalidad que cumplen*”; por lo tanto, concluye que si la finalidad es pública, el bien también será público³⁸³. Al ser los recursos minerales bienes públicos, lo que importa no son ellos en cuanto cosas, sino las potestades que se ejercen sobre ellos.

La tesis propuesta por VERGARA BLANCO pone especial atención en que el derecho administrativo es “*un derecho del poder para la libertad*” de los particulares, ello ante bienes que son públicos, del pueblo o de todos. Son bienes administrados por órganos del Estado, pero “*su principal función es entregar su aprovechamiento al populus*”³⁸⁴. Si eventualmente el Estado actúa

³⁸¹ VERGARA BLANCO, A., *El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral...*, op. cit., pág. 455.

³⁸² *Ibíd.*, pág. 457.

³⁸³ *Ibíd.*, págs. 458-459.

³⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 459. También agrega que las actuales potestades del Estado hoy sólo posibilitan el establecimiento de una normativa o de una regulación, es decir, no están

en materia minera, lo hace como un concesionario más, y no como un *pretendido propietario*³⁸⁵.

Ello le lleva a concluir que no existiría propiedad estatal de dominio público ni de dominio privado, puesto que la institución jurídica que se debe aplicar es "*la publicatio*", es decir, no un dominio sino una *acción regulativa* ejercida por el Estado sobre determinados bienes y "*derechos mineros*" respecto de las titularidades privadas.

Distinta sería la situación de la titularidad del derecho de concesión minera, sobre la cual para VERGARA BLANCO sí existe una propiedad de derecho privado³⁸⁶ ejercida por el particular concesionario.

Por lo tanto, no existe una adquisición por parte del Estado sobre los recursos minerales, sino una "*publicatio*" sobre este tipo de bienes. Esta "*publicatio*" o potestad de regulación, no sería sobre las minas como cosas, sino sobre la actividad minera:

*"es una declaración en virtud de la cual las minas son sustraídas precisamente de toda posibilidad de adquisición como tales, quedando sujetas a un estatuto de aprovechamiento por los particulares (o por el Estado/fisco, que debe actuar como un particular más) por la vía de los derechos que éstos pueden obtener en virtud de los actos concesionales"*³⁸⁷.

dirigidas a posibilitar que el Estado se apropie de la riqueza mineral en bloque, sino que sólo regulan el acceso de los particulares a tal riqueza, para su mejor aprovechamiento, (cfr., *ibídem*, pág. 460).

³⁸⁵ Cfr., *ibídem*, pág. 460.

³⁸⁶ Según la garantía constitucional del Derecho chileno, en el inc. 9 del numeral 24 del art. 19 de la Constitución Política de Chile: "*El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número*" (garantía sobre el derecho de propiedad), según propia indicación de VERGARA BLANCO (cfr., *ibídem*, pág. 461). En relación a esto, podemos encontrar que para el caso del ordenamiento peruano, la concesión minera es considerada como un bien inmueble en el inc. 8 del art. 885 del Código Civil. Así también, el último párrafo del art. 66 de la Constitución de Perú de 1993 indica que "*La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal*". Pero no por esto podemos decir que exista una propiedad de derecho privado sobre las concesiones mineras en el Perú.

³⁸⁷ *Ibidem*, pág. 461.

Esto en virtud a que el Estado tiene el deseo de impedir que las minas sean consideradas parte del comercio humano: las coloca en una posición de *res extra commercium*³⁸⁸.

Sin embargo, también reconoce que su posición deviene en tanto al papel que juega hoy el estado en el contexto de la regulación normativa: el Estado ahora no puede ser dueño.

*“El Estado, como tal, más que ser titular de derechos, y por lo tanto de propiedades o dominios, es titular de potestades; es el particular el que puede ser titular de derechos y propiedades, y es él que buscará, frente a las potestades estatales, espacios para sus libertades y titularidades, cuando quiera procurarse el goce de los bienes”*³⁸⁹.

El “estado es un ente finalístico”, que usa ciertas potestades frente a los bienes, con el fin de publicar toda la actividad privada, aplicando un título de intervención, que llama, por insuficiencia dogmática, dominio, aunque de dominio o propiedad civil no tenga esa cualidad. Lo único que se quiere o busca con establecer un “dominio” del estado frente a las minas es que éstas cumplan con una finalidad pública. No se busca una *patrimonialización* estatal de las minas a favor del Estado, sino una *publicación* de la actividad minera: una *publicatio* minera.

Y aunque exista una patrimonialización de la relación Estado-Recursos Naturales, la relación que se debe propugnar es la relación de dominio público sobre las actividades publicadas.

