

Derecho de Minería

(Curso Universitario)

Por GUILLERMO GARCIA MONTUFAR

Catedrático Principal

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1º — YACIMIENTO MINERAL

Concepto.— El estudio del Derecho de Minería y, en especial de la legislación minera de un Estado, conlleva la referencia constante al objeto de la regulación jurídica, que es el yacimiento mineral. Pero, ¿qué entendemos por yacimiento mineral? La noción no es tan sencilla como parece desprenderse del significado de los términos: yacimiento y mineral. Designa la palabra *yacimiento* el sitio o sitios donde se halla naturalmente una roca, un mineral o un fósil; son minerales los materiales que forman las rocas de la corteza terrestre (1). Luego, yacimiento mineral sería el depósito donde naturalmente se hallan los minerales. Empero, esta definición describe el concepto lato de yacimiento mineral, que no responde a las exigencias de la actividad económica, puesto que es apreciado como una cosa aislada, sin

(1) P. 3 Dana HURLBUT — Manual de Mineralogía - Méjico, 1960. El término mineral cuando es empleado en un sentido extensivo incluye cualquier sustancia inorgánica que pueda extraerse de la tierra para ser aprovechada, en estado sólido como roca, arcilla refractaria, metales y carbón o en estado fluido como aguas minerales, petróleo y gas. P. 438
Albert H. Fay — A Glossary of the Mining and Mineral Industry — Washington, 1947.

relación con otros bienes y, lo que es más importante, sin vinculación alguna con el hombre. El yacimiento mineral despierta interés en tanto origina un quehacer, que obliga a crear un complejo normativo, con el fin de regular esta ocupación del hombre. Desde este punto de vista, el concepto de yacimiento mineral experimenta la reducción automática de su extensión y no podrá calificarse como yacimiento mineral a cualquier depósito de minerales.

La Geología Económica define los yacimientos minerales como acumulaciones o concentraciones de una o más sustancias útiles, que en su mayoría están distribuidas escasamente en la corteza exterior de la tierra (2). Resaltan en esta definición las notas de utilidad, concentración y escasez.

Los minerales son útiles en cuanto satisfacen necesidades humanas, pero esta condición no es suficiente para reputarse realmente útiles; se requiere además, que sea viable su aprovechamiento, lo que exige la existencia de depósitos que reúnan los minerales en proporción suficiente (concentración) de forma que constituyan riqueza mineral, vale decir que tengan significación económica. Al respecto Russo (3) distingue los yacimientos útilmente explotables de aquellos que lo son provechosamente: *Le gisement est utilement ou techniquement exploitable, lorsque le prix de revient de la matière extraite sera industriellement acceptable, par rapport à la valeur courant du produit sur les marchés régulateurs, sans avoir égard à la valeur réelle et particulière à laquelle le cours de ces marchés ferait ressortir actuellement le produit sur le carreau de la mine. Le gisement, au contraire, sera fructueusement exploitable lorsque l'écart entre ce prix de revient et cette valeur laisse une marge suffisante.* De otro lado, la industria minera en los países capitalistas está controlada por la empresa privada que, por supuesto, persigue obtener ganancias. Si a esto agregamos que los depósitos de condiciones idóneas son escasos, aparece muy claro

(2) P. 30 Alan M. BATEMAN — Yacimientos Minerales de Rendimiento Económico. Barcelona, 1957.

(3) P. 65 Jean RUSSO — Le Statut Administratif des Entreprises de Recherches et D'Exploitation Minières. París, 1959.

el sentido económico que debe caracterizar a una definición estricta de yacimiento mineral (4).

En consecuencia, definiría el yacimiento mineral como: La concentración de una o más sustancias minerales útiles susceptibles de explotarse económicamente (5).

Yacimiento mineral y concesión minera.—Apreciemos al yacimiento mineral en el mundo del Derecho. La ley minera al aprehenderlo crea una figura jurídica expresada y determinada en forma y extensión, que es la concesión minera de explotación. Los particulares adquieren el derecho de explotar un yacimiento mediante la concesión. Resulta que el yacimiento es objeto de la concesión. Ahora bien, lo dicho no significa que la amplitud de la concesión sea siempre suficiente para cubrir el yacimiento. Las leyes mineras al fijar una extensión máxima a las concesiones (6) ocasionan con frecuencia que no logren abarcar el yacimiento completo. En rigor, se dan diversas situaciones: a) que la concesión comprenda al yacimiento en su totalidad porque éste tiene extensión menor de la máxima señalada por la ley a las concesiones; b) que la concesión no encierre al yacimiento porque éste tiene mayor extensión que la máxima, siendo necesario más de una concesión para cubrirlo (el yacimiento de Toquepala) y, c) que la concesión contenga total o parcialmente varios yacimientos, digamos yacimientos metálico y no metálico superpuestos.

(4) De los 98 elementos conocidos, sólo 8 están presentes en la corteza terrestre en cantidades superiores a 1% y el 99.5% de la corteza terrestre (16 km. de profundidad), está integrado por los siguientes 13 elementos: oxígeno, silicio, aluminio, hierro, calcio, potasio, magnesio, titanio, fósforo, hidrógeno, carbono y manganeso. Los elementos restantes que constituyen tan sólo el 0.5%, comprenden todas las sustancias preciosas y útiles, tales como platino, oro, plata, cobre, plomo, zinc, estaño, níquel y otros. Es evidente que son necesarios procesos geológicos de concentración para recoger estos elementos difusos en los depósitos minerales explotables. P. 30 — BATEMAN — Ob. cit.

En la posibilidad económica de un depósito metálico intervienen diversos factores, como son: la cantidad y precio del metal, coste de extracción, tratamiento, transporte y venta del producto. A su vez, esto depende en parte del emplazamiento geográfico del depósito. El valor económico de los depósitos no metálicos depende en gran parte del coste del transporte. Págs. 35 y 681 — BATEMAN — Ob. cit.

(5) Ver definiciones de: Mario SAMAME BOGGIO (P. 222 — La Técnica, la Economía y el Derecho Minero en el Código de 1950 — Minería, Órgano del Instituto de Ingenieros de Minas Nº 35, Nov. Dic., 1959). Edmundo Fernando CATALANO (P. 19 — Curso de Derecho Minero. Buenos Aires, 1960). Juan C. MOLINA (P. 12 — Tratado de Derecho Minero Colombiano. Bogotá, 1952). Julio RUIZ BOURGEOIS (P. 11 — Instituciones de Derecho Minero Chileno. Tomo 1, 1949).

(6) Art. 24 del Código de Minería: "Toda clase de concesiones serán otorgadas en extensiones de una a un mil hectáreas..." Ley Nº 11357 de 12 - 5 - 50. Edición Oficial, Ministerio de Fomento y O. P. Lima, 1950.

Ubicado el yacimiento mineral en el campo del Derecho comprobamos que el sentido económico de su definición está presente. Por ello la legislación peruana, art. 3º del Código de Minería dice: *El Poder Ejecutivo concederá a las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado que lo soliciten, el derecho para explorar hasta por 5 años o para explotar indefinidamente toda clase de sustancias minerales y fósiles susceptibles de ser industrialmente utilizados, en la forma y con las facultades y obligaciones establecidas en este Código.* La frase *susceptibles de ser industrialmente utilizados* confirma lo expresado, la posibilidad de uso industrial significa posibilidad de rendimiento económico, que el precio de venta del producto guarde adecuada relación con el costo de extracción. Una interpretación diferente carecería de fundamento, desde que el uso industrial del mineral está atado de modo irrevocable a su comerciabilidad. La propia Exposición de Motivos del C. de M. corrobora este punto de vista: *Tiene la Comisión el concepto de que un denuncia de minas (léase yacimiento mineral) debe ser efectuado únicamente cuando hay el propósito de iniciar trabajos para explorarlas e invertir capitales para explotarlas si el reconocimiento y estudios técnicos y económicos que se realicen demuestran que es beneficioso su aprovechamiento* (7). A mayor abundamiento en un memorándum relativo al C. de M., se dice: *La legislación minera tiene como concreto objetivo promover la explotación de la riqueza yacente* (8). Por último, es per-

(7) P. 12 — C. de M. — Ob. cit. — Ley Mexicana de 5 - 2 - 61, art. 1º, inc. II, tercer párrafo: Constituyen depósitos minerales distintos de los componentes de los terrenos, las partes del suelo o del subsuelo susceptibles de producir comercialmente los metales, metaloides o minerales no metálicos que se determinarán en el Reglamento de esta Ley — Surinam: Las concesiones de explotación se otorgan sólo después que el Servicio Geológico y de Mineralogía ha explorado plenamente el área a fin de dictaminar su extensión, calidad y costo aproximado. — Uruguay: Se otorga una concesión provisional para comprobar la existencia y valor económico del depósito — Idem Portugal. — Israel: Mineral es todo material de valor económico que forma parte de o se obtiene de manera natural de la corteza terrestre. Los derechos y arriendos mineros de explotación se adquieren directamente si los minerales existen en cantidades comerciales. — Vietnam: El poseedor de un permiso de exploración tiene derecho a una concesión de explotación si se puede demostrar, entre otras cosas que existen yacimientos suficientes. — Islas Británicas de Salomón: La explotación es permitida si los minerales descubiertos pueden ser explotados comercialmente. — Idem Austria. — Idem Holanda. — Idem Suiza. — República Federal Alemana: El descubrimiento no requiere cantidades comerciales de minerales, pero debe constituir más que un indicio. — Sumario de las Leyes sobre Minería y Petróleo del Mundo — Departamento del Interior de los EE. UU. — Oficina de Minas, 1961.

tinente citar la propia interpretación de la autoridad administrativa declarando que el denunciante minero está obligado a acreditar, antes del otorgamiento definitivo de la concesión y mediante la presentación de los respectivos estudios técnicos, la mayor importancia económica de la industria minera con relación a la industria agrícola, que justifique el aprovechamiento industrial de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3º del C. de M. (9).

A esta altura se hace comprensible la sentencia de que cualquier depósito de minerales no es un yacimiento mineral. A los mineros les interesan concentraciones de minerales que produzcan ganancias. En realidad, existen muchos depósitos pero pocos yacimientos. Sin embargo, los progresos tecnológicos y otras circunstancias determinan, en ciertos casos, cambios en la índole de los depósitos convirtiéndolos en yacimientos minerales. Lo que no era productivo lo es después. Pero, también es posible se produzca el fenómeno inverso, que un yacimiento mineral se transforme en depósito, deje de rendir utilidades debido a la incidencia de factores diversos como el decaimiento de los precios en el mercado mundial, el agotamiento de los minerales de alta ley, etc. En conclusión, la situación de los depósitos y yacimientos minerales en relación con la industria no es definitiva, cabe varíe con el transcurso del tiempo (10).

Yacimiento mineral y mina.— Hasta el momento me he abstenido de emplear el vocablo *mina*, que de ordinario se usa para designar los yacimientos minerales pues considero debe atribuirse al término *mina* una significación unívoca, conciliando el lenguaje técnico y jurídico, ya que la palabra *mina* tiene acepciones diversas: a) excavación que se hace por pozos, galerías y socavones o a cielo abierto para extraer minerales; b) sitio o lugar de la tierra en que se encuentran los minerales (si-

(8) P. 298 — Reglamentos del C. de M. — Ministerio de Fomento y Obras Públicas Edición Oficial. Lima, 1951.

(9) Resolución Ministerial Nº 153, de 14 - 11 - 58. — Exp. Esmeralda, de Matías BALLESTEROS RODRIGUEZ, Distrito Minero de Lima.— P. 7 — Guillermo GARCIA MONTUFAR — Jurisprudencia Minera. Tomo I — Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Lima, 1961.

(10) Para que no quepa duda, prevengo que la denominación "depósito" designa el sitio donde se encuentran los minerales, corresponde por consiguiente al concepto lato de yacimiento mineral, sustituyendo a esta expresión para distinguir las dos situaciones. Será "depósito" mientras la explotación no sea comercial o no se conozca su valor. Será "yacimiento mineral" en cuanto la explotación fuere económica.

nónimo de yacimiento mineral); y c) derecho que se concede para extraer mineral en una extensión de terreno determinada (sinónimo de concesión minera) (11).

El lenguaje técnico confiere al vocablo *mina* una sola y precisa significación: conjunto de operaciones dirigidas a explotar un yacimiento mineral (12). Como se observa semejante a la acepción de excavación, acabada de mencionar, pero expresa algo más porque no se refiere sólo al conjunto de trabajos sino que comprende al yacimiento mineral. Por consiguiente, la denominación *yacimiento mineral* designa la acumulación de minerales apreciándola desde un punto de vista estático, en situación de reposo y *mina* indica la misma acumulación pero, desde un punto de vista dinámico, en situación de trabajo, sumándole todas las operaciones propias de la explotación. El Código de Minas del Brasil (29-1-40), en su art. 1º recoge esta distinción: *Yacimiento mineral es toda masa mineral o fósil existente en el interior o en la superficie de la tierra y que represente valor para la industria. Mina es el yacimiento en trabajo, entendiéndose por trabajo el conjunto de operaciones necesarias a la extracción industrial de sustancias minerales o fósiles del yacimiento.*

Yacimiento mineral, concesión minera y mina.— Tres nociones distintas. La *mina*, ligada indisolublemente al yacimiento mineral, puesto que el conjunto de operaciones para la explotación supone la preexistencia del yacimiento, de donde colegimos que no hay mina sin yacimiento. En cambio, el *yacimiento mineral* posee, por decirlo así, existencia propia, basta con la concentración de minerales útiles cuya explotación sea productiva. Por tanto, es posible que exista el yacimiento y no la mina. Insistiendo desde otro ángulo, en comparar la mina con el yacimiento, resulta que: Una mina puede ser más extensa que el yacimiento, desde que la mina comprende el yacimiento en sí,

(11) Estas acepciones presentan antecedentes muy antiguos y han originado pareceres divergentes acerca del origen etimológico de la palabra. MOLINA anota que se hace derivar del celta *mein*, que significa metal en bruto; que la etimología más usual es del latín *minare*, conducir, de modo que la idea fundamental de mina es la de conducto, conducto para buscar minerales y extensivamente el mineral mismo; otros aseguran que procede de la voz griega *myo*, ocultar; y otros la derivan de *minium*, minio, esto es mina de minio y luego mina en general — P. 11 — Ob. cit.

(12) Mina: Conjunto de trabajos y de instalaciones en el subsuelo y en la superficie concurrentes a la explotación de un yacimiento — P. 7. *Revue de L'Industrie Minérale*, 15 - 12 - 60, París.

a lo que agregamos las construcciones, máquinas, aparatos, instrumentos, vehículos, etc., que es factible se coloquen en terrenos sitios fuera del yacimiento. Por el contrario, la mina no puede ocupar superficie menor que el yacimiento porque es la base imprescindible de trabajo, salvo que el yacimiento haya sido fraccionado al otorgarse concesiones a distintos concesionarios, que implantan diferentes unidades operativas de explotación.

La autoridad administrativa otorga a los particulares mediante la *concesión minera*, el derecho a explotar un yacimiento mineral, no concede una *mina*, ésta surge cuando se inician los trabajos de explotación. Ocurre que concedido el derecho de explotar un yacimiento, el concesionario lo mantiene inexplorado, en cuyo caso existe la concesión minera y no la mina. Abundando en comparaciones tenemos que varias concesiones de una misma persona podrían originar una mina (incidiendo sobre un mismo yacimiento como el ejemplo citado de Toquepala) o sea que la mina puede alcanzar una extensión mayor que la concesión (13).

2º — INDUSTRIA MINERA

Concepto.— La actividad del hombre orientada al aprovechamiento de la riqueza mineral engendra la industria minera, que comprende dentro de sí todos los trabajos encaminados a descubrir los depósitos de minerales, estudiarlos (una vez localizados), explotarlos y beneficiar los minerales extraídos.

Etapas.— La anterior descripción permite distinguir 4 etapas en la industria minera: Cateo, exploración, explotación y beneficio.

El *cateo* o *prospección* (14) es la operación de tantear o buscar en el terreno para descubrir depósitos de minerales. Tra-

(13) Existe una tendencia dirigida a sustituir la denominación de "yacimiento mineral" (entendida en sentido estricto) por la de "mena" que hoy designa la mezcla de menas minerales (unión química de metales) y la ganga (minerales no metálicos en forma de materia rocosa). De suerte que los depósitos productivos de sustancias minerales se llamarían menas, fueren metálicos o no metálicos, aplicándose la denominación de "yacimiento mineral" en sentido lato a todo depósito de sustancias minerales.

(14) Antes de seguir adelante, advierto que en muchos casos será necesario diferenciar la minería que denominaré común de la minería de petróleo, no sólo porque esta última presenta caracteres peculiares sino porque está sujeta en nuestro país a su propia legislación.

La palabra cateo, según el diccionario, tiene en Argentina, Chile y Perú una acepción

tándose de la minería común los prospectores peruanos, en su mayor parte, son mineros empíricos que han laborado en la Costa, la Vertiente Occidental de los Andes y partes altas de la Vertiente Oriental. En el resto del territorio nacional, prácticamente, no se ha hecho prospección debido a las dificultades que ofrece el terreno cubierto de vegetación. Apenas, a partir de 1960, fueron iniciados estudios en algunas secciones de esta zona como parte del Plan Perú-Vía, empleando el sistema foto-geológico para definir las estructuras favorables y luego ejecutar la prospección geofísica. El cateo o prospección de petróleo es muy especializado y lo llevan a cabo por la Costa Norte, Sierra del Sur y el Oriente, las sociedades petroleras que disponen de grandes recursos y, también la Empresa Petrolera Fiscal.

La *exploración* tiene por objeto, una vez descubierto el depósito de minerales, determinar si puede explotarse económicamente o sea comprobar su posible condición de yacimiento mineral. Los trabajos de exploración deben precisar, en lo posible, el carácter, forma, tamaño, grado y probable tonelaje (15).

minera: reconocer o explorar los terrenos en busca de sustancias minerales.

Art. 2º— Se entiende por cateo la búsqueda que se realiza con el fin de descubrir la existencia de sustancias minerales o fósiles.— Proyecto de Reglamento Orgánico del Código de Minería. Lima, 1964.

Se lee en BATEMAN que para catear se unen a menudo un prospector práctico y un geólogo, o bien grupos de prospectores prácticos operan en diferentes localidades bajo la supervisión directa de uno o más geólogos que comprueban, de tiempo en tiempo, los resultados obtenidos por aquéllos o los trasladan a lugares más prometedores. En ciertas circunstancias, la prospección es hecha por grupos de geólogos. Existe además, la prospección geofísica que ha progresado muchísimo en los últimos tiempos pero que siempre necesita de la geología para interpretar los resultados. Los procedimientos geofísicos son: magnéticos, eléctricos, electromagnéticos, gravitativos, sísmicos y radiométricos. Para el descubrimiento del petróleo, si la estratigrafía indica la presencia de fuentes, depósitos y casquetes adecuados, la búsqueda de las trampas se hace por cartografía aérea y estructural de los contornos, así como por estudio de la geología subsuperficial y por métodos geofísicos. La mayor parte del trabajo geológico es superficial, por medio de perforaciones, muestras del pozo, minerales pesados, microfósiles, análisis de sedimentos, proyección eléctrica y datos geofísicos. Luego, tendrá que hacerse una perforación de ensayo para probar la estructura. — Págs. 410, 412 y 726 — Ob. cit.

(15) Art. 5º — La concesión de exploración confiere al concesionario el derecho de efectuar toda clase de investigaciones geológicas y geofísicas, levantamientos de mapas terrestres y aerofotográficos y en general la facultad de emplear todos los procedimientos técnicos de prospección, así como de efectuar muestreos y hacer sondeos, trincheras y demás labores de reconocimiento con la finalidad de apreciar las posibilidades de aprovechamiento industrial y determinar el valor económico de los depósitos para su ulterior explotación. — Proyecto de Reglamento Orgánico citado.

En esta etapa también desempeña papel muy importante el geólogo, pues como dice BATEMAN, su detallado conocimiento del paquete y estructura rocosa, del origen de los depósitos, las causas de sus emplazamientos, su forma, comportamiento y extensión probable, le permite escoger el lugar apropiado para las obras de superficie, pozos, galerías de exploración o drenaje, perforaciones y trabajos subterráneos, de modo que se logren los resultados máximos con el minimum de gastos. En la exploración petrolera se hace

La *explotación* consiste en extraer del yacimiento los minerales (16).

La exacta descripción del *beneficio* obliga a separar el petróleo de los demás minerales, aunque esencialmente el objetivo sea el mismo. Para la minería común, el beneficio tiene por finalidad apartar la sustancia mineral deseada (aislándola) de otros minerales o sustancias de desecho con los que suele aparecer mezclada al ser extraída, aplicando a tal fin procedimientos físico-químicos. La intención es conseguir un producto puro o casi puro (17). El beneficio en la minería de petróleo, lo denominan manufactura y refinación, añadiéndose como operaciones complementarias, pero importantes, el transporte y almacenaje. La *manufactura* tiene por propósito tratar los gases húmedos y obtener gasolina natural, gas líquido de petróleo y otros hidrocarburos livianos; asimismo tratar los residuos de los petróleos crudos, obteniendo aceites, grasas, parafinas, ceras, etc. La misión de la *refinación* es destilar los petróleos crudos, extrayendo primero, en forma de vapor, los constituyentes más volátiles, seguidos por los menos volátiles. Estos se condensan en líquidos como el benceno, gasolina, destilado y kerosene. Del mismo modo los hidrocarburos pesados son sometidos a la destilación destructiva a presión para que produzcan más gasolina (18). El *almacenamiento* sirve para conservar los productos del petróleo en depósitos adecuados. Y, por último el *transpor-*

una serie de perforaciones de manera que abarquen los límites del depósito y superficie productiva. Cuando ha sido determinado el espesor de la arena petrolífera, su porosidad y permeabilidad podrá hacerse una evaluación del contenido. — Págs. 428 y 726. — Ob. cit.

(16) Art. 79— La concesión de explotación otorga al concesionario el derecho de realizar en la superficie y en el subsuelo el conjunto de operaciones destinadas a extraer los minerales y fósiles de los yacimientos en que se encuentran, utilizando todos los procedimientos técnicos aplicables. — Proyecto de Reglamento Orgánico citado.

Las operaciones de explotación de la minería común se dividen en dos grupos principales: de superficie (pozos y trincheras, canteras, arranque, a cielo abierto, dragado y métodos hidráulicos) y subterráneas (son tan variables como los yacimientos, creándose por esta razón procedimientos especiales para cada yacimiento). Respecto a los yacimientos de petróleo, de ordinario se perfora un pozo por cada cuatro hectáreas, pero la tendencia actual es hacer una perforación por cada ocho e incluso dieciséis hectáreas. La perforación rotatoria ha sustituido en gran medida al antiguo procedimiento de la herramienta accionada por un cable. La eficacia de la producción se intensifica mediante la conservación del gas, el espacio adecuado de los pozos, la reactivación de la presión y el control del flujo de petróleo. — Págs. 434, 436, 726, 727 y 728 — BATEMAN — Ob. cit.

(17) Los procedimientos de beneficio son: trituración, amalgama, cianuración, concentración, fusión, lixiviación, segregación y refinado. — P. 446 — BATEMAN. — Ob. cit. P. 143 — Minería — Organo del Instituto de Ingenieros de Minas. N° 15 — Julio-Agosto, 1961.

(18) P. 705 — BATEMAN — Ob. cit.

te, que se realiza por medio de oleoductos y transportes marítimos, terrestres, fluviales y aéreos.

Con relación al beneficio CATALANO (19) anota la existencia de leyes que limitan el radio de acción de la industria minera pues excluyen esta etapa que pasa a formar parte de la actividad industrial general. Afirman que la industria minera es extractiva y que, en consecuencia, finaliza su ciclo al extraerse el mineral del yacimiento. Olvidan quienes piensan así, que los minerales arrancados del yacimiento suelen aparecer mezclados entre sí o con sustancias de desecho carentes de valor para el minero, es decir, que hasta ese momento el minero no tiene en su poder la sustancia deseada o, lo que es lo mismo, la actividad minera no ha cumplido su ciclo. El beneficio persigue individualizar las sustancias que interesan al minero (20). No hay proceso de transformación que convierta al mineral en un objeto distinto, ejemplo una máquina de escribir o un automóvil, el proceso es de separación o de purificación, que además enriquece al producto mineral dándole mayor valor comercial e industrial. Sin duda alguna, la industria minera comprende el beneficio porque sólo, después de esta operación, el minero tiene ante su vista el mineral codiciado que extrajo mezclado con otras sustancias.

Notas distintivas.— La industria minera exhibe ciertas notas distintivas que la singularizan y la sitúan como rama autónoma de la industria: a) Extractiva, desde que los minerales son arrancados de los yacimientos. b) Destructiva porque conforme son extraídos los minerales el yacimiento se vá agotando, no son frutos sino productos, pedazos de suelo o del subsuelo que al separarse los destruye. c) Aleatoria, por cuanto a pesar de los adelantos tecnológicos no puede calcularse con exactitud, en todos los casos, el volumen de un yacimiento y su productividad. Constituye siempre una empresa riesgosa pues el resultado final no se conoce con certeza. d) Exige por lo común, la inversión de cuantiosos capitales para llevar a cabo la explora-

(19) P. 7 — Ob. cit.

(20) Art. 50º Ley Mexicana: Para los fines de esta Ley, se entiende por Planta de Beneficio, el establecimiento industrial, comprendiendo instalaciones y construcciones conexas, en el que se realicen sobre sustancias minerales de procedencia nacional o extranjera, operaciones de preparación mecánica y tratamiento minero metalúrgico, incluyendo fundición y refinación, para obtener compuestos metálicos, metales, metaloides o minerales no metálicos susceptibles de aprovechamiento para otras industrias. — El proyecto de Reglamento Orgánico del Perú reproduce este dispositivo.

ción, explotación y beneficio (manufactura y refinación) debido a la naturaleza de las operaciones que requieren equipos costosos para desarrollarlas.

Importancia.— La industria minera desempeña un rol vital en el proceso económico de todo país. Los minerales son materia prima imprescindible, ya que transformados satisfacen necesidades humanas primarias, más aun son materia prima indispensable para construir las máquinas destinadas a elaborar los productos que consume el hombre. Los minerales suministran los elementos necesarios para generar calor, luz y energía motriz. Como dice VIVACQUA (21) la vida, la salud, las comodidades, las ciencias, las artes, la agricultura, las industrias, los transportes, la seguridad, la riqueza y la prosperidad de las naciones, en suma, las propias condiciones de existencia de la humanidad y su progreso, dependen cada vez más de la utilización de los minerales. A lo expuesto, debe agregarse que los minerales son también elementos esenciales en la construcción de armamentos o sea factores principalísimos para la destrucción del hombre mismo. El mineral es vehículo de vida y muerte para el hombre, por tanto de trascendencia innegable.

Así resulta que la demanda de minerales guarda relación directa con el progreso de la humanidad, a mayor evolución más urgencia de minerales. BLONDEL y CALLOT acotan que el volumen de la producción minera mundial de 1950 a 1958, ha aumentado el 5.1 % o sea un crecimiento de 47.6% en los 8 años, repartido del modo siguiente: 29% por año correspondiente a China, 9% a Rusia y el 3.6% al resto del mundo. La progresión aludida, reflejada en el valor global (de 54 sustancias estudiadas) da un total de 27,500 millones de dólares en 1950, 36,500 en 1953 y 50,872 en 1958 (22), CALLOT en posterior estudio declara que el ritmo anual de crecimiento se ha mantenido sobre el 5% de 1958 a 1961 (considerando sólo 10 sustancias) y deter-

(21) P. 2 — Attilio VIVACQUA — A Nova Política do Sub-solo e o Régime Legal das Minas — Rio — 1942.

(22) Estos autores no han considerado los productos de cantera (grava, piedra, etc.), aunque representan el 10% a 15% del valor de los minerales estudiados. No incluyen tampoco los rubros de abrasivos, piedras preciosas diversas, perlita y vermiculita que figuraban en estadísticas anteriores. Las cifras en dólares no son directa y totalmente comparables porque las sustancias consideradas no coinciden (el uranio, por ejemplo, no fue incluido en las estadísticas de 1953 y su producción alcanzó a 300 ó 400 millones de dólares) y además por la depreciación del dólar que llegó al 15.5% de 1950 a 1958 y cerca del 8% entre 1953 y 1958 — Págs. 13, 14, 15, 18 y 28 — F. BLONDEL et F. CALLOT — Annales des Mines — Valeur de la Production Minière Mondiale en 1958 — Sa répartition géographique son évolution — Mai — Paris, 1961.

mina para 1961 un valor global de 54,308 millones de dólares (23).

Si bien la curva ascendente de producción es constante, recordemos una vez más, que los yacimientos son escasos y su distribución en el globo irregular, circunstancias que originan la tendencia de las grandes potencias a controlar las fuentes de recursos minerales, para obtener la hegemonía económica y por ende la política. En los cuadros estadísticos de 1958 aparece que a Estados Unidos le corresponde el 27.03% de la producción mundial y a Rusia el 16.25%, es decir los más altos porcentajes (que recogen sólo la explotación de las reservas propias), erigidos por lo mismo, en los 2 colosos industriales del momento (24). Precisamente, el afán de controlar las fuentes de producción mineral conduce a la penetración económica de los Estados sub-desarrollados, las grandes potencias adquieren el dominio parcial o total de la producción minera y asumen con el peso económico la dirección de la vida política. Este es un hecho objetivo que relevan distinguidos juristas y hombres de ciencia. VIVACQUA (25) escribe que las grandes potencias desde el siglo XIX, movilizan sus finanzas, sus ejércitos y cancillerías de acuerdo con las indicaciones de su estado mayor de geólogos. En la obra de BATEMAN (26) se dice que ciertas naciones poderosas han impuesto un control forzoso sobre los recursos minerales de las naciones más débiles y algunos países pequeños se han encontrado con que la abundancia de recursos es para ellos un beneficio y un perjuicio a la vez.

La industria minera en el Perú.— Partiremos de la apreciación objetiva que el Perú es un país subdesarrollado. Bien, ¿cuál es la situación de la industria minera?

(23) Págs. 33 y 34 — F. CALLOT — Annales des Mines — June. París, 1963.— La producción de petróleo en el Mundo llega en 1962 a 1'209,548 toneladas sobre 1'119,233 en 1961.— P. 132 — Mines et Metallurgie N° 3571 — Marzo. París, 1963.

(24) El porcentaje de los EE. UU. en la producción mundial fue de 38% el año 1950 y 34.3% en 1953. Su producción ha aumentado 17% en valor real con relación a 1950 y 4% con relación a 1953. Rusia tiene una producción que ha pasado de 11.7% en 1950 a 12.5% en 1953 y a 16.2% en 1958. Su producción ha aumentado 128% con relación a 1950 y 70% con relación a 1953.

Interesa anotar que los Estados de la OTAN: EE. UU., Canadá, Comunidad Económica Europea, Dinamarca, Gran Bretaña, Grecia, Islandia, Noruega y Spitzberg, Portugal y Turquía produjeron en 1958 por valor de 23,377.2 millones de dólares. Los países socialistas: Albania, Alemania Oriental, Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumanía, Checoslovaquia, Rusia, China, Corea del Norte y Viet-Minh produjeron en el mismo año por valor de 14,038.4 millones de dólares. — Págs. 13, 30, 32 y 35. BLONDEL y CALLOT. — Ob. cit.

(25) Pág. 25. — Ob. cit.

(26) Pág. 400. — Ob. cit.

A escala mundial en 1958, el Perú produjo por valor de 194.8 millones de dólares, ocupando el puesto 33°. Fue considerado (ese año) entre los países que producen más de 10 sustancias minerales con 17 productos, ocupando el puesto 17. En la producción mundial de plata ocupó el cuarto puesto; en plomo y productos condensables de gas natural el 6°; zinc el 8°; antimonio y baritina el 9°; cobre el 10°; mercurio el 11°; fierro y tungsteno el 15°. Por lo que atañe a la producción mundial de petróleo, el año 1962 figura en el puesto 25° (27).

Con relación a la situación de la industria minera en el proceso económico nacional, los datos de la minería común son: El análisis global del crecimiento minero expresado por el *quantum*, dá para los años 1951 a 1957 un ritmo promedio de 11%, se detiene con ligero descenso entre 1957 y 1959 y, de 1960 a 1962 crece a casi el doble. El valor del producto bruto interno real del sector minería en 1962, ascendió a 4,405'000,000.00 de soles, lo que representa una participación de 7% en el producto bruto interno total y un crecimiento en dicha participación de 2.9% en el último quinquenio (28). Los datos de la minería de petróleo son: La producción de petróleo crudo total del país, ha mantenido un ritmo de crecimiento bajo, aumentando sólo 12% en el curso de 10 años (1951-1961) esto es, un promedio de aumento anual de 1.2%. Respecto al consumo doméstico de petróleo, desde 1951, en que el país consumía el 62% de la producción, ha variado el panorama porque en la actualidad se importa petróleo residual y exporta diesel, lo que significa una importación neta equivalente al 7% de la producción, el año 1961 (29).

El año 1962 hemos exportado minerales, incluyendo petróleo, por valor de 203,4 millones de dólares; algodón 97.2; pesca 121.4; azúcar 54.4; café 24.2; lanas 8.9 y diversos 30.5 con un total de 540.0 millones de dólares, representando la minería el 37.6% de la exportación (30).

(27) Págs. 32, 38, 69, 70, 71, 74, 76, 79, 80, 82, 84 y 87. — BLONDEL y CALLOT. — Ob. cit. — Pág. 1 - 2. — Estadística Petrolera del Perú. — Años 1961 - 1962. — Boletín Oficial de la Dirección de Petróleo. — Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Lima, 1963.

(28) Los productos metálicos constituyen más del 95% del total de la producción minera. — Informe de la Dirección de Minería de 21 - 11 - 63. — Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Lima.

(29) Diagnóstico de la Energía. Lima, 1961.

(30) El orden de producción es como sigue: cobre 92.3 millones de dólares, plata 32.8, fierro 32.7, plomo 16.4, zinc 15.9 y petróleo 13.2. — Cámara de Comercio de Lima. — Boletín Semanal N° 684. Abril, 1963.

La minería peruana es muy diversificada a tal punto que cabe afirmar existen todos los minerales metálicos, excepto el cromo, y la variedad de sustancias no metálicas es muy amplia (31).

La trascendencia de la industria minera es pues inobjetable.

Calificado el Perú como país subdesarrollado importa determinar la condición del capital extranjero en la industria minera. Los datos del año 1960 para la minería común comprenden únicamente a las compañías productoras de oro, plata, cobre, plomo y zinc. Existen 73 compañías nacionales y 12 extranjeras. En la producción de oro, el 66.4% corresponde a las compañías nacionales y el 33.6% a las extranjeras; plata, el 58.3% a las nacionales y el 41.7% a las extranjeras; cobre el 11.6% a las nacionales y el 88.4% a las extranjeras; plomo el 61.7% a las nacionales y el 38.3% a las extranjeras; y, zinc el 44.6% a las nacionales y el 55.4% a las extranjeras. Por lo que respecta a propiedad minera, el 15.9% corresponde a las compañías nacionales y el 84.1% a las extranjeras. Acerca de activo fijo, las compañías nacionales muestran un valor de 882 millones de soles que equivale al 8.4% y las extranjeras un valor de 9,631 millones de soles que equivale al 91.6%. Por lo que toca a los depósitos en Bancos, las compañías nacionales poseen el 61.2% y las extranjeras el 38.8%. En lo que toca a la exportación, el 80% de los productos provienen de empresas extranjeras (32). Por último, los datos referentes a la producción de petróleo por compañías el año 1962, son: International Petroleum Co. Ltda. 62.27%; Cía. Petrolera Lobitos 21.88%; Empresa Petrolera Fiscal 6.38%; Belco Petroleum Corp. of Perú 2.75%; Petrolera del Pacífico 0.74%; Cía. de Petróleo Ganso Azul Ltda. 3.55%; y Cía. Peruana de Petróleo El Oriente 2.43% con un valor total de 1,739'179.859.78 de soles (33).

Es obvio que el capital extranjero controla apreciablemente nuestra industria minera y el Perú no se beneficia en consonancia con el volumen de su riqueza mineral porque la participación estatal es inferior a la de otros países y la actividad mi-

(31) Mario SAMAME BOGGIO. — La Industria Minera en nuestra Estructura Económica y Social. — "La Prensa", Lima, 22 - 6 - 58.

(32) Datos del Banco Minero del Perú. — Informe de la Dirección de Minería citado.

(33) Págs. V-2 y V-9. — Estadística Petrolera del Perú citada.

nera no está orientada a la transformación del Perú en país industrial. Como comenta SAMAMÉ BOGGIO, el Perú minero no ha superado aún la etapa del colonialismo económico, produce sólo materias primas en bruto (minerales y concentrados), sin llegar a alcanzar siquiera la fase final, dentro del proceso extractivo de obtener metales refinados a gran escala, los que a su vez podrían ser fuente fácil para su manufactura, base de una racional industrialización, meta de nuestros pueblos explotados, por ser casi exclusivamente abastecedores de materias primas, tributarios de los pueblos industrializados (34). Y esta situación no ha de variar de modo sustancial por iniciativa de los productores desde que son en su mayor parte sucursales extranjeras que desenvuelven sus actividades de acuerdo a la estrategia de las compañías principales (35). Urge, por consiguiente, la adopción de una decidida política minera nacionalista.

3º — DERECHO DE MINERIA

Concepto.— El ejercicio de la industria minera origina relaciones sociales que regula el Derecho. Por consiguiente, Derecho de Minería (36) es el complejo normativo que estudia y resuelve las cuestiones jurídicas que surgen en las distintas etapas de la industria minera.

Ubicación en el derecho interno.— Sabemos que el Derecho de Minería es rama del derecho interno, mas ¿del derecho público o del privado? La respuesta opone serias dificultades porque la doctrina no coincide y aún objeta la propia división (37).

(34) Art. cit. en la nota (31). — Del volumen total de exportaciones el 96.5% en peso fino tiene la condición de minerales sin refinar, exportándose sólo el 3.5% en forma de productos refinados. — Informe de la Dirección de Minería citado.

(35) Informe de la Dirección de Minería citado.

(36) Considero redundante la denominación "Derecho de Minería y Petróleo", con la expresión "minería" comprendemos toda la actividad minera. Las diferencias entre la minería común y petrolera (y distintas legislaciones) no justifican la individualización desde el punto de vista del derecho, que es uno para toda la minería sin que se vislumbre el nacimiento de un derecho del petróleo.

(37) KELSEN opina que si bien esta antítesis es la médula de toda la sistemática teórica-jurídica, es imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado. La distinción, para el autor, tiene un sentido exclusivamente político (cuyo objeto es supervalorar los actos públicos) que precisa erradicar de la teoría jurídica. Al identificarse Estado y Derecho queda superado el dualismo de derecho público y privado. — Págs. 105 y sgtes. — Hans KELSEN — Teoría General del Estado. Buenos Aires, 1934.

Esta partición del derecho se remonta a la época romana, conocemos la sentencia de ULPIANO: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*, cuyo fundamento es el interés. GARCÍA MAYNEZ, (38) piensa que la tesis más generalmente aceptada es aquella que sugiere buscar el criterio de separación, no en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquéllos establecen. La relación es de derecho privado, si los sujetos de la misma encuéntrase colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana; es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del Poder Público o dos Estados soberanos (39).

Claro está, los criterios que apoyan la división del derecho son numerosos, pero ninguno resuelve a satisfacción el problema y es que la distinción carece de fundamento teórico, tiene tan sólo importancia práctica, constituye una diferenciación funcional de la norma jurídica, una simple cuestión de sistemática que permite una mejor comprensión del derecho interno porque como también sabemos, el derecho público y privado se subdividen en ramas (40).

Fijados el valor y alcances de la clásica división del derecho en público y privado, reiteramos la pregunta ¿dónde ubicamos el Derecho de Minería? Unos autores estiman que forma parte del derecho privado: ALESSANDRI y SOMARRIVA lo afirman y agregan que esta disciplina adapta a sus propias peculiaridades instituciones del derecho civil (41). Otros autores como BORDA lo sitúan dentro del derecho público, aun en el caso de

(38) Págs. 131 y 134 — Eduardo GARCÍA MAYNEZ — Introducción al Estudio del Derecho. México, 1960.

(39) CORNEJO enseña que lo verdaderamente decisivo para definir la naturaleza pública de una relación jurídica es la intervención de un ente colectivo, de un sujeto de potestad pública en concepto de tal, lo que quiere decir que intervenga en la relación jurídica en su calidad de ente público. — Pág. 7 — Angel Gustavo CORNEJO — Código Civil — Exposición Sistemática y Comentario — Tomo I. Lima, 1937.

(40) P. 135 — GARCÍA MAYNEZ — Ob. cit.

(41) P. 32 — Arturo ALESSANDRI RODRIGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA — Curso de Derecho Civil — Tomo I. Chile, 1945. Concuerdan con esta opinión: Aníbal CORVETTO VARGAS (Pág. 18 — Manual Elemental de Derecho Civil Peruano — Tomo I. Lima, 1954). Hans AULMANN (P. 166 — Introducción al Derecho. Buenos Aires, 1940) y Armando URIBE (P. 9 — Manual de Derecho de Minería. Santiago, 1948).

que yacimientos de poca importancia económica estén regidos por el derecho privado (42).

Analizada con detenimiento la naturaleza del Derecho de Minería, me pronuncio ubicándolo en ambos campos: público y privado. Su naturaleza: mixta. La decisión favorable a cualquiera de los campos importa una apreciación parcial y, por supuesto, incompleta. JOSSE RAND (43) explica que existen ciertas ramas del derecho que por su formación reciente, muestran la particularidad de caer bajo el dominio del derecho privado y del público, y también en cierta medida, bajo el de la ciencia económica y financiera. Por razón de este origen complejo no podrían ser clasificadas francamente en una u otra categoría, pues constituyen una amalgama de elementos bastantes dispares. Refiriéndose al Derecho de Minería CUTULO sostiene que es derecho mixto, desprendido del derecho civil por un lado y el derecho administrativo por otro, producto imperioso de la necesidad que reclamaba nuevas normas para una industria completamente distinta y a veces contraria a la superficie (44).

La causa de la situación arriba descrita la descubrimos al estudiar la cuestión relativa al dominio originario de los yacimientos minerales. La historia revela una pugna constante entre el propietario de la superficie y el Estado, vale decir, entre el interés individual y el social. Consciente el Estado del papel importante que desempeña la industria minera ha asumido paulatinamente derechos cada vez más amplios sobre los yacimientos. Desde los tiempos antiguos afloró la exigencia estatal que al correr de los años ha sufrido avances y retrocesos, según haya sido la concepción socio-económica del momento. El interés individual se impone por medio del sistema de accesión (Nº 5 del

(42) P. 28 — Guillermo A. BORDA — Tratado de Derecho Civil Argentino — Parte General I. Buenos Aires, 1955. Concuerdan con esta opinión: Giuseppe ABBATE (P. 5 — Corso de Diritto Minerario. Milano, 1946), Rodolfo BULLRICH (P. 1 — Principios Generales de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1942) y Carlos Horacio MATTI (P. 16 — Curso Elemental de Derecho Administrativo I. Buenos Aires, 1944).

(43) P. 19 — Louis JOSSE RAND — Derecho Civil — Tomo I. Buenos Aires, 1950.

(44) P. 325 — Vicente Oswaldo CUTULO — Introducción al Estudio del Derecho — Buenos Aires, 1952. En el mismo sentido: Arturo ORGAZ (P. 369 — Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales. Córdoba, 1945) — VIVACQUA (P. 493 — Ob. cit.) — Jean PERSONNAZ (P. 17 — Droit des Mines. París, 1958) — Louis COUCHEPIN (P. 34 — Le Droit Minière en Suisse dans ses rapports avec le Code Civil. Zurich) — Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO (P. 225 — Derecho Administrativo I. Buenos Aires, 1949) — CATALANO (P. 13 — Ob. cit.) — Alberto Ramón REAL (P. 8 — Legislación de Minas y el Nuevo Código de Minería. Montevideo, 1945) y Alfredo SOLF y MURO (P. 6. — Programa de Derecho de Minería. Lima, 1925).

Programa): el propietario del terreno superficial, en virtud del título de dominio y del principio de accesión, es dueño del yacimiento o yacimientos ubicados en su propiedad, careciendo el yacimiento de existencia legal propia, puesto que es un accesorio de la superficie, su aprovechamiento será regulado por el mismo derecho de la superficie o sea el derecho privado. El interés social triunfa con el sistema de señorío del Estado: los yacimientos son del dominio originario del Estado (en verdad de la colectividad representada por el Estado), separándose yacimiento y superficie. Los yacimientos minerales adquieren existencia legal, ingresan al campo del derecho público y el Estado otorga a los particulares el derecho para aprovecharlos.

La continua colisión de los sistemas de accesión y señorío del Estado ha influido decisivamente en la naturaleza del Derecho de Minería; rama desgajada del derecho civil, adquiere caracteres del derecho público por la ingerencia creciente del Estado, pero conserva muchos rasgos del derecho privado porque los minerales son objeto de concesión.

Entiéndase que la respuesta está dada con cierta generalidad y no cabé aplicarla a todas las legislaciones. Respuesta válida para las legislaciones que autorizan la libre empresa en la industria minera, dicho en otros términos, países donde los minerales son bienes comerciables entre los particulares, aunque pertenezcan originariamente al Estado. No lo es para aquellas legislaciones que rechazan la libre empresa determinando el monopolio de los medios de producción (socialización) o por lo menos los que atañen a la minería (nacionalización).

El Derecho de Minería en el Perú.— La legislación peruana constituye un ejemplo del por qué atribuyo naturaleza mixta al Derecho de Minería. Derecho público, por cuanto regula las relaciones de los particulares con el Estado: otorgamiento de concesiones, derechos y obligaciones del concesionario, etc. (45). Luego, el carácter público se debe a la intervención constante del Estado. Pues bien, estos caracteres se dan en la legislación peruana: a) El sistema de dominio originario es de señorío del Estado, tal como consta en el art. 37º de la Constitución: *Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos*

(45) P. 34 COUCHEPIN — Ob. cit.

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 (46). Esta declaración ha sido reproducida por el art. 1º del C. de M.: *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. Igualmente por el art. 1º de la L. de P.: Son bienes de propiedad imprescriptible del Estado los yacimientos de petróleo e hidrocarburos análogos. La denominación hidrocarburos análogos incluye el asfalto, el gas natural y todos los otros productos, sean líquidos, sólidos o gaseosos, que se encuentren asociados con el petróleo o que sean de composición química similar al mismo. Esta denominación no comprende ni el carbón ni el gas helio (47).* b) Toca al Estado otorgar a los particulares los derechos sobre los yacimientos según lo dispone el art. 3º del C. de M. (Nº 1 del Programa). Lo mismo el art. 3º de la L. de P.: *El Estado podrá realizar por sí mismo todas las operaciones de exploración, explotación, manufactura, refinación, transporte por medios especiales, y almacenamiento del petróleo e hidrocarburos análogos, y podrá, también, otorgar concesiones para estos fines a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en las condiciones y con los requisitos que establecen esta ley y su reglamento.* c) El Estado regula los derechos del concesionario conforme aparece en el Título V Capítulo I del C. de M. y Capítulos II, III, IV, VII y IX de la L. de P. d) El Estado impone obligaciones al concesionario con arreglo al Título VI, Capítulo I del C. de M. y los capítulos mencionados de la L. de P., más el VIII. e) El incumplimiento de algunas de las obligaciones ocasiona la caducidad de la concesión. Ejemplos, el art. 68º del C. de M.: *Caduca la concesión de cualquier clase si el concesionario deja de pagar los cánones establecidos en los artículos 49º y 51º durante dos años consecutivos. Las concesiones caducan: 1º Si se vencen dos anualidades sin haber pagado el correspondiente canon superficial. 2º Si se vence treinta días después de haberse otorgado la concesión de explotación o su prórroga, sin que se hubiese pagado los impuestos establecidos*

(46) Promulgada el 9 - 4 - 33.

(47) Ley Nº 11780 de 12 - 3 - 52.

en los artículos 89º y 122º. y 3º Por infringir el concesionario obligaciones esenciales que esta ley le impone. f) El control estatal de la industria minera está patente en el art. 63º del C. de M.: *El concesionario está obligado a facilitar a los funcionarios de la Dirección de Minería y de sus Cuerpos Técnicos, el libre acceso a todas las instalaciones y explotaciones de su concesión y a suministrar todos los datos de carácter técnico y administrativo que sean necesarios para el desempeño de su función. Están obligados también a presentar, siempre que lo ordene la Dirección de Minería, los informes escritos, planes de trabajo, estadísticas y costos de producción, estadísticas de consumo y de venta, balances anuales, y todos los demás datos que sean necesarios para el control y la vigilancia que el Poder Ejecutivo debe ejercer permanentemente sobre toda clase de concesiones. Y en el caso de que las condiciones técnicas y económicas hagan indispensable la paralización de las actividades de una exploración o de una explotación minera o de las labores relacionadas con ellas, debe justificarlas con los estudios técnicos y económicos respectivos. Y en el art. 124º de la L. de P.: El Poder Ejecutivo tiene el derecho y la obligación de inspeccionar todos los trabajos y actividades relativos a la exploración, explotación, refinación, manufactura, transporte y almacenamiento de las sustancias a que se refiere esta ley, para comprobar el cumplimiento de las obligaciones que la misma y el Reglamento imponen a los concesionarios. También tiene el derecho y la obligación de fiscalizar el precio de venta de los productos destinados al consumo nacional y las operaciones que causen impuestos, e inspeccionar en cualquier tiempo, la contabilidad de los concesionarios. Asimismo, realizará todas las funciones de supervigilancia y fiscalización que le encomienden esta Ley y su Reglamento, especialmente para comprobar el cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas dictadas en defensa y beneficio del capital humano, seguridad industrial, asistencia social y ejecución técnica de los trabajos. El Poder Ejecutivo organizará en la Dirección de Petróleo, Departamentos Técnicos de Fiscalización, Economía y Control de la Producción y Costos de Petróleo y sus derivados, pudiendo contratar técnicos nacionales o extranjeros a efecto de la preparación del personal respectivo y para el más inmediato funcionamiento de dichos Departamentos, consignando las partidas correspondientes en el Presupuesto*

General de la República. El Ministerio de Fomento publicará anualmente los datos obtenidos por los Departamentos Técnicos de Fiscalización, Economía y Control.

El Derecho de Minería es privado al ser incorporados los minerales dentro del patrimonio de los particulares y de su comercio jurídico nacen relaciones privadas entre los concesionarios y los terceros y entre los propios concesionarios (48). El C. de M. ofrece varias remisiones al derecho común: Art. 167º: *Los contratos mineros en todo lo relativo a su forma y requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, y a la capacidad de los contratantes, se regirán por las reglas generales del derecho común en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código.* Art. 172º: *No hay rescisión por causa de lesión en estos contratos, cualquiera que sea la forma de enajenación. Procede el retracto en los casos de los incisos 1º, 2º, 4º, y 6º del artículo 1450º del Código Civil y en el de los artículos 183º, 189º y 217º de este Código.* Art. 208º: *En el caso de incumplimiento de la obligación de pago que incumbe al deudor, se procederá a la venta de la prenda en la forma establecida en la segunda parte del artículo 318º del Código de Comercio, con cuyo objeto el Juez ordenará la entrega del bien materia de la prenda dentro del plazo que señale y que no podrá ser mayor de quince días, bajo la responsabilidad penal que afecte al deudor como depositario. Y si el deudor no entrega la prenda no obstante el apremio anterior, el Juez podrá ordenar su extracción o su depósito en poder de terceros, a solicitud del acreedor.* Art. 211º: *La compañía es minera cuando tenga alguno de los objetos establecidos en el Título II del Capítulo I de este Código. Se regirán por lo convenido en las escrituras constitutivas y/o en sus estatutos, siempre que sus disposiciones estén de acuerdo con el régimen legal que establecen este Código y el Código de Comercio, según su naturaleza.*

* El Derecho Civil y el Comercial son pues fuentes supletorias del Derecho de Minería como el derecho administrativo, aunque advierto que la concurrencia del derecho privado y el

público origina en algunos casos, difíciles problemas de interpretación (49).

Autonomía.— El Derecho de Minería es un derecho especial que goza de autonomía. Tiene orientación propia y está formado por un conjunto de preceptos distintos a los del derecho común, numerosos y homogéneos que permiten su fácil identificación e individualización. Derivado del derecho general a él recurre para suplir omisiones y la interpretación (50).

La importancia de los productos minerales que ha inducido a que los legisladores confieran el carácter de utilidad pública a la industria minera (51); las características singulares de esta industria (extractiva, destructiva, aleatoria y exigencia de inversiones cuantiosas); y, la índole de los trabajos mineros que exponen al personal a peligros constantes, ameritan la constitución de un complejo normativo especial y autónomo cuyo objeto sea regular las actividades derivadas del ejercicio de la industria minera. Amén de lo dicho, el Derecho de Minería goza en el Perú de autonomía legislativa puesto que disponemos de Código de Minería y Ley de Petróleo (52).

(49) La relación de subordinación que tiene el Derecho de Minería al Derecho Civil no debe considerarse de tal naturaleza que obligue a aplicar las reglas comunes que el derecho especial no ha derogado expresamente, pero que repugnan al espíritu de este derecho. — P. 6 — SOLF y MUÑOZ — Ob. cit.

(50) Si se clasificaran como ramas primarias del ordenamiento jurídico aquellas integradas por normas de una misma naturaleza que en función de esa afinidad son separables en sectores claramente definidos (Derechos Civil, Comercial y Administrativo), podría decirse que son ramas secundarias aquellas que, integradas por normas tomadas de una o varias de las primarias, llegan sin embargo a constituirse con una autonomía tal que es posible separarlas en sectores igualmente definidos como el Derecho de Minería. P. 29 — MIGUEL C. ROMERO ALMENDRAS — Los Derechos Subjetivos de Minería y el Problema de su Protección Jurisdiccional — Tesis. Lima, 1963.

(51) Art. 19 C. de M. — Art. 29 L. de P. — La exploración y la explotación del petróleo y de los hidrocarburos análogos, su manufactura, refinación, transporte y almacenamiento son de utilidad pública.

(52) La Legislación petrolera acusa cierta tendencia aparente a constituirse en derecho especial, ya que en el caso particular de la Ley 11780 no existen remisiones al Código de Minería, aunque por supuesto se nutre de los conceptos propios del Derecho de Minería y por lo mismo no puede considerarse que ha nacido un derecho del petróleo. De ahí mi opinión que la denominación acertada del curso ha de ser la de Derecho de Minería, que en el Perú se exterioriza en dos textos legales fundamentales: Código de Minería y Ley de Petróleo o sea lo que llamamos minería común y minería de petróleo.

Opinión predominante pareció ser la que aceptando por un lado la identidad de naturaleza jurídica de las concesiones de petróleo con las de otras sustancias y aceptando igualmente sus características especiales en el orden político y económico, sugería que el régimen legal del petróleo podría haber sido incorporado al Código de Minería dentro de un título especial. — P. 7 — Síntesis del cursillo sobre el Código de Minería — Revista de Derecho Minero — Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo — N° 6. Lima, 1956.

Relaciones.— Pienso que es tarea superflua enumerar las vinculaciones del Derecho de Minería con otras disciplinas jurídicas porque obviamente las hay desde que se trata de complejos cuyas normas poseen la misma naturaleza. Cabría sí puntualizar una más estrecha relación con los derechos administrativo, civil y comercial. Fuera del campo jurídico guarda relaciones inmediatas con la economía y la política por las razones ya mencionadas al destacar la importancia de la industria minera. También mantiene relaciones con las ciencias físicas y naturales.

4º — EVOLUCION HISTORICA DE LA LEGISLACION MINERA EN EL PERU.

Expondré una visión panorámica hasta culminar con el Código de Minería y Ley de Petróleo vigentes. Para ello me atengo a la clásica división de nuestra historia: Incanato, Colonia y República.

Incanato.— No existe texto legal alguno de esta época. Conocemos por diversas fuentes: Que los antiguos peruanos usaron metales como el cobre, plata, oro, estaño, plomo y otros; que elaboraron bronce; que fueron excelentes metalurgistas; que la explotación minera tuvo fines suntuarios, guerreros y útiles pero no económicos; que los yacimientos pertenecieron al Inca; y, que podemos creer con fundamento que regía para la minería un sistema análogo al del cultivo de la tierra (53).

Colonia.— La legislación minera española tendría su punto de partida en el Fuero Viejo de Castilla (1138), al que siguen: las Partidas (1256), Ordenamiento de Alcalá (1348), Ordenamiento de Birbiesca (1387) y las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1487).

(53) Es cierto que el Inca designaba las minas metalíferas que deberían trabajarse por su exclusiva cuenta para la ornamentación de templos, palacios y elaboración de alhajas y vajilla de la corte. En estos trabajos prestaban los pueblos el servicio personal organizado por el sistema de mitas. Pero también hay motivos para asegurar que aquellas minas y lavaderos tan abundantes en el territorio que el Inca no reservaba para su provecho, se explotaban por los curacas o dejaban al aprovechamiento común de las poblaciones o ayllus —P. 15 — Carlos E. VELARDE — Historia del Derecho de Minería Hispano Americano. Buenos Aires, 1919.

Con las Ordenanzas Antiguas de FELIPE II, expedidas en Valladolid el año 1559, cabe afirmar sin temor a objeción alguna, que todos los yacimientos, sea cual fuere su ubicación, eran propiedad de la Corona. Posteriormente son promulgadas, dentro de la misma orientación: La Nueva Recopilación de Castilla (1567), que comprende las disposiciones mineras desde el Ordenamiento de Alcalá; las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno o San Lorenzo (1584), de FELIPE II; las leyes sobre el carbón (1780, 1789, 1790, 1792 y 1793), durante los reinados de CARLOS III y CARLOS IV; y, la Novísima Recopilación de Castilla (1805).

La Conquista del Perú como es natural, dió lugar a que se dictaran disposiciones especiales, si bien como glosa CANO (54) la vigencia de las leyes metropolitanas (Leyes de Castilla) e indianas, se superpuso a menudo en el tiempo y en el espacio porque en el sistema español las leyes nuevas no eran derogatorias de las anteriores, las que a veces incluían en sus textos.

La imposición del dominio español no significó cambio en cuanto al sistema de dominio originario hubo sólo variación respecto al titular de ese dominio: el Inca fue sustituido por el Rey español. La Corona española asumió pues la función legislativa que tiene sus primeras expresiones en la Real Orden de 9 de diciembre de 1526 y la Capitulación de Toledo otorgada por la Reina doña JUANA a PIZARRO el 16 de julio de 1529 (55).

Durante el Virreynato se promulgaron: Las Ordenanzas del Virrey Francisco de TOLEDO (1574) que primero rigen en los distritos mineros de Potosí, Posco y Berenguela, extendiéndose luego a todos los dominios, especialmente al Perú, Chile y Río de la Plata. La Recopilación de las Leyes de Indias (1680) que reunió todas las disposiciones dictadas para las Colonias. Las Ordenanzas del Perú (1683) del Virrey Melchor de NAVARRA y ROCAFULL, Duque de la Palata, compiladas por Tomás de BALLESTEROS (56).

(54) P. LXXI — Código de Minería de la República Argentina — Guillermo J. CANO. Tomo I. Buenos Aires, 1944.

(55) Por supuesto que desde el descubrimiento de América fueron dictadas disposiciones especiales como la Cédula de los Reyes Católicos de 5 - 2 - 504. Además se citan las Ordenanzas de 1538 elaboradas por el Cabildo de Lima durante el Gobierno de Francisco PIZARRO (de aplicación local) y las Ordenanzas del Pacificador LA GASCA de 1549. — P. 75 — ROMERO ALMENDRAS. — Ob. cit.

(56) Estas Ordenanzas comprendían: las Ordenanzas de Toledo, las Ordenanzas del Virrey Marqués de Cañete (1593), las añadiduras y modificaciones efectuadas por Juan DIAZ DE LUPIDANA (1598) con aprobación del Virrey Luis de VELASCO, las Ordenanzas del Virrey Luis de VELASCO (1602), las Ordenes y Provisiones dictadas por los Virreyes y Reales Cédulas que alcanzan hasta 1630. — P. 58 — VELARDE. — Ob. cit.

La Real Cédula de 8 de diciembre de 1785 ordenó aplicaran en el Perú las Ordenanzas de Nueva España o Méjico, encargándose a don Jorge ESCOBEDO y ALARCÓN, Superintendente de la Real Hacienda, su adaptación a la realidad peruana (las modificaciones fueron 56 denominándose Declaraciones de Jorge Escobedo). Se pusieron en vigencia el 1º de agosto de 1786.

República.— La emancipación no produjo cambios sustanciales en la legislación minera y el nuevo Estado sería el dueño originario de los yacimientos. Es así que el Reglamento Provisional de Huaura, promulgado por SAN MARTÍN el 12 de febrero de 1821, dispuso en el art. 18º que: *Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia, con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados o abrogados por autoridad competente.* Y el Estatuto Provisional (8 - 10 - 21) en la Sección Última, art. 1º: *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 o declaraciones que se expiden por el actual gobierno.* Por consiguiente, permanecieron vigentes las Ordenanzas de Minería de Nueva España, lo que fue ratificado por decreto de Bolívar el 20 de julio de 1824, cuyo art. 13º decía: *Todas las diputaciones territoriales del Estado se arreglarán a las actuales Ordenanzas de Minería y a los decretos que bajo el Gobierno independiente se hubiesen expedido, en todo aquello que no se oponga a este Decreto, cuyo exacto cumplimiento se les encarga, mientras el Congreso sanciona la ley reglamentaria de este ramo.*

Las Ordenanzas de Minería de Nueva España regularon la actividad minera hasta el año 1900, que se promulgó el primer Código de Minería, cuyo alumbramiento estuvo sometido a un difícil proceso de gestación. El año 1826 fue designada la primera Comisión, que no cumplió su cometido y luego siguen una serie de tentativas infructuosas: 1837, se ordenó al Prefecto de Junín nombrara una Comisión; 1847, una ley dispuso que la Comisión encargada de redactar los Códigos Civiles hiciese uno de Minas; 1858, aparece el proyecto de Juan Gualberto VALDIVIA, FRANCISCO MORENO y MIGUEL DAMIÁN IMAÑA; 1862, se conoce otro proyecto atribuido a JOSÉ MANUEL OSORES; 1888,

publican el proyecto de Leonardo PFLUCKER y RICO, Alberto ELMORE, Eduardo HABICH y Ramón RIBEYRO; 1893, sale a la luz el proyecto de Federico MORENO; 1896, fue promulgada la autorización legislativa que le permitía al Poder Ejecutivo dictar el Código de Minería, tomando como base los proyectos formulados por Federico MORENO y los comisionados PFLUCKER, HABICH, RIBEYRO y ELMORE, con las modificaciones que fueren convenientes; 1897, el Gobierno encargó esa labor a la Sociedad Nacional de Minería que presentó el proyecto respectivo y pasó a estudio de Luis Felipe VILLARÁN, Pedro REMY y Alcides LLONA; 1899, es publicado otro proyecto del Ministro de Fomento; 1900, la Sociedad Nacional de Minería presentó un segundo proyecto que fue remitido a una comisión integrada por Enrique CORONEL ZEGARRA, José BALTA, Alberto ELMORE, Leonardo PFLUCKER y RICO, José María de la Torre, Alejandro GARLAND y Juan TORRICO y MEZA, quienes hicieron diversas enmiendas; y, por fin el 6 de julio de 1900, el Presidente de la República don Eduardo L. de ROMANA, aprobó el Código de Minería que comenzó a regir desde el 1º de enero de 1901.

¹ Durante la vigencia del Código de 1900 se dictaron leyes, decretos y resoluciones en tal cantidad que complicaron enormemente el mecanismo legal, brotando imperiosa la necesidad de elaborar un nuevo Código. Por Resoluciones Supremas de 13 de setiembre de 1929 y 14 de noviembre de 1930 se nombró una Comisión presidida por el Dr. Raúl NORIEGA e integrada por los Ingenieros Carlos PORTELLA, Luis F. DÍAZ y Artidoro ALVARADO GARRIDO, que presentó un anteproyecto el 4 de diciembre de 1934, el cual fue sometido a revisión del Consejo Superior de Minería y Petróleo y luego (8 - 4 - 36) remitido al Congreso como proyecto de ley del Ejecutivo. La Cámara de Diputados acordó fuera contemplada la conveniencia de incluir en esa Ley todas las disposiciones mineras y devolvió el proyecto. Por Resolución Suprema de 18 de mayo de 1940, se modificó la conformación de la Comisión NORIEGA y por resolución de 29 de agosto de 1945, la integraron nuevos miembros a fin de revisar el proyecto. La Comisión no tuvo ocasión de actuar porque la Cámara de Diputados nombró otra Comisión con representantes de los tres Poderes del Estado, que no cumplió.

No hubo otra tentativa hasta el 22 de agosto de 1949, que designaron una Comisión presidida por el Ingeniero Mario SAMAME BOGGIO y compuesta por los doctores Saníel CHÁVARRI

BURGA y José ROCHA FERNANDINI, con la misión de revisar y concordar el anteproyecto presentado por la Comisión NORIEGA (aprobado por el Consejo Superior de Minería y Petróleo) y las disposiciones legales vigentes. El 21 de enero de 1950, la Comisión entregó al Ministro de Fomento y Obras Públicas el anteproyecto respectivo, que revisaron diversas entidades y particulares, pasando sus observaciones a estudio de la Comisión que presentó el proyecto definitivo el 15 de abril de 1950, promulgándose por Decreto - Ley N° 11357, de 12 de mayo de 1950 para regir a partir del 1° de julio del mismo año.

Por lo que toca a la legislación petrolera sus antecedentes son los mismos hasta el 28 de abril de 1873, que se dictó una ley especial para el carbón de piedra y petróleo, disponiéndose en el art. 1° que a falta de disposición expresa debía recurrirse a las Ordenanzas de Minería. El 2 de enero de 1922, se promulgó la Ley N° 4452, destinada a regular la explotación de los yacimientos de petróleo e hidrocarburos análogos, que continúa vigente para las concesiones de la Compañía Petrolera Lobitos. Esta ley mantiene su vinculación con la minería común a través del inc. b), art. 18°, inc. b), art. 26°, art. 30° y art. 41; e inc. b), art. 43° (57). El 15 de abril de 1937, se dictó la Ley N° 8527 (complementaria) especial para los yacimientos petrolíferos de la Montaña, que en concurrencia con la anterior rige las actividades de la Compañía Petrolera Ganso Azul (58). Años después fue promulgada la Ley N° 11780, de 12 de mayo de 1952, que norma la minería de petróleo, (salvo las excepciones señaladas) y se desvincula por completo de la minería común. La International Petroleum Company goza de una situación singular, pues continúa detentando los yacimientos de la Brea y Pa-

(57) Art. 18° Inc. b) — Se abonará como canon anual de exploración por pertenencia en la costa un sol; cuarenta centavos en la sierra y veinte centavos en la montaña, por semestres vencidos; en la misma forma y con sujeción a las multas que se establecen al respecto en el Código de Minería y la Ley N° 1435. Art. 26° — Las concesiones de explotación caducan: inc. b) — Por falta de pago del canon en tres semestres consecutivos, de conformidad con lo que dispone la Ley N° 1435.

Art. 30° — Rigen respecto al canon de superficie las disposiciones de la Ley N° 1435, cuyos plazos y multas no podrán alterarse.

Art. 41° — Los concesionarios de yacimientos gozarán de todas las franquicias otorgadas a los mineros por el Código de Minería y leyes especiales.

Art. 43° — Caducarán las concesiones de explotación: inc. b) — Por falta de pago del canon de superficie, observándose lo dispuesto en la Ley N° 1435.

(58) La Sociedad Ganso Azul está sometida a la Ley N° 4452, con excepción del canon superficial regulado por la ley N° 8527,

riñas a pesar que el Laudo de París de 24 de abril de 1922, ha sido declarado nulo por Ley N° 14696 de 6 de noviembre de 1963.

CAPITULO II

LOS YACIMIENTOS MINERALES

5º — DOMINIO ORIGINARIO DