

Notas jurídicas insertas en el Título Preliminar de la Ley General de Minería

Jorge Basadre Ayulo

1. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL DECRETO LEGISLATIVO 109

El *status* minero inserto en el Decreto Legislativo 109 contiene siete principios jurídicos rectores bajo la denominación de *Título Preliminar* y una norma de política de minas aglutinada en este capítulo inicial. El Título Preliminar constituye en la ley peruana la exposición sucinta de los principios esenciales que rigen el Derecho minero común y especial. El Derecho minero común se refiere a la regulación jurídica de las fases de cateo, de exploración, de prospección, de explotación y actividades de labor general, de beneficio, de refinado y de transporte de los recursos concesibles divididos en cuatro categorías diferentes: metálicas, carboníferas, no metálicas y geotérmicas. El Derecho minero especial se refiere a la regulación jurídica de los recursos excluidos del Decreto Legislativo 109 y que no son concesibles conforme a su texto: el petróleo y los hidrocarburos análogos, los recursos radioactivos y las aguas minero-medicinales.

Este Título Preliminar constituye la introducción a la propia ley. Las disposiciones jurídicas rectoras están insertas en los párrafos números I, II, IV, V, VI y VII del Decreto Legislativo 109 y se refieren a normas generales de Derecho minero, y la nota contenida en el número III enuncia un dispositivo de Derecho Público ligado al Derecho minero. La inclusión de estos preceptos a manera de introducción al articulado de la ley minera implica una reiteración al modelo castrense ya inserto en el Decreto Ley 18880. El autor del nuevo Decreto Legislativo número 109 ha recepcionado este Título Preliminar del texto minero anterior como su fuente inmediata.

El Código de Minería de 1950 sólo incluyó un Título Preliminar con dos artículos y que no constituía la reunión de los principios jurídicos de la minería en forma introductoria como capítulo inicial y preámbulo de la ley. El artículo primero de esta norma preliminar del Código de Minería de 1950 sancionó el dominio del Estado sobre todos los recursos minerales, salvo los derechos legalmente adquiridos. Estableció este párrafo que la explotación minera era de utilidad pública, por lo que una interpretación restrictiva de este postulado inicial de la ley hacía deducir que la exploración no tenía esta nota. En el numeral segundo del Código de Minería de 1950 y en este Título Preliminar se sanciona que el cateo era libre, salvo el que se ejecutaba sobre terrenos cultivados o cercados. En el fondo, el Código de Minería de 1950 sancionó el sistema de cateo autorizado o regulado, ya que no se podía realizar sobre terrenos cultivados o cercados. En consecuencia, el Título Preliminar tuvo un contenido restringido en el Código de Minería de 1950 para alcanzar un distingo propio en los dos Códigos posteriores, a que se refieren el Decreto Ley 18880 y el Decreto Legislativo 109.

Los siete principios jurídicos introductorios de la ley minera insertos en el Título Preliminar del Decreto Legislativo 109 son los siguientes: a) que el radio de acción de la ley comprende las sustancias minerales concesibles del suelo y subsuelo, y del dominio marítimo, incluyendo la nueva categoría jurídica de los recursos geotérmicos, excluyéndose de su esfera legal al petróleo y los hidrocarburos análogos, los depósitos de guano y las aguas minero-medicinales; b) el legislador adopta el sistema de dominalismo estatal para establecer el dominio originario de las minas, calificándola con las notas de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Esta norma preliminar concuerda en parte con el artículo 118 de la Constitución Política; c) el aprovechamiento de los recursos minerales metálicos, carboníferos, no-metálicos y geotérmicos se realiza a través de la actividad empresarial del Estado, y, mediante el otorgamiento de derechos para ejercer actividades de la industria minera a personas naturales o jurídicas de derecho privado nacionales o extranjeras. Se recusa la intervención de personas jurídicas de Derecho Público para el otorgamiento de derechos mineros; d) el Estado dicta normas de protección a favor de la pequeña y mediana minería y promueve la gran minería. Hace la ley un distingo triple de las actividades mineras y que tendrá incidencia tributaria en el articulado posterior: pequeña, mediana y gran minería; e) los recursos minerales se otorgan bajo el sistema de amparo por el trabajo, recusándose el modo de conservación minera por el pago de un canon o sobrecanon a favor del Estado; f) la industria minera es de utilidad pública; y, g) la ley regula las siguientes actividades mineras: el cateo, la prospección,

la exploración, la explotación, de labor general, el beneficio, la refinación, la comercialización y el transporte minero. El radio de acción de la ley es amplio.