³⁸⁸ *Ibíd*em, pág. 463.

³⁸⁹ *Ibíd*em, pág. 646.

CONCLUSIONES

1. A través de la historia jurídica, son dos los títulos de vinculación de dominio sobre los recursos minerales. El primero en el tiempo fue el dominio privado o civil de los particulares que se dio en la etapa clásica de Roma y que, en nuestro ordenamiento, tuvo su reflejo, aunque durante poco tiempo y solo para los minerales no metálicos, con el Código de Minería de 1901. El segundo, podríamos decir que tiene dos formulaciones temporales, la primera desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa y la segunda desde ésta hasta nuestros días.

En la primera formulación el dominio se atribuye a la Corona o al Soberano como privado o civil. Es la Corona quien “concede” a los particulares la facultad de extracción de los minerales a cambio de una regalía, la que, en ocasiones, llega a alcanzar a la mitad e incluso a los dos tercios del valor de las utilidades.

La segunda formulación, actualmente vigente, en la que se atribuye el dominio al nuevo Estado como “dominio público”, aunque su contenido preciso, en el que siempre está presente el interés público, no es homogéneo, variando éste, por un lado, del mineral de que se trate y, por otro, de las circunstancias socioeconómicas del momento.

2. Dentro del dominio público minero, las obligaciones impuestas sobre el titular minero concesionario gradúan su intensidad, e inclusive pueden llegar a desaparecer, en virtud de la pugna entre dos actitudes, la primera más restrictiva y la segunda más liberal. Cada una de las cuales surgen siempre como reacción ante las necesidades sociales y ante las dificultades de mantener el sistema vigente. Estas posturas han afectado el régimen de concesión de los recursos minerales en el Perú.
3. La primera posición otorga mayores derechos a los titulares mineros frente a los derechos de propiedad del terreno superficial (sobre todo derechos de servidumbre minera y expropiación), con la finalidad de llevar a cabo, de manera efectiva, la actividad minera. Sin embargo, también impone mayores cargas tributarias y obligaciones vinculadas con el amparo por el trabajo. No obstante, las restricciones sobre los derechos individuales del titular minero acarrearán el riesgo de reducir los incentivos para el emprendimiento individual, en una industria que se alimenta constantemente de exploraciones naturalmente riesgosas y de alto costo, y por lo tanto, de difícil financiamiento. Consecuentemente, si este constreñimiento es excesivo, aquella situación podría ser contraproducente a largo plazo.
4. La segunda posición, aparece usualmente cada vez que se necesita urgentemente reactivar la economía minera, o de reforzar su productividad. Se pretende aumentar la actividad minera mediante la vigorización de las prerrogativas sobre los derechos individuales. Los titulares mineros, ven reducidas sus obligaciones (amparo por el trabajo, penalidades, regalía y derecho de vigencia), en contraste con la posición anterior, e inclusive se otorga preferencia al propietario civil de la superficie para otorgar la concesión minera.

La finalidad es facilitar e incentivar la actividad minera, así sea a cambio de una menor recaudación fiscal en el corto plazo. No obstante, sin una adecuada regulación, a largo plazo podrían tornarse en un incentivo poco suficiente para la producción, o para el efectivo ejercicio del derecho de explotación, ya que puede elevar el riesgo de monopolizar los recursos. Por lo tanto, si dicho efecto produce especulación, esta flexibilización también podría tener como resultado un estancamiento productivo.

5. Las instituciones que otorgan seguridad jurídica al titular minero, junto con el concepto de dominio público sobre los recursos minerales, pretenden proteger las prerrogativas de quien detente la titularidad minera, pero al mismo tiempo tiene un carácter social. Toman en cuenta que al desarrollar la actividad, benefician a un conjunto grande de individuos sea a través de los tributos o por medio del desarrollo de la economía.
6. La imposición de limitaciones y de cargas, así como la reserva estatal establecida por el dominio público, está relacionada al valor y rentabilidad que puede generar un mineral frente al valor del suelo. Esta es la principal razón por la que la doctrina está a favor de un sistema de dominio público sobre los recursos minerales que no otorgue derechos de propiedad al titular de la superficie, puesto que el valor de la superficie por sí sola es mucho menor. Por lo que, debemos concluir que el principio sistemático-jurídico dominalista no ha sido establecido en razón a estar frente a dos bienes diferentes (suelo y subsuelo), sino que ha sido adoptado por la rentabilidad económica que puede generar. Es decir, la existencia de un sistema dominalista necesita siempre la compañía de una notoria y fuerte rentabilidad económica-tributaria en la extracción minera a favor del Estado, caso contrario éste no tendrá incentivos para reclamar un dominio, sino más bien para otorgarlo en propiedad civil a los particulares.
7. El sistema del amparo por el trabajo como condición de caducidad, incentiva una mayor producción de mineral y, por lo tanto, estimula un precio más asequible al eliminar una posible especulación netamente rentista. Esta institución otorga al Estado un papel especialmente fuerte en la industria, al procurar evitar un monopolio de los derechos obtenidos por titulares mineros. El Estado otorga prerrogativas por sobre los derechos del dueño del terreno solo a aquellos particulares que tengan una intención, lo más inmediata posible, de extraer el mineral yacente. Esto último de acuerdo siempre con la variación de su valor, del cual ha dependido la disposición del Estado a otorgar mayores o menores beneficios con la finalidad de incentivar su explotación, y tomando en cuenta la seguridad jurídica del concesionario minero, quien necesitará un espacio de tiempo razonable para cumplir esta condición y mantener su derecho.

8. El término "*Patrimonio de la Nación*" aparece por primera vez en el ordenamiento peruano con el artículo 118 de la Constitución de 1979, y fue presentado como un derecho de la nación, consecuencia de la Soberanía del Estado, pero sin mayor determinación que la de un amplio derecho a disponer de los recursos naturales. Seguidamente aquél mismo artículo establecía que los recursos naturales *pertenecen* al Estado, de lo cual puede extraerse que *Patrimonio de la Nación* no fue creado como un término igual al de "*pertenencia al Estado*", a menos que consideremos que dicho artículo contiene conceptos repetitivos.
9. Del artículo 66 de la Constitución de 1993 no se establece un vínculo de dominio público indiscutible, tal y como lo hicieran las constituciones de 1979, 1933 y 1920. No obstante, según los autores, la nación tiene expectativas de disfrute patrimonial sobre la explotación de los recursos naturales. A nivel legislativo, este vínculo sí está dispuesto para los recursos minerales, pero no quedaba claro cuál era su naturaleza jurídica hasta que fue determinada por el TC como un dominio público. Sin embargo, sus argumentos se apoyan más en fuentes de rango legislativo como en el TUO de la LGM o en la LOASRN, y no en fuentes constitucionales como el término similar de "*Patrimonio cultural de la Nación*" del artículo 21. Por otro lado, la LOASRN no puede ser tomada como perteneciente al bloque de constitucionalidad para identificar cuál puede ser el significado jurídico del término Patrimonio de la Nación a nivel constitucional.
10. Creemos que bajo el término "*Patrimonio de la Nación*" la Asamblea Constituyente de 1993 estableció una **calidad especial** sobre los recursos naturales, sobre los que tenemos un ***especial interés colectivo*** como comunidad política. Esto nos lleva a establecer limitaciones para su aprovechamiento o administración que aquellos no tendrían sin tal calidad. El concepto "*Patrimonio de la Nación*" sobre los Recursos Naturales no conlleva *per se* a una vinculación de dominio. Esto no impide que en casi todos los Recursos Naturales calificados como "*Patrimonio de la Nación*" exista efectivamente tal vinculación, pero tampoco impide que algunos sean entregados en propiedad civil a los particulares.

11. El TC ha sostenido que el Estado no tiene una relación subjetiva patrimonialista con los recursos naturales yacientes, por lo tanto no podemos decir que del artículo 66 de la Constitución ni del debate de la Asamblea se desprenda un *dominio patrimonial*. Sin embargo, debemos señalar que sí ha obtenido tal consideración por la doctrina y, asimismo, ha existido una *conducta patrimonialista* por el comportamiento legislativo posterior contenido en la ley *de Regalía Minera* y la LOASRN. El legislador ha creado una regalía minera como un pago *contraprestativo*, alejándola así de cualquier naturaleza tributaria acorde con un dominio público. Si bien su imposición se regula por el derecho público, crea confusión cobrar una *contraprestación* por el aprovechamiento del dominio público en *estricto sensu*. Sin embargo, es correcto establecer una contrapartida para restituir o compensar a la colectividad las ventajas otorgadas al ocupante privativo en relación con el resto de los usuarios, pero sin tener la calidad de una contraprestación.
12. El término *Soberano en su aprovechamiento* del artículo 66 de la Constitución de 1993, no solo resulta innecesario, sino también equívoco si la intención de la Asamblea era que los recursos naturales (yacientes) pertenezcan al Estado. El concepto que la doctrina tiene sobre la Soberanía del Estado no lo relaciona *necesariamente* con un vínculo de dominio sobre los Recursos Naturales. Aunque debemos reconocer que el término "*Patrimonio de la Nación*" deriva íntimamente del concepto de *soberanía* según la relación encontrada por las Resoluciones de las Naciones Unidas, inspiradoras del término en la Constitución de 1979, y por la propia interpretación del TC. No obstante, no podemos negar que tal vinculación de dominio sí existe a nivel legislativo, y de manera clara para los recursos minerales, sobre los cuales el Estado ostenta una propiedad inalienable e imprescriptible.
13. Es importante tener en cuenta que tanto la LGM del D. Leg. N° 109 como su posterior modificación con el D. Leg. N° 708, fueron elaboradas bajo la influencia de la Constitución de 1979, puesto que posteriormente regirá la Constitución de 1993, la cual posee una tendencia más liberal que su antecesora. Pero de ello no se puede afirmar que el TUO de la LGM contradiga la actual Constitución de 1993 en su artículo 66: que los recursos minerales

pertenezcan al Estado no contradice su consideración como *“Patrimonio de la Nación”* según lo establecido por la Constitución.

14. Sobre los recursos minerales extraídos ilícitamente por un particular, la norma no indica si estos son dominio público o de dominio privado a favor del Estado. No obstante, nos inclinamos a pensar que en este caso el Estado debe ostentar un dominio privado, porque son recursos que perdieron su condición de Patrimonio de la Nación y, por lo tanto, el Estado podrá venderlos como bienes patrimoniales. Tampoco está establecido su tratamiento, disposición ni a qué institución de la Administración Pública se adjudican las facultades y competencias para la efectiva disposición sobre este tipo de recursos minerales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO MARTÍNEZ, M. A., "La Concesión Minera. Jurisdicción y Procedimiento", *Revista de Derecho Administrativo*, año 4, n° 8, Lima, noviembre 2009, págs. 25-45.
- ANDALUZ WESTREICHER, C., "La Constitución y los Recursos Naturales: Propiedad sobre tierras de aptitud forestal", *Revista Advocatus*, N°17, Lima, 2007-II, págs. 333-391.
- ANDALUZ WESTREICHER, C., "Los Recursos naturales y el régimen jurídico constitucional de otorgamiento a los particulares", *Revista Proterra, Boletín Jurídico Ambiental*, Año 2, N° 3, Lima, 1995, págs. 2-4.
- AVENDAÑO VALDEZ, J., "El Derecho de propiedad en la Constitución", *Revista Themis*, n° 30, Lima, 1994, págs. 117-122.
- AVENDAÑO VALDEZ, J., *Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República del Perú*, www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/4.1.7.htm, Consulta: 11 de noviembre de 2016.
- BAILETTI FRAYSSINET, G., "El derecho del Concesionario Minero", *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n° 59, Lima, 2005, págs. 317-326.

- BALDEÓN RÍOS, J., "Apuntes de Historia del Derecho Minero Peruano", <<http://bibliotecavirtual.minam.gob.pe/biam/bitstream/handle/minam/1737/BIV01508.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta: 4 de octubre 2016.
- BASADRE AYULO J. *Historia del Derecho Peruano*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- BASADRE AYULO, J., *Derecho de minería y del Petróleo*, Editorial San Marcos, Lima, 2001.
- BELAUNDE MOREYRA, M., *Derecho Minero y Concesión*, 4ta ed., editorial San Marcos, Lima, 2011.
- CHANG CHUYES, G., "La titularidad de los bienes de la Administración pública y sus modos de adquisición", *III Convención de Derecho público*, V. V. A. A., García Rivera, P., (coord.), Palestra, Universidad de Piura, Piura 2016, págs. 83-110.
- CUADROS VILLENA, C. F., "Minero Perú y la Reforma del Derecho de Minería", *Revista de Derecho Minero*, Año XXI, nº 30, Lima, diciembre 1972, págs.. 3-27.
- D'ORS Á., *Derecho Privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona 2006.
- DE ARCENEGUI, I, *Derecho minero*, Civitas, Editorial Aranzadi Madrid, 2002.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN M. DEL R., "Occupatio, usurpatio, adsignatio. Una semejanza entre el régimen minero imperial y el de la América española", *Repositorio Institucional Pirhua*, Universidad de Piura, Piura, noviembre de 2013.
- DE LA PUENTE BRUNKE, L., "Medio Ambiente, Conflictos y Seguridad Jurídica en la Minería Peruana", *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 59, Año XX, Lima 2005, págs. 23-46.

- DEL PINO, H., "El Estado y la propiedad minera en la legislación peruana", *Revista de Derecho Minero*, año 5, n° 7, Lima noviembre 1956, págs. 4-17.
- DEUSTUA CARVALLO, J. R., *La minería peruana y la iniciación de la República 1820-1840*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP), Lima, 1986.
- FIGALLO ADRIANZÉN, G., "Régimen de los Recursos naturales en la Constitución de 1979", *Derecho-PUCP*, N° 43-44, Lima, 1989-1990, págs. 311-336.
- FORNO CASTRO POZO, X., "El título Minero como Acto Administrativo Habilitante", *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, Año 4, N° 8, Lima noviembre 2009, págs. 47-62.
- GARCÍA MONTÚFAR, G., "La propiedad Minera. El dominio originario de las minas", *Revista del Foro*, N° 3, Año XLII, Lima, 1956, págs. 3-32.
- GARCÍA MONTÚFAR, G., *Derecho de Minería: (curso universitario)*, edit.: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965.
- GARMENDIA, R., "Los derechos legalmente adquiridos en Minería", *Revista de Derecho Minero*, año 4, n° 5, Lima, Agosto 1955, págs. 2-7.
- GONZÁLEZ DOMINGUEZ, M. DEL R., *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, Universidad Autónoma de México, México, 1996.
- HUAPAYA TAPIA, R., "El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano", *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, N° 14, Lima, 2014, págs. 327-339.
- HUAPAYA TAPIA, R., "La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y propuestas desde una visión administrativa", *Revista Derecho & Sociedad*, n° 29, Lima, 2012, págs. 220-226.

- LASTRES BÉRNINZON, E., "Los recursos naturales en la Constitución vigente", *Revista Ius et Veritas*, año 5, N° 9, Lima, noviembre 1994, págs. 137-142.
- LASTRES BÉRNINZON, E., *Derecho de Minería y Energía*, editorial Primera Fuente, Lima, 2009.
- LEVILLIER, R., *Ordenanzas de Don Francisco de Toledo*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1929.
- LÓPEZ RAMÓN, F., "Teoría Jurídica de las cosas Públicas", *RAP*, núm 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011, págs. 9-51.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F., "Qué es el dominio público", *Revista Thémis – Época 2*, n° 40, Lima, 2000, pág. 263-276.
- MINISTERIO DE FOMENTO, DIRECCIÓN DE MINAS Y PETRÓLEO, *Código de minería del Perú anotado y concordado con todas las disposiciones vigentes contenidas en las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y ejecutorias referentes a las industria minera y de petróleo dictados hasta el 30 de junio de 1024*, 1ra ed., Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1924.
- MIQUEL J., *Derecho Romano Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- ROCHA FERNANDINI, J., *Conflictos de Derechos entre mineros y agricultores*, *Revista de derecho minero*, año 6, N° 9, Lima diciembre 1957, págs. 3-10.
- ROSTWOROWSKI TOVAR, M., *Historia del Tahuantinsuyu*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014.
- RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*, Tomo 3, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999.
- RUIZ BOURGEOIS, J., "Reflexiones sobre la propiedad minera", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n° 122, Concepción (Chile), 1962, págs. 12-18.

SOTOMAYOR OLIVERA, M., "Algunos principios fundamentales de nuestra legislación minera", *Revista de Derecho Minero*, Año XXVI, Lima, Enero-Junio 1978, N° 37, págs. 33-48.

URIBE HERRERA, A., *Manual de Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968.

VERGARA BLANCO, A., "El problema de la naturaleza Jurídica de la Riqueza Mineral", *RAP*, N° 173, Madrid, mayo-agosto 2007, págs. 447-482.

VERGARA BLANCO, A., *Principios y Sistema del Derecho Minero*, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

VILDÓSOLA FUENZALIDA, J., *El domino minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Editorial Latina S.A., Caracas, 1999.

VILLAR PALASÍ, J.L., "Naturaleza y Regulación de la Concesión Minera", *RAP n° 1*, año I, Madrid, enero-abril 1950, pág.79-115.

SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS

- Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 4 de julio de 1991 (STC 149/1991).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 19 de mayo de 2011 (STC 73/2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 16 de diciembre de 1999 (STC 233/1999).
- STC recaída en expediente N° 48-2004-AI-TC.
- STC recaída en expediente N° 34-2004-AI/TC.
- STC recaída en expediente N° 03-2006-PI/TC.
- Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático de 1993.
- Diario de debates Asamblea Constituyente de 1979.
- Resolución N° 626 (VII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 411ª sesión plenaria. 21 de diciembre de 1952.
- Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962.