

# La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación



**HUMBERTO MARTÍNEZ APONTE**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro de la Asociación de abogados mineros latinoamericanos  
Ex Director General de INGEMMET  
Catedrático de Derecho Minero desde 1985



## SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Derecho Antiguo
- III. Derecho Republicano
- IV. Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales
- V. Convenio 169 de la OIT
- VI. La riqueza minera como derecho al desarrollo de la Nación

## I. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia pretende ser directa en sus conceptos, que parten de las siguientes tesis que vamos a desarrollar:

- 1.- No es cierto que las comunidades campesinas sean despojadas de la riqueza mineral que albergan sus territorios.
- 2.- Una equivocada interpretación de nuestra historia está llevando a algunos a afirmar que el Derecho Minero está apropiándose de un bien o riqueza que debe pertenecer al propietario del terreno, actualmente identificado en el debate como comunidades campesinas o nativas.
- 3.- Los yacimientos minerales son una riqueza de la Nación, que el Estado administra otorgando derechos al aprovechamiento de estas sustancias, bajo el sistema de concesiones mineras.
- 4.- Es interés de la Nación que los yacimientos puedan generar riqueza al ser explotados, por lo que no cabe que el interés minoritario de quienes accidentalmente residen en el área de influencia directa o indirecta puedan obstaculizar el desarrollo de un proyecto minero.
- 5.- Las poblaciones cercanas a los proyectos mineros les corresponde percibir los beneficios establecidos en la legislación: Canon Minero, Regalías, y Aporte Voluntario.
- 6.- Los proyectos mineros deben dar estricto cumplimiento a las normas ambientales, y los posibles daños o incomodidades que puedan derivarse de una operación minera próxima deben ser compensados adecuadamente por el titular minero, atendiendo a la magnitud de dicha afectación y brindando oportunidades para que la economía local pueda ser proveedora de la industria.

Como hemos adelantado en el enunciado con que iniciamos la ponencia, consideramos que la

posición liderada intelectualmente por algunos liberales y por otro lado, por neo-indigenistas que se apoyan en el convenio 169 de la OIT, no se ajusta a la verdad histórica ni jurídica sobre la propiedad de los recursos minerales en el Perú.

Veamos cual ha sido la evolución del derecho comparado, y del derecho en el Perú, respecto a la propiedad de los recursos minerales. Para ello, realizaremos un análisis exegético de las normas mineras en el tiempo, especialmente las del Derecho Indiano y Republicano, hasta llegar al Convenio 169 de la OIT.

## II. DERECHO ANTIGUO

Es aceptado que en tiempos del Derecho Romano Clásico se admitía la constitución de derechos de explotación minera por el Estado en terrenos públicos, pero que en los terrenos privados dicha explotación debía hacerla el propietario del suelo o quien este autorizara. Es decir, el dueño del terreno superficial lo era también del mineral del subsuelo, principio que sostiene el dominio funduario o de accesión.

Sin embargo, en el régimen Tardo Romano, que se había nutrido del desarrollo del Derecho Romano Provincial, en el remoto año 320 DC (Constitución de Constantinus), ya se permite al particular a extraer sustancias minerales de terreno ajeno, con lo que va desapareciendo el concepto clásico que reunía en el dueño del terreno el derecho exclusivo a la propiedad de los minerales. Es decir, desde el propio Derecho Romano del siglo IV, ya existía diferenciación entre propiedad del suelo y yacimiento mineral.

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, encontramos en el Derecho Castellano en el año 1138, mediante disposición de Alfonso VII en la Corte de Nájara, que este considera claramente que es el rey el único dueño de los yacimientos, y quien puede otorgar las autorizaciones para su explotación:

"Todas las minas de oro, é de plata, é de plomo, é de otra guisa cualquier que minera sea en el Sennorio del Rey, ninguno

non sea osado de labrar en ella sin mandato del Rey".<sup>1</sup>

En el desarrollo del Derecho Medieval Castellano, estos conceptos se van aclarando en las Siete Partidas (Año 1263), en las Ordenanzas de Birbiesca (Año 1387); prosiguiendo en la Edad Moderna con las Ordenanzas Antiguas (Año 1559), la Pragmática de Madrid (Año 1563) y las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno (Año 1584).

En el Derecho Indiano destaca por su claridad las Ordenanzas de Toledo (año 1574), que con respecto a este tema no puede ser más preciso:

*"Por quanto todas las minerales son propias de S.M. y derechos realengos por leyes y costumbres, y así los da y concede a los vasallos y súbditos donde quiera que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellas y los labren (...) y porque algunas personas, así encomenderos, como caciques y principales y otros que poseen heredades y estancias, impiden que en sus tierras no les puedan entrar a buscar y descubrir, y así están ocultos y sin que de ellos reciba la república la utilidad para que fueron criados. Ordeno y Mando, que de aquí adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieren hacer los dichos descubrimientos, de cualquier estado o condición que sean, sino que libremente los dejen dar catas, y buscar minas y metales"* (Subrayado nuestro).<sup>2</sup>

Abundando en esta norma nacida en esta tierra, Toledo señala:

*"La razón porque S.M. concede los minerales a las personas que los descubren, y manifiestan, siendo suyos y pertenecientes a su real patrimonio, es porque los labren y beneficien, y sus súbditos y vasallos sean ricos y aprovechados, y de lo que de ellos resultare, se le paguen sus quintos y derechos"* (Subrayado nuestro).<sup>3</sup>

En las Ordenanzas de Minería de 1783, aplicables en el Perú en 1785, se aprecia las siguientes disposiciones:

*"Art. 1º.- Las minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la ley IV, título XIII, libro VI, de la Nueva Recopilación.*

*Art. 2º.- Sin separarlos de mi Real Patrimonio, los concedo a mis Vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, ó de cualquier otra manera enagenar (sic) el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean, y en personas que puedan adquirirlo"* (Subrayado nuestro).

### III. DERECHO REPUBLICANO

Las referidas ordenanzas, con sus modificaciones y agregados, continuaron vigentes hasta el año 1900, en base a lo dispuesto en el Reglamento Provisional del 12 de febrero y 8 de octubre de 1821.<sup>4</sup> En nuestro primer Código de Minería, no hubo ningún cambio, sino más bien la actualización de los conceptos de separación del

1 Disposición de Alfonso VII, citado por: VERGARA BLANCO, Alejandro. *Principios y Sistemas del Derecho Minero*, Chile, 1992, p. 131.

2 De los descubridores, registros y estacas, Ord. I.

3 De los despoblados, Ord. I.

4 Reglamento Provisional - 12 Febrero 1821

TR - Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Septiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, ó abrogados por autoridad competente.

Estanato Provisional; 8 Octubre 1821

yacimiento minero de la propiedad superficial, considerándose a la concesión como un derecho al que se compara - hoy podemos afirmar que metafóricamente y para darle la condición de derecho real- con la propiedad común:

*"Artículo. 4º.- La propiedad de las minas es separada y distinta de la del terreno o fundo superficial; y el dominio, posesión, uso y goce de ella son transferibles, con arreglo a las leyes comunes y a las disposiciones especiales de este Código.*

*Artículo 5º.- La propiedad minera legalmente adquirida es irrevocable y perpetua, como la propiedad común; y la única causa especial de caducidad es la falta de pago del impuesto de que trata el artículo 28 de esta ley" (Subrayado nuestro).*

La Constitución del año 1920 reafirma esta idea, y por primera vez reivindica expresamente el dominio de los yacimientos para el Estado en una norma constitucional:

*"Artículo. 42.- La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Sólo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan" (Subrayado nuestro).*

Con una redacción muy similar, la Constitución del año 1933 precisa:

*"Artículo 37.- 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" (Subrayado nuestro).*

El Código de Minería de 1950 agrega a los conceptos ya señalados sobre dominio del Estado

sobre los yacimientos minerales una distinción muy precisa entre suelo y yacimiento, que llegará hasta nuestros días:

*"Artículo 1.- Las sustancias minerales de toda naturaleza que se encuentren en el suelo y en el subsuelo del territorio nacional, son bienes de propiedad del Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. Todo lo relativo a su explotación por los concesionarios es de utilidad pública y se regirá por las disposiciones de este Código.*

*Artículo 7.- La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en que está ubicada, aunque su concesionario sea también el propietario del suelo" (Subrayado nuestro).*

El dominio del Estado sobre los recursos mineros coincidió perfectamente con los principios estatistas del Gobierno Revolucionario, iniciado en 1968, que en la Ley General de Minería de 1971, Decreto Ley No. 18880, precisaba:

*"II.- Son bienes de propiedad del Estado, inalienables e imprescriptibles, los yacimientos minerales, cualquiera que sea la naturaleza de las sustancias que contengan.*

*Artículo 8.- La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie en donde esté ubicada. (...)*

*Por la concesión se otorga al titular un derecho real" (Subrayado nuestro).*

En la Constitución de 1979 continúa expresamente recogida el concepto de dominio del Estado sobre los yacimientos minerales:

*"Art. 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.*

*Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las recursos naturales y*

Sección Última

*Art. 1.- 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, con las formas adoptadas por este estatuto, y con los decretos ó declaraciones que se expliquen por el actual gobierno.*

fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares” (Subrayado nuestro).

La Ley General de Minería de 1981, Decreto Legislativo No. 109, retomó la redacción utilizada en la Constitución de 1933,

*“II. Todos los recursos minerales, incluso los geotérmicos, pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescindible.*

*Artículo 15.- La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie donde está ubicada. (...)*

*Artículo 17.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. (...)* (Subrayado nuestro).

El Decreto Legislativo No. 708, que constituye la más importante reforma minera republicana, no tuvo ya que agregar más conceptos a la Ley, consignando todos ellos en el Texto Único Ordenado que fundió en un texto orgánico las normas sobrevivientes del Decreto Legislativo No. 109, con las modificaciones del Decreto Legislativo No. 708. Sin embargo, ninguna de estas modificaciones estuvo referida al dominio del Estado sobre los recursos minerales, concepto suficientemente regulado en el Decreto Legislativo No. 109.

La Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, insistió en que el dominio reside en la Nación:

*“Artículo 66.- Recursos Naturales  
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”* (Subrayado nuestro).

Paralelamente a la legislación constitucional y minera, tenemos la legislación común que regula la propiedad.

El Código Civil de 1852 no introdujo ninguna disposición sobre el alcance de la propiedad predial, por lo que el concepto de separación del fundo y yacimiento como bienes independientes, presente en las Ordenanzas, continuó vigente.

El Código Civil de 1936, concordante con la Constitución de 1933, reiteró el dominio del Estado sobre ciertos bienes, entre ellos los yacimientos minerales, excluyendo consiguientemente de la propiedad común a los yacimientos minerales:

*“Artículo 822.- Son del Estado:  
4.- Las tierras públicas, entendiéndose por tales las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron; las minas y los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión; las ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveas;*

*Artículo 854.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial, y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La regla de este artículo comprende la propiedad de lo que se encuentra bajo el suelo, excepto las minas y las aguas, que están regidas por leyes especiales”* (Subrayado nuestro).

El Código Civil de 1984 considera a los yacimientos minerales y a las concesiones mineras como inmuebles, y al igual que en el Código anterior, expresamente excluye de la propiedad predial común a los yacimientos minerales:

*“Artículo 885.- Son inmuebles:  
3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.*

*Artículo 954.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, com-*

*prendidos 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" (Subrayado nuestro).*

#### IV. LEY ORGÁNICA DE APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

La aprobación de la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales, Ley 26821, dictada por mandato de la Constitución de 1993, permitió introducir a la normativa minera, en este caso al amparo de una ley de desarrollo constitucional, enunciados fundamentales que permiten explicar mejor los conceptos de dominio del Estado sobre los yacimientos minerales.

Así, tenemos que se incorpora a la ley el concepto ya desarrollado en la doctrina sobre el nacimiento de la propiedad privada de los minerales, haciendo coincidir ello con el momento de la extracción, acto mediante el cual los minerales extraídos sufren una doble transformación: por un lado, dejan de ser bienes inmuebles, como los que permanecen en el yacimiento, pasando a la condición de bienes muebles; y al mismo tiempo, nace el derecho de propiedad privada sobre esa porción de minerales desprendido del yacimiento, que en su condición de productos, pasan a ser bienes muebles de propiedad del titular de la actividad minera, sujetos en adelante a las reglas de propiedad de estos bienes.

*"Artículo 4.- Alcance del dominio sobre los recursos naturales*

*Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.*

*Artículo 19.- Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales*

*Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. 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" (Subrayado nuestro).*

La concesión minera otorga un "Derecho Real" según el artículo 66 de la Constitución, pero, ¿en qué consiste este derecho? La Ley Orgánica, coincidiendo con el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, señala que "la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos", precisa que dicho derecho real es un derecho al aprovechamiento otorgado, el cual permite realizar la actividad minera concedida, y en el caso de los yacimientos, obtener legítimamente la propiedad del mineral que se extraiga.

*"Artículo 23.- La concesión*

*La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.*

*La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.*

*Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo" (Subrayado nuestro).*

En la concesión minera radica el único título que confiere legitimidad a la adquisición de propiedad sobre las sustancias extraídas. Si bien es cierto que, además de este título de concesión se requieren otros permisos y autorizaciones, especialmente la certificación ambiental de la que tanto se habla ahora, o la autorización del dueño de la superficie para ingresar o pasar por su propiedad superficial, la falta de estos últimos no hace ilegítima la adquisición en propiedad de los minerales, como si ocurriría en el caso de faltar el título de concesión. La extracción de mineral sin certificación ambiental debería acarrear la orden administrativa de paralización de la actividad, y la multa por el ilícito administrativo, pero no la reivindicación del mineral extraído, que legítimamente ha ingresado al patrimonio del titular de la concesión minera.

Por ello, consideramos necesario advertir sobre la perniciosa tendencia existente entre ciertos funcionarios del sector, de considerar al título minero como un mero derecho de preferencia catastral, que solo permite excluir a otras pretensiones mineras en el área. Esta tendencia debe ser combatida, pues lo único que consigue es debilitar la seguridad jurídica en la que descansa la enorme inversión que demanda poner un yacimiento en operación.

Pero además esa interpretación desconoce los principios constitucionales que sustentan el derecho real del título minero, el cual proviene de una larga tradición jurídica e histórica, de la cual no podemos desatendernos por ocurrencias que pretenden dar soluciones fáciles a los falaces cuestionamientos que hacen sectores anti-mineros.

¿La concesión minera otorga derecho sobre el subsuelo? Nuestra respuesta es clara: no otorga derecho sobre el subsuelo, entendido este en su concepción de predio, ni siquiera de espacio. ¿Porqué? Pues porque el subsuelo ya tiene un propietario, que es el dueño del terreno superficial, cuya propiedad se extiende indefinidamente en el subsuelo, hasta donde le sea útil, según

el ya citado artículo 954 del Código Civil. Si dicha propiedad en el subsuelo debe ser utilizada para la actividad minera, y esta le resulta útil al propietario, entonces hay que obtener de dicho propietario la autorización para la ocupación del subsuelo, igual que debe pedirse la autorización para la ocupación de la superficie.

Si la concesión no otorga derecho al subsuelo, ¿qué derecho genera entonces? Pues el derecho exclusivo al aprovechamiento de las sustancias minerales, derecho que no puede ser ejercido por el propietario del predio, porque este nunca pudo haber considerado que su derecho de propiedad alcanzaba de alguna forma al yacimiento mineral. Este concepto fue precisado desde la aprobación del Decreto Legislativo No. 109 por sus comentaristas:

*"Los recursos minerales no se otorgan a nadie, pues pertenecen al dominio eminente del Estado, de ahí que son inalienables e imprescriptibles, lo que se otorga son derechos para ejercer actividades mineras sobre recursos minerales"* (Subrayado nuestro).<sup>5</sup>

Sin embargo, la Ley Orgánica ha introducido una excepción a lo antes expuesto. Efectivamente, la Ley Orgánica ha declarado de libre acceso la explotación por las comunidades campesinas y nativas, y solo para ellas, los usos no comerciales que se den a los minerales de autoconsumo, pero sujeto a que no existan derechos mineros en la zona. Este libre acceso termina legalmente en el momento en que el Estado otorga una concesión a un particular.

#### *Recursos de libre acceso*

*Artículo 17.- Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no*

5 TOMATIS CHIAPPE, Catalina, *El Estado en la Industria Minera*. En: *Revista de Derecho Minero*, 1981, p. 8.

existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrita, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales.

*Recursos en tierras de las comunidades campesinas y nativas, debidamente tituladas*

Artículo 18.- *Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros*" (Subrayado nuestro).

## V. CONVENIO 169 DE LA OIT

Otro de los argumentos que nos viene persiguiendo por algunos años es aquel que pretende que el Convenio 169 de la OIT contendría una disposición que reconocería a los pobladores propietarios de la superficie, un derecho sobre los yacimientos minerales que se encuentren en su propiedad. Este convenio entró en vigencia en el Perú el 2 de febrero de 1995.<sup>6</sup>

Esta afirmación, reiterada por tantos neoindigenistas y ONG's, es absolutamente falsa. El artículo 15 del Convenio contempla dos supuestos diferentes; en su párrafo primero regula los recursos naturales en los países en los que la propiedad y los recursos son uno solo, es decir, en los países de tradición anglosajona; mientras

que en el segundo párrafo se regula la situación en para los países, como el Perú, en que no solo se ha separado el terreno de los recursos naturales, sino que además el Estado se reclama propietario de dichos recursos naturales.

### ARTICULO 15

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*

2. *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades"* (Subrayado nuestro).

No existe en el Convenio 169 un mandato a los países sobre un sistema único de propiedad sobre los recursos naturales (yacimientos minerales), pues tratándose de un Convenio aplicable internacionalmente, debía necesariamente contemplar la diversidad de sistemas jurídicos al respecto.

Un pronunciamiento interesante sobre el Convenio 169 ha emanado del Tribunal Constitucional de Chile, que resulta especialmente relevante, pues comparte con el Perú toda la

6. Firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989. Depositario: Director General de la OIT. Aprobado por el Perú con Resolución Legislativa No. 26253 del 05 de diciembre de 1993. Instrumento de Ratificación del 17 de enero de 1994. Depositado el 2 de febrero de 1994. Fecha de entrada en vigencia para el Perú 2 de febrero de 1995.

tradición jurídica de la legislación occidental, y en la república, ha mantenido semejantes conceptos de propiedad de los minerales por el Estado.

En efecto, esta sentencia del año 2000, precisa que la interpretación del artículo 15 y del convenio en su conjunto no cuestiona el régimen de concesiones mineras, sino que lo que busca es la no discriminación de dichos pueblos:

*"72. Que puede concluirse, que en esta parte el Convenio no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios. La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1 de la Constitución, que consagra el deber del Estado de "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"."*

La referida sentencia entra en más precisiones, para anotar que el Convenio OIT debe ajustarse al régimen constitucional y legal de cada país signatario, como expresamente se reconoce al usar la expresión "siempre que sea posible", es decir, siempre que no entre en conflicto con la legislación nacional, y que ello no implique una situación de desigualdad o discriminación.

*"73. Que en cuanto a que los pueblos a que se refiere el Convenio tengan acceso a los posibles beneficios derivados de la explotación de recursos minerales, y a percibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades por terceros, el verbo rector de esta disposición es el que señala el Convenio, al usar las expresiones "siempre que sea posible", lo que debe entenderse en el sentido de que su aplicación ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera. Siendo así, esta disposición, al ser en su esencia programática y al confirmar*

*el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.*

*También resulta útil destacar que la Constitución no impide que se impongan limitaciones a la concesión de la propiedad minera y, en la especie, ellas ya se encuentran incorporadas a la legislación, entre ellas, la que regula el medio ambiente.*

*Deberá concluirse, en consecuencia, que el texto del artículo 15 del Convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe, por sí mismo, la preceptiva constitucional; (...)"* (Subrayado nuestro).

Descartada la argumentación que sostiene que el convenio 169 de la OIT ampara la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre los recursos minerales, corresponde ahora insistir que es interés de la Nación que los yacimientos puedan generar riqueza al ser explotados, por lo que no cabe que el interés minoritario de quienes accidentalmente residen en el área de influencia directa o indirecta, puedan obstaculizar el desarrollo de un proyecto minero.

## VI. LA RIQUEZA MINERA COMO DERECHO AL DESARROLLO DE LA NACIÓN

Un concepto nos debe quedar muy claro: el yacimiento mineral que no entra en producción no aporta ningún valor al país. En otras palabras, solo la explotación del yacimiento genera beneficios significativos al país. Es verdad que la actividad de exploración, todavía sin llegar a la extracción, ya pone en movimiento las fuerzas económicas de toda inversión, más aún si esta es por su naturaleza descentralizada, pero ello es minúsculo comparado con los beneficios que genera la actividad de explotación del yacimiento.

Por ello, un tema fundamental en la legislación comparada de los países que reconocen a la

7 Resolución No. 3099, sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 4 de agosto de 2000, en la acción seguida por diversos diputados para que el Tribunal resolviera sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

Nación como propietaria de los recursos minerales, es el de establecer las obligaciones que conduzcan al concesionario a poner en producción los yacimientos que puedan albergar dichas concesiones, bajo sanción de revertir las concesiones al Estado. Esto es lo que se conoce como "sistema de amparo minero", que puede ser amparo por el trabajo, amparo por el pago de una patente, o una combinación de ambos.<sup>8</sup>

Retomamos el concepto que es interés de la Nación que los yacimientos mineros se pongan en producción, y en ese interés que es común, que constituye un derecho al desarrollo de la Nación, los pobladores que residen en el área de influencia directa o indirecta representan un grupo de interés importante pero minoritario. Si estos pobladores son afectados de alguna manera, lo que puede ir desde el muy concreto y radical reasentamiento hasta situaciones más subjetivas como el cambiar su estilo de vida, deben ser compensados adecuadamente. Lo que no puede admitirse, y lamentablemente hemos dejado crecer en los años recientes, es que estos grupos de interés obstaculicen o incluso impidan el desarrollo de los proyectos mineros, afectando con esta actitud al derecho que asiste al resto del país. A quienes se oponen irracionalmente a la actividad minera, llamamos aquí grupos anti-mineros.

No resulta razonable para el futuro del país y de sus generaciones futuras, que una minoría que vive en un área determinada decida que las riquezas existentes en los yacimientos mineros, que son Patrimonio de la Nación, no sean explotados y permanezcan para siempre bajo tierra, sin generar beneficio alguno para nadie.<sup>9</sup>

Sin los impuestos que gravan las utilidades mineras, y el movimiento económico de todos los proveedores directos e indirectos de esta industria, el Estado no podrá enfrentar sus obli-

gaciones de brindar salud, educación y seguridad a toda la población. Los anti-mineros son los primeros en reclamar mayor inversión del Estado en infraestructura y servicios públicos, ¿pero de dónde van a provenir esos recursos si ellos no permiten que el país aproveche las ventajas comparativas naturales que posee? ¿Pretenden acaso que la minería se desarrolle en otras regiones, paguen impuestos, pero les transfieran los recursos para satisfacer sus requerimientos sin ellos aportar en el mismo sentido a la Nación?

La Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales contempla una muy adecuada definición sobre aprovechamiento de los minerales como parte de los recursos no renovables, señalando que este aprovechamiento "consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente". Es sobre la base de esta definición que el país, y no unos pocos, debe decidir si en la estrategia de desarrollo nacional es conveniente la explotación minera, o no lo es.

Sobre esto, nuestra realidad histórica y económica nos indican que el PERÚ ES UN PAÍS MINERO. No obstante las críticas que se pudieran formular a la forma como se realizaba la antigua minería, es gracias a la actividad minera antigua y la presente (esta última en condiciones ambientales y sociales sostenibles) que el Perú ha llegado al desarrollo que hoy tenemos. No es imaginable el Perú actual prescindiendo de la minería, pero incluso pensar en el futuro del país sin aprovechar sus ventajas naturales en cuanto a su riqueza mineral, sería injusto con las generaciones futuras.

La Ley General de Minería señala que "la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad es de interés na-

8. MARTÍNEZ APONTE, Humberto, *Sistema de Amparo Minero: Derecho de Vigencia, Producción, Inversión y Penalidad*. En: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*, No. 61, 2006, p. 120.

9. MARTÍNEZ APONTE, Humberto, *Peticiones, Permisos y Prohibiciones: Nuevo avance Antiminero*. En: *Revista Minería*, No. 383, agosto 2009, p. 30. Este y algunos párrafos siguientes fueron incluidos en la publicación mencionada.

cional<sup>10</sup>. Cuando el Poder Ejecutivo remitió al congreso una relación de proyectos mineros que se declaraban prioritarios para el desarrollo nacional, el Congreso cedió ante el ataque anti-minero en que se escudaron algunos políticos, y archivó el proyecto de ley. Creemos que aceptar este rechazo fue un error. Utilizar el argumento del "perro del hortelano" sin explicar a la población lo que estaba en juego, equivale a pasar la página y hacer una evaluación de daños, postergando una acción que tarde o temprano deberá realizarse. El Ejecutivo y la industria debieron realizar una campaña para hacer entender a la población la necesidad y ventajas de la industria minera, crear consensos, y así permitir un nuevo debate en el Congreso.

Los proyectos que encuentran dificultades para desarrollarse, además de posibles fallas comunicacionales de las empresas mineras, es fundamentalmente por la acción de grupos de interés anti-minero, cuya principal preocupación no es cómo ayudar a salir de la pobreza a las poblaciones cercanas, sino una oposición cerrada a la actividad minera.

Ya bastante limitación existe a las actividades extractivas con las Áreas Naturales Protegidas que pertenece al sector del Ministerio del Ambiente ¿Cuánto de nuestro territorio nacional ya ha sido excluido de la actividad minera? Si consideramos la información al año 2006 de las 60 Áreas Naturales Protegidas, existen 19'027,526 hectáreas<sup>10</sup> del país, esto es el 14,8% del territorio que ya se encuentra excluido de la actividad minera. Si a esa cantidad agregamos las Zonas de Amortiguamiento de las ANP, en las que el INRENA tiene la capacidad de vetar la actividad minera, que considera 13'928,625 hectáreas adicionales que representan otro 10,84%<sup>11</sup>, tenemos finalmente que el 25,64% del territorio, una cuarta parte del Perú, ya ha sido excluida de la actividad minera, sin considerar zonas urbanas, arqueológicas, irrigaciones, y otras áreas más que también representan limitaciones para la industria.

A las poblaciones cercanas a los proyectos mineros les corresponde percibir los beneficios establecidos en la legislación: Canon Minero, Regalías, y Aporte Voluntario. En determinadas circunstancias, hemos visto como poblaciones enteras se enfrentan para asegurarse estos beneficios, cuando perciben que son suyos. Todos recordamos los serios incidentes del año 2008 entre la población de la Región Moquegua enfrentada con el gobierno central, ante la posibilidad de retirarles parte de estos beneficios en provecho del Gobierno Regional de Tacna al distribuir el Canon Minero.

También hemos visto como los gobiernos regionales de Arequipa y Ancash, en distinto momento, han negociado con las empresas mineras que aplicaban programas de reinversión de utilidades que disminuían de manera inmediata el Canon Minero de estas regiones. Aquí también ha estado presente el criterio de la importancia de la producción minera como fuente de recursos fiscales para la región.

Sin perjuicio de los ejemplos antes expuestos y que una importante parte del presupuesto ha sido trasladado a los gobiernos regionales y locales, una parte de la población sigue dirigiendo sus demandas económicas al gobierno central, sin percibir que esos recursos han sido generados gracias a la explotación de los recursos mineros en su propia región. No se identifica la generación de riqueza con las industrias mineras que alberga la región, y así, la población se comporta irracionalmente al oponerse a la creación de nuevas fuentes de riqueza, no solo para su región, sino para todo el país.

Estos comentarios no pueden terminar sin hacer una clara definición: (i) la industria minera debe dar estricto cumplimiento a las normas ambientales, (ii) los posibles daños o incomodidades que puedan derivarse de una operación minera próxima deben ser compensados adecuadamente por el titular minero, atendiendo a la magnitud de dicha afectación, y (iii) brindando oportunidades

10 Fuente: SINAMPES, 2006, <http://www.inre-na.gob.pe/ianp/web/sinanpe2006/sinanpe.htm>

11 INGENMET, Informe Mensual, Marzo 2009.

para que la economía local pueda ser proveedora de la industria, no sólo con mano de obra, sino también con bienes y servicios.

En la medida que la industria minera cumpla con los tres aspectos mencionados en el párrafo anterior, el Estado debe respaldarla y hacer prevalecer el interés general, sobre aquellos grupos de interés anti-minero. El Estado también debe apoyar a la industria allí donde se constate la existencia de grupos que solo ven en la llegada de una empresa la oportunidad de conseguir inimaginables ventajas, postergando así el interés de la mayoría del país.

Necesitamos que se ejerza un liderazgo, tanto del sector público como del privado, que explique con claridad los fundamentos jurídicos y constitucionales que respaldan la industria

minera, y el interés de todos los peruanos en que esa minería responsable se desarrolle, desautorizando aquellos planteamientos que se esconden detrás de las posiciones anti-mineras y los reclamos insensatos que en ocasiones se presentan.

Solo una posición clara del Estado y la Industria, responsable en sus respectivas obligaciones, pero al mismo tiempo sin ceder ante el chantaje que se ejerce con el uso de la fuerza, permitirá que el Perú ponga en producción nuevos yacimientos, para beneficio de todos los peruanos.

Esperemos que no pase demasiado tiempo para que la mayoría de los peruanos nos sintamos orgullosos de nuestra industria minera, ejemplo de desarrollo sostenible, e importante impulsor del desarrollo.