2. POLITICA LEGISLATIVA Y AMBITO DEL DECRETO LEGISLATIVO 109

Este Título Preliminar no contiene cambios sustanciales con el anterior régimen minero castrense salvo la inclusión en la ley de los recursos geotérmicos como categoría jurídica *ad hoc* y autónoma en el sistema del Derecho minero común a que se refiere el Decreto Legislativo 109. El artículo I de este Título Preliminar fija el ámbito de la acción jurídica del Decreto Legislativo 109: el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo fijándose como sistema regulador el de concesiones sobre las cuatro categorías jurídicas de sustancias mineras que fija la ley, es decir, las sustancias metálicas, carboníferas y no-metálicas ya precisadas en el Código de Minería anterior como postulado jurídico del sistema peruano. El Decreto Legislativo 109 es aplicable también, como quedó dicho, a la nueva y cuarta categoría jurídica de los recursos geotérmicos por expresa mención de este dispositivo con el número I como innovación de la ley minera. La ley excluye de su esfera jurídica el régimen del petróleo y de los hidrocarburos análogos, los depósitos de guano y de las aguas minero-medicinales que tienen un estatuto jurídico propio y no está comprendido en el Decreto Legislativo 109 (1).

En buena cuenta, el artículo I de este Título Preliminar es una norma de remisión a otros textos legales y de fijación del objeto de la propia ley minera. El término yacimiento comprende el de mina y éste, a su vez, encierra, en su acepción general, todas las sustancias minerales o fósiles encerradas en el seno de la tierra o existentes en la superficie aunque algunos recursos no sean concesibles.

La ley minera peruana comprende el conjunto de normas de Derecho que encierran los principios jurídicos rectores del Derecho minero común, los derechos y obligaciones de los concesionarios, los procedimientos para adquirir derechos, la jurisdicción y el proceso administrativo, el régimen tributario, las disposiciones promocionales, el régimen contractual, las causas de la reversión de la titularidad minera al Estado, y el régimen de bienestar y seguridad de los trabajadores mineros.

Los recursos minerales y las minas son las cosas u objetos materia-

les sobre los que versan esos diversos negocios jurídicos de orden público que regula el Derecho minero ya se presenten estos depósitos no renovables como filones, masas o capas que requieren trabajos de extracción ordenados y científicos, o ya aparezcan como sustancias superficiales y accidentales y para cuyo descubrimiento y extracción bastan medios empíricos.

El Derecho minero común comprende, como quedó anotado, el aprovechamiento de los recursos metálicos, carboníferos, no-metálicos y los geotérmicos separados en cuatro categorías o compartimentos jurídicos con diferentes efectos jurídicos en cuanto a las facultades que conlleva a favor de cada concesionario sobre las sustancias que se exploran y explotan e incidirá en la resolución de problemas derivados de la superposición de concesiones.

3. ¿QUE ENTIENDE LA LEY MINERA POR "APROVECHAMIENTO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES"?

A simple vista, puede interpretarse que la ley peruana comprende la facultad omnímoda de transferir con libertad irrestricta las minas y los recursos minerales extraídos de ellas sin reserva alguna y, en tal caso, sería una palabra demás en su texto, pues el contenido mismo de la fase de explotación sería regulado por el Derecho común (2). El aprovechamiento de las sustancias minerales no debe tomarse en forma aislada sino con relación a todos los actos para concretar una empresa minera bajo normas de orden público: la búsqueda de las zonas mineralizadas, su explotación, la transformación del mineral bruto en metal para ser puesto en condiciones de llenar fines crematísticos por medio del beneficio y refino.

Este aprovechamiento puede ser realizado dentro y fuera del perímetro de la concesión sobre los minerales extraídos de ésta; pues, de lo contrario, adquirirá el carácter de una empresa industrial común. Este aprovechamiento de las minas y de las sustancias que se extraen no son tutelados o regidas por el Derecho Civil.

Estas sustancias minerales deben encontrarse en el suelo y en el subsuelo del territorio nacional (artículo I) como porción de la superficie sobre la que el Estado del Perú ejerce su soberanía plena y total. Conforme al párrafo 97 de la Constitución Política del Perú el territorio de la República comprende el suelo y el subsuelo. El articulado de la ley minera

añade el dominio marítimo como ámbito de la ley y en concordancia con el parágrafo 98 de la Constitución vigente.

El mar territorial ha sido considerado como la zona marina que sigue el contorno de la costa del país y sobre el que éste ejerce soberanía total y comprende el mar adyacente, el lecho y subsuelo. Es el mar de Miguel Grau cuyo glorioso monitor surcó sus aguas. El gobierno peruano fijó la soberanía nacional sobre el mar adyacente a su costa hasta una distancia de doscientas millas, por decreto del primero de agosto de 1947. Este dispositivo legal dictado durante el gobierno democrático de José Luis Bustamante y Rivero, instaurado en el año "epocal" de 1945, tuvo como finalidad (rezó textualmente) "fijar de una manera inconfundible el dominio marítimo de la nación en ejercicio de la soberanía y en resguardo de los intereses económicos nacionales", por lo cual declaró que "la soberanía y la jurisdicción nacionales se entienden a la plataforma submarina o zócalo continental e insular adyacente a las costas . . . cualquiera que sea la profundidad y la extensión que abarque dicho zócalo" y que "la soberanía y la jurisdicción nacionales ejercen sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o bajo de dicho mar se encuentran" (3) (4).

El debate actual sobre la riqueza marítima ha sido muy amplio y se ha reiniciado desde el 23 de mayo de 1977, en la ciudad de Nueva York, al reunirse más de ciento cincuenta representantes de diferentes naciones en la sexta sesión de negociaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Los países desarrollados buscan delimitar las facultades que tendrá la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, a fin de extraer depósitos minerales fuera del mar territorial de otros países sin posibilidades de realizar costosas exploraciones y extracciones. Los países en desarrollo temen que las empresas transnacionales extraigan toda la riqueza minera oceánica con su avanzada tecnología. El Perú ha sido precursor de un nuevo orden jurídico del mar al proclamar el principio de que sus aguas territoriales se extienden ya no a tres millas señaladas históricamente sino hasta las doscientas millas náuticas (366.4 kilómetros). Ello originó la famosa "guerra del atún", cuando fueron apresados barcos extranjeros que pescaban en aguas jurisdiccionales del Perú. Hoy día, la disputa tiene otro ámbito ya al margen del mar territorial. Nace el concepto de que fuera de la zona, el fondo de los océanos debe convertirse en herencia común de la

comunidad. Muy pronto aparecerá la minería oceánica a gran escala en donde deberá dividirse el área internacional, para que todos los países reciban un trato similar y se les brinde la oportunidad de efectuar explotaciones directamente o mediante el concurso de empresas extranjeras.

4. ALCANCE DEL ARTICULO II DEL TITULO PRELIMINAR DE LA LEY GENERAL DE MINERIA

El texto del artículo II establece el sistema de dominio estatal que sigue nuestro ordenamiento legal minero al sentar la siguiente premisa dominalista: todos los depósitos minerales son bienes de propiedad del Estado con las características de ser inalienables e imprescriptibles (5) (6). Aunque dogmáticamente no se cumpla a cabalidad, el texto legal descarta los sistemas jurídicos de accesión, de ocupación, de *res nullius*, de regalismo y de nacionalización para establecer el dominio originario de las minas, aunque puedan subsistir estos principios en algunos casos particulares o como atisbos de notas jurídicas ya superadas (6 bis).

El dominio del Estado sobre los yacimientos minerales pretende ser completo y así, el texto legal peruano se aparta de otros dispositivos americanos. Por ejemplo, el anterior Código de Minería de Chile estableció que "el Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas y demás sustancias fósiles; no obstante el dominio de las corporaciones y los particulares sobre la superficie de la tierra, en cuyas entrañas estuvieren situadas".

El texto minero peruano inserto en el Decreto Legislativo 109 es preciso en su concepto medular al señalar que el Estado ostenta el dominio originario de todos los yacimientos, vetas y filones inclusive los que no caben bajo su esfera tutelar como son el petróleo e hidrocarburos análogos, depósitos de guano, aguas minero-medicinales y sustancias radioactivas. El estatuto legal del guano es parte del Derecho Administrativo. El dominio minero del Estado es eminente y no público ni privado. Estos depósitos de minerales adquieren el carácter de ser inalienables y, en consecuencia, no podrían enajenarse por el Estado ya que lo impide una restricción legal de carácter imperativo. Son bienes inalienables las cosas que están fuera del comercio, y, en general, todos aquellos bienes cuyo dominio no puede ser cedido a otro por negocio jurídico válido. La ley minera se refiere a la inalienabilidad absoluta y coloca los yacimientos minerales como bienes de dominio público, o sea, en la situación de cosas que están fuera del comercio antes de la concesión.

La prescripción es el modo de adquirir el dominio y demás derechos

reales poseyendo una cosa mueble o inmueble durante un periodo de tiempo y de acuerdo con otras condiciones fijadas por la ley. El transcurso del tiempo no genera derechos para adquirir la propiedad minera, a diferencia de algunos textos como la ley minera chilena que permite ganar por prescripción la pertenencia cuando concurren derechos posesorios a lo largo de dos años en la prescripción ordinaria y de seis en la extraordinaria. La adquisición de minas por prescripción puede emanar del carácter de bien inmueble que ellas tienen, pero la ley contemporánea rechaza este medio de adquirir derechos mineros y sólo reconoce tres formas originarias para adquirirlas: la concesión, la subasta pública y el contrato. Ha quedado anotado que, por mandato del artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo 109, las minas son imprescriptibles. Esta nota de prohibición adquisitiva por posesión y del transcurso del tiempo es de orden legal y de naturaleza pública por lo que no se puede pactar contra la norma citada. Además, no admite excepciones. En consecuencia, ningún depósito minero puede adquirirse por prescripción ni pactarse su validez *inter partes*. Así, por ejemplo, A no puede pactar con B quien es concesionario de sustancias metálicas en trabajar para éste un área de terreno y en diez años la pueda adquirir por prescripción según convenio que celebren A y B. Un ocupante de un terreno eriazo no podría bajo este principio explotar con fines mineros y después de diez años continuos pretender "legalizar" esta situación *de facto* bajo el alegato de haberlo adquirido por prescripción. El Estado mantiene su dominio originario sobre las minas siempre y éste no caduca ni se extingue jamás.

Ahora bien, ¿cuáles son los fundamentos que justifican y explican esta nota de imprescriptibilidad de las minas: a) el principio de dominio minero basado en el dominalismo impide la prescripción de minas; b) la ley minera establece que el sistema para obtener derechos de exploración, explotación sobre depósitos mineros, socavones y galerías o túneles, y para realizar el posterior beneficio, refino y el transporte minero en forma independiente reposa en el sistema de concesiones que sólo confiere el Estado bajo reglas mandatorias e irrefragables; c) la entrega de minas a los particulares por el Estado es un acto administrativo reversible y no perpetuo sobre un bien agotable; d) el concesionario debe amparar su dominio por el sistema de trabajo mínimo y obligatorio. Por esta razón, de aceptarse el principio de prescriptibilidad de las minas, el amparo por el trabajo se convertiría en letra muerta; e) el artículo 950 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, y a los cinco años cuando median justo título y buena fe. No existe posesión legítima de minas si no se cumple con el mandato de la ley minera: su ad-

quisición por denuncia y su conservación por el estatuto del trabajo. De otro lado, la posesión de un depósito mineral por quien no es concesionario es ilegítima y además precaria ya que cualquiera con capacidad civil y minera puede formular un denuncia sobre el área del terreno mineralizado y prevalecer en sus derechos sobre el poseedor iluso que mal aconsejado espera adquirir una mina por prescripción. No puede oponerse la supuesta prescripción ni frente al Estado ni frente a terceros. Además, el ocupante que pretende derechos prescriptorios no podría entablar juicio ordinario para que se le declare su derecho conforme a la norma del artículo 952 del Código Civil. La sentencia judicial no puede, a mayor abundamiento de razones, amparar una demanda de adquisición por prescripción de una mina o depósito mineral. Más aún, la demanda vendría a ser un acto nulo e insubsistente, así como todo lo actuado en ese proceso iniciado para pretender adquirir minas por prescripción. Tampoco es posible que una persona explore o explote sin permiso estatal y pretenda después de ejecutar labores por más de diez años obtener derechos por prescripción sobre el inmueble que viene trabajando aun cuando éste hubiera sido concedido a tercero por el Estado y el concesionario haya hecho abandono de sus labores.

5. LA CONCESION DE DERECHOS MINEROS

Fijado el sistema dominalista o de señorío estatal, seguido por el Decreto Legislativo 109, conforme al nuevo texto constitucional, los párrafos IV y V del Título Preliminar establecen que el Estado puede otorgar derechos para ejercitar actividades de la industria minera a personas naturales o jurídicas de derecho privado nacionales o extranjeras sujetas al sistema de amparo por el trabajo. Estos artículos iniciales distinguen los yacimientos mineros de la concesión, es decir, los depósitos de minerales *antes* de ser descubiertos y *después* de manifestados al Estado. El recurso mineral pertenece por derecho propio y eminente al Estado, pero su racional utilización puede ser concedida sólo a personas hábiles y con capacidad minera, bajo doble condición suspensiva: el trabajo de las minas y el cumplimiento de la ley minera en todo su farragoso contenido. Las Ordenanzas de México habían fijado que el descubridor podía, en virtud del registro, tomar posesión de la mina y empezar los trabajos convenientes para su laboreo. Esta posición debe ser rebatida con todo vigor. La simple petición administrativa ante el jefe regional de minería prueba el mejor derecho a un hallazgo contra un tercero que pretenda la misma zona mineralizada. Es el principio de adquisición de derechos mineros por denuncia o aviso que sanciona y proclama la ley. El título definitivo es la concesión o el contrato, con las características especiales de la condicio-

nalidad y la reversibilidad que recorta el dominio privado. No hay propiedad minera civilista, aunque el código minero actual otorgue franquicias particulares muy singulares en contra del propio Estado. El concesionario minero debe cumplir con mandatos imperativos de la ley para evitar la reversibilidad o resolución del derecho temporal que le ha conferido el Estado sobre la riqueza minera. Este sistema de amparo de la concesión tiene raíces en los estados griegos, cuando se permitió a los ciudadanos el uso de las minas a cambio del pago de la veinticuatroava parte de las utilidades de la empresa. Tal principio se fundaba en obtener rentas para el Estado con un criterio crematístico y después, en el caso peruano, se ahondó en las normas regalías del Derecho Indiano.

El amparo es el estatuto de la conservación de la titularidad minera que se recibe del Estado y el reconocimiento del señorío a éste sobre los recursos mineros que se exploran, explotan, benefician y refinen. Entre las formas propuestas para el amparo minero están los sistemas de *amparo por el trabajo* y el de *amparo por el pago de un canon, sobrecanon o patente*. También ha existido un sistema mixto de amparo para que un concesionario trabaje la mina o sustituya esta obligación por el pago de un sobrecanon. El primero de estos regímenes recibió el nombre de *pueblo* en las ordenanzas castellanas y vuelve a hacer fortuna en las legislaciones avanzadas en América y de países africanos postcoloniales, ya que exige una explotación mínima efectiva o la inversión de capitales en el perímetro de la concesión. La ley peruana define el amparo por el trabajo como *"las condiciones establecidas en la presente Ley que básicamente deben cumplir los titulares de derechos mineros en el ejercicio de su actividad, cuyo incumplimiento origina la caducidad de tales derechos"*. Hay repetición del texto castrense que parece lo inspira en algunos conceptos. El segundo gobierno de Belaunde ha pulido y recepcionado en parte este Derecho minero del gobierno rupturista de la Fuerza Armada al redactar el Decreto Legislativo 109.

En cambio, el sistema de amparo por el pago de un canon o patente y sobrecanon o canon adicional obliga al particular a pagar una suma dineraria para consolidar su dominio transitorio sobre la riqueza minera. Es el reconocimiento del señorío del Estado mediante el pago de una prestación dineraria. El canon no es un impuesto, tasa o contribución fiscal, sino proviene de la materialización de la condición resolutoria expresa para mantener la titularidad minera. La característica del dominio minero privado es su naturaleza resoluble y en consecuencia reversible a favor del Estado. El incumplimiento en el pago puede originar en algunos casos la caducidad

y la pérdida patrimonial de la zona mineralizada y la reversión de la propiedad minera del moroso a favor del Estado, el que la puede conceder a terceros sin pago de indemnización alguna al primer concesionario de acuerdo a sistemas de Derecho Minero. La actual ley inserta en el Decreto Legislativo 109 no establece esta sanción de reversión por la falta de pago de canon (7).

Existe también un sistema de amparo intermedio o *sistema híbrido* que es el de la exploración y/o explotación minera por concesión o agrupamiento de concesiones, con la facultad de subsanar la falta de trabajo por el pago de un canon adicional. Hay dos obligaciones optativas para amparar las concesiones: el trabajo por concesiones o agrupamiento de concesiones o el pago de un derecho patrimonial adicional. El Código minero peruano de 1950 estableció el amparo de las concesiones a través del sistema de pago de un canon o sobre canon. La caducidad del derecho minero operaba por el incumplimiento de esta obligación pecuniaria si el concesionario no pagaba el canon. Tal principio permitió mantener concesiones ociosas con fines de especulación. Para subsanar este sistema de pago de sobre canon se dictó la Ley 15584 que obligó al concesionario minero a producir de acuerdo a las reservas minerales de su concesión o concesiones, bajo pena de pagar éste un sobre canon igual al cuádruplo del canon que establecía el parágrafo 49 del Código Minero de Odría. Este canon minero se duplicaba cada año si la concesión permanecía sin labor. La solución propuesta en esta ley para dinamizar la actividad minera fue tímida y no pudo eliminar el afán crematístico en conservar los yacimientos en manos privadas e inactivas. Entonces surgieron los Decretos Leyes 17792 y 18368 que exigieron la presentación de calendarios de operaciones con financiación asegurada, bajo pena de caducidad. Así, revirtieron al patrimonio estatal en forma legal y sin recurrir a trámite expropiatorio judicial alguno los valiosos yacimientos de Michiquillay, Cerro Verde, Quellaveco y otros que permanecían inactivos. El Decreto Ley 18880 recogió así el sistema de amparo por el trabajo como principio jurídico elemental para conservar la titularidad minera y lo consolida el texto actual inserto en el Decreto Legislativo 109. Este régimen de amparo por el trabajo no puede ser sustituido con el cumplimiento de otras obligaciones de cargo del concesionario.

6. EL CARACTER DE UTILIDAD PUBLICA DE LA INDUSTRIA MINERA

El artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo 109 enuncia que la industria minera es de utilidad pública. ¿Qué es utilidad

pública? Es el principio dictado por el Estado para hacer prevalecer normas para la realización de los fines de laboreo de la riqueza minera. Comprende este carácter de utilidad pública las actividades del cateo, la prospección, la exploración, la explotación, la labor general, el beneficio, la refinación y el transporte minero. El *status* de utilidad pública permite al concesionario imponer gravámenes en la superficie, el derecho de ocupar terrenos adyacentes y expropiar para sí la propiedad inmobiliaria necesaria a las labores de cada concesión, abrir una galería de desagüe, construir un camino de acarreo. El minero no debe probar la utilidad pública de su actividad ya que está expresa en la ley. No tiene el fardo de la prueba sobre sus hombros. El Código de 1950 estableció que la explotación minera ejecutada por los concesionarios era de utilidad pública. Su ámbito era sólo para la actividad de explotación y no comprendía el *status* de utilidad pública a las otras fases como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores. Hoy se amplía el ámbito de utilidad pública para lograr el mejor desarrollo minero. El artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo 109 justifica y ampara los derechos consagrados por los artículos 77, 78, 79, 80, 132, 136, 142, 143, 144, 149, 155, 162 y 163 del Decreto Legislativo 109, entre otros, como disposiciones de naturaleza promocional y de trato preferencial para el minero. Se crea el derecho real minero como categoría específica y especial permitida por el artículo 881 del Código Civil de 1984.

Para calificar las actividades de la minería como de utilidad pública se tiene en cuenta un interés superior de ésta y conlleva varios efectos: a) la necesidad potencial de explorar y explotar el mayor número de minas, criaderos, depósitos o yacimientos minerales, así como realizar su beneficio, refinó y transporte; b) de otorgar franquicia a los concesionarios para ejercer sus derechos mineros a cabalidad y sin parámetros, como lo establece el artículo 79 del Decreto Legislativo 109; c) la creación de un derecho real minero; d) el carácter de actividad pública no puede violar *de facto* los derechos adquiridos por terceros que no trasgreden los alcances de la ley minera, en cuyo caso debe indemnizarse a terceros por el ejercicio de facultades mineras; y, e) el factor fiscal es una nota que impulsa la actividad minera, por lo que se le rodea de la calificación de utilidad pública. La renta de las minas debe también favorecer los ingresos fiscales.

7. EL ROL DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD MINERA

La derogada ley minera castrense expresó que el Estado debe realizar una actividad empresarial como factor fundamental del desarrollo de la industria minera (artículo II del Título Preliminar). Así, la ley creó la

Empresa Minera del Perú como entidad encargada de la gestión empresarial del Estado en la industria minera (artículo 59 del Decreto Ley 18880). Se estableció el monopolio estatal para el comercio de los minerales y la fijación de su precio, y, quedaron regulados en el tratamiento especial al capital foráneo, así como la naturaleza facultativa de las concesiones de refinación y beneficio. Estas normas públicas han sido recortadas en el Decreto Legislativo número 109 que encierra principios privatistas (8).

Pierre Legoux ha expuesto que el Estado transfiere la mina de su dominio eminente al dominio privado para que se adquiera en exploración y explotación. Por esta desafectación, el Estado puede intervenir por derecho propio en la realización de actividades mineras, generar "Derechos Especiales del Estado" y gozar de la facultad de aportarlas a organismos del sector público. ¿Es conveniente esta intervención estatal? Si el Estado tiene un dominio virtual de todos los recursos mineros los que puede conceder a quienes reúnan las capacidades legales generales del Código Civil y específicas de la ley minera, puede sin duda ejecutar estas actividades por derecho propio o en asociación con terceros. El Estado no debe tener trabas para desarrollar su potencial minero siempre que no lo ejecute con abuso de derecho o tenga fines monopólicos.

Es admisible, en virtud del principio de que el Estado puede ejecutar actos mineros, por ejemplo, que la Empresa Minera del Centro del Perú S.A., Centromín Perú S.A., ejecute el pedido ante la jurisdicción ordinaria para la constitución de Derechos Especiales del Estado por exploración y/o explotación formulando el denuncia como cualquier persona natural. El Estado es entonces sujeto capaz de adquirir derechos mineros por los medios que la ley vigente franquea. Si el Estado puede entregar estos derechos, la ley no puede recortar la libertad de ejercerlos por sí.

8. DISPOSICIONES DE POLÍTICA MINERA EN EL DECRETO LEGISLATIVO 109

El texto minero contenido en el artículo III del Título Preliminar tiene un principio de política minera y no hay razón alguna que justificara su inclusión en un conjunto orgánico de principios jurídicos de Derecho minero común. Más aún, este artículo III del Título Preliminar es una copia parcial del párrafo 119 de la Constitución Política, por lo que no se justifica su inclusión en la ley minera.

9. SI LAS MINAS SON INALIENABLES ¿COMO INGRESAN AL PATRIMONIO PRIVADO?

En cuanto al alcance del artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo 109, se debe aclarar que algunos textos legales mineros que se adhieren al sistema dominalista, o de señorío estatal, para fijar el orden de la titularidad minera proclaman que el dominio del Estado sobre los recursos mineros tiene doble carácter: son inalienables y además imprescriptibles. Hubiera sido más conveniente en el texto legal mantener la característica de la imprescriptibilidad de las minas y sancionar jurídicamente el carácter de las minas como bienes de dominio eminente del Estado para evitar el laberinto sin salida que conlleva catalogarlos con la nota de ser inalienables. Si la tesis del dominalismo reitera con notorio peligro jurídico que las minas son bienes inalienables del Estado cabe preguntar ¿cómo ingresan éstas al patrimonio de los particulares para su exploración o explotación? Pierre Legoux ha sostenido que existen dos categorías jurídicas sobre el dominio del Estado. En algunos casos un *dominio público* del Estado sobre algunos bienes, es decir, que éstos están a disposición de todos los habitantes y su uso privado es excepcional. Este dominio público es inalienable ya que no puede ser transferido a persona alguna. Otra categoría es el denominado *dominio privado* que el Estado ejerce sobre algunos bienes a título particular y entonces éste puede vender o disponer de ellos bajo ciertos procedimientos formales. De esta declaración se deduce que el dominio del Estado sobre las minas no comprende ni el denominado dominio privado ni tampoco la potestad pública, ya que las minas no se encuadran en estos casilleros o categorías jurídicas. Las minas no son bienes públicos ni están en la órbita de lo privado, como lo señala Legoux. Por estas razones de ubicación jurídica, se ha ideado la creación de una tercera categoría de dominio estatal sobre fuentes mineras, el que se denomina *dominio eminente* por el que el Estado puede disponer de la riqueza minera conforme a normas pautadoras de un Código de Minas. Si las minas fuesen incluidas en los dominios público o privado del Estado una ley minera no se justifica ni hace falta. Por eso, se genera doctrinariamente esta tercera categoría de bienes bajo un *dominio eminente* del Estado por el que éste puede disponer de las minas a favor de los particulares conforme a su interés general, que está regulado en la Constitución Política vigente y en la Ley de Minas. Legoux indica que el autor francés Jean Russo, en el año de 1959, afirmaba que existe una categoría autónoma de bienes del Estado; es decir, un *dominio nacional intermedio* entre las categorías de público o privado (9). La idea ha tenido raíz en la doctrina peruana como en el caso de Toribio Alayza y Paz Soldán quien, en sus *Lecciones de Derecho Administrativo*, dictadas en la Univer-

sidad Nacional Mayor de San Marcos, señalaba que el Estado tiene un dominio sobre algunos bienes que es privado y que mediante algunos trámites permite su acceso a los particulares para que los explore o explote. Alayza y Paz Soldán indicaba que esos bienes estatales de dominio público estatal están bajo su superintendencia y sobre los que el Estado pueda ejercer su administración y éstos eran las minas, los bosques y determinados muebles o inmuebles (10).

En consecuencia, el Estado tiene de un lado un derecho público sobre las minas, el que es inalienable e imprescriptible, pero que puede ser transferido a una posición de dominio eminente o dominio intermediario. Las minas pueden ser concedidas a particulares por denuncia o manifestación al ser transferidas por el Estado a su dominio eminente en beneficio de la colectividad y siguiendo las normas pautadoras de la ley minera en concordancia a la Constitución Política.

El Estado mantiene un dominio latente sobre las minas, pero el dominio útil queda en libertad para ser concedido a las personas que lo solicitan si reúnen las condiciones de ley. Si se mantuviera la teoría de que las minas son bienes inalienables del Estado no podrían ingresar al patrimonio de los particulares y un Código de Minas no se justificaría.

10. EL BIENESTAR Y LA SEGURIDAD MINERA

El nuevo texto legal ha suprimido, sin justificación alguna, el principio inserto en el artículo VII del Decreto Ley 18880 que propugnaba: *"En toda actividad de la industria minera se tendrá como normas fundamentales las disposiciones que sobre el bienestar y seguridad de los trabajadores contiene el presente Decreto Ley"*. Este principio rector debió ser repetido en el Decreto Legislativo 109, como norma fundamental sobre el que reposa el articulado de la ley minera.

11. EL MODELO DE INSERCIÓN DE UN TÍTULO PRELIMINAR EN LA LEY MINERA

En la legislación comparada notamos que no se incluye un Título Preliminar en el texto de la ley minera como introducción a la misma. En el caso de Argentina, el Código de Minería que se aplica como ley nacional en todo el país desde el año 1887, en lo fundamental, es producto de la versación jurídica del abogado cordobés doctor Enrique Rodríguez, con modificaciones esenciales dictadas posteriormente en los años 1917 sobre

amparo, en 1935 sobre el régimen de petróleos e hidrocarburos fluidos, en 1956 sobre el Estatuto de los minerales nucleares y una nueva modificación sobre el estatuto de conservación de minas dictadas en 1958. Este Código de antigua data no contiene un Título Preliminar. En el artículo 1o. se fija el ámbito de acción de su texto legal al establecer que "rige los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de los minerales" y en el párrafo 2o. se divide a las minas en tres categorías: a) minas del Estado en las que el suelo es accesorio y sólo pueden explotarse por concesión; b) minas que se conceden con preferencia al dueño del suelo y las que por las condiciones del yacimiento se destinan al aprovechamiento común; y, c) minas que pertenecen únicamente al propietario y que nadie más puede explotar sin su consentimiento salvo por motivos de utilidad pública. A continuación, el Código de Minería de Argentina anota la inclusión de diversas sustancias en las categorías ya señaladas por esta ley. En el párrafo 7 se fija la solución al dominio originario de las minas estableciéndose que "las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren". La ley argentina entonces no incluye un Título Preliminar que pretenda juntar los principios básicos del Derecho minero los que no son enunciados unos a continuación de otros en orden correlativo.

Idéntico temperamento encierra el Decreto Ley 07148 o Código de Minería, promulgado el 7 de mayo de 1965, en Bolivia, ya que no contiene tampoco un Título Preliminar a la manera del texto minero peruano actual. La ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras en Chile tampoco inserta un Título Preliminar.

Consideramos que la inclusión de un Título Preliminar en un Código minero no es necesaria y que ha debido suprimirse en la nueva ley general de minería, más aún si repite conceptos ya enunciados en la Constitución Política o inserta añadidos peligrosos como el declarar que el dominio minero estatal es inalienable, lo que puede acarrear discusiones jurídicas sobre la validez del régimen de concesiones.

NOTAS

1. El guano no es mineral por lo que no cabe incluirlo en la ley minera aunque sea para separarlo de su radio de acción. Es evidente que el legislador incurrió en un error de copia al calcarlo del anterior régimen jurídico castrense. El guano es un abono proveniente del excremento de las aves marinas que pujan en el litoral del Pacífico Sur. Las Ordenanzas de Nueva España lo incluyeron en el régimen minero. Existe el guano rojo en el que predomina el fósforo y el guano blanco o abono nitrogenado. García Calderón, en su clásico diccionario jurídico, dice que el guano no es tierra fósil de las islas guaneras sino el excre-

mento de los guanacos, por lo que se prohibió matar a los pájaros que depositan guano en las islas de la costa peruana. Este guano empezó a usarse con fines crematísticos para uso agrícola y genera el segundo período de nuestra historia republicana que comprende los años 1842-1866. El lector puede consultar Jorge Basadre *Historia de la República del Perú*. Lima, 1983, Tomo III. Páginas 2 y ss.

2. En el Derecho minero, el uso del término *mina* tiene varios significados. A veces se utiliza para identificar a los criaderos o depósitos naturales de sustancias minerales y demás fósiles. En otros casos abarca todas las actividades mineras como la prospección, la exploración, el arranque, la extracción o el beneficio de minerales. Otras veces es usado para referirse a la concesión estatal como acto que incide sobre la riqueza minera de un país. Las minas antes de ser descubiertas son cosas y después del denuncio adquieren el *status* de bienes inmuebles.
3. Los principios y el régimen establecidos en el Decreto de 1947 fueron revisados y ampliados en la Declaración Convencional y Multilateral de 18 de agosto de 1952.
4. La ley de petróleo, de 12 de marzo de 1952, refrendada por Manuel A. Odría, definió la zona del zócalo continental como "la comprendida entre el límite de la zona de la costa y una línea imaginaria trazada mar afuera a una distancia constante de 200 millas de la línea de baja marea del litoral continental".
5. Como consecuencia de la imprescriptibilidad de las minas, no cabe tampoco bajo el Derecho peruano solicitar se formen judicialmente títulos supletorios de un derecho minero. El título minero lo otorga sólo el Estado por el sistema del denuncio y éste es registrable.
6. El nuevo Código Civil de 1984 ha reducido los plazos de prescripción adquisitiva de inmuebles a diez años por la posesión continua, pacífica y pública como propietario y a cinco años cuando media justo título y buena fe (artículo 950 del Código Civil). Tampoco sería aplicable el parágrafo 950 del Código Civil al Derecho minero y en consecuencia no podría plantearse por vía judicial un procedimiento ordinario de adquisición de minas por prescripción. Este parágrafo es inaplicable además porque nadie puede ejercer, con excepción del Estado, posesión pública de un derecho minero como propietario. El transcurso del tiempo no puede generar derechos adquisitivos de un bien inalienable e imprescriptible. En consecuencia, los artículos 950, 952 y 953 del Código Civil de 1984 no son aplicables al ordenamiento jurídico común y especial en el Perú.
- 6 bis. Hay una tendencia a regresar al sistema regalista cuando las zonas de donde se extraen los recursos mineros o petroleros reclaman un canon fijo de la producción, para que se revierta en obras de beneficio de esa zona y no a favor del gobierno central.
7. Las causales de caducidad están enunciadas en los artículos 115, 116, 117 y 117 del Decreto Legislativo 109. La falta de pago del canon minero no es causa de la reversión del derecho minero como sanción al concesionario moroso.
8. A manera de ejemplo puede mencionarse el artículo 293 del Decreto Legislativo número 109 como un beneficio excesivo dictado contra el Estado. Mediante la simulación y el uso de un "hombre de paja" como acreedor simulado, las concesiones pueden ser gravadas con hipoteca para que se dilate el abandono o caducidad de las mismas. El acreedor hipotecario tiene derecho a ejercer su derecho de sustitución al concesionario para que el Estado le adjudique el derecho minero con la resolución de caducidad o abandono. Ejercida esta franquicia de sustitución, el acreedor hipotecario tiene 180 días para adecuarse a las obligaciones de inversión y/o producción mínima. En consecuencia, cualquier concesionario, mal aconsejado, puede proceder a hipotecar su concesión para "protegerla" contra la reinversión.
9. Jean Russo. *Le Status Administratif des entreprises de recherches et d'exploitation minière*. Paris, 1959.
10. Toribio Alayza y Paz Soldán. *Derecho Administrativo General y del Perú*, (Apuntes del curso). San Martí y Cía. Lima, 1927. Páginas 197 y ss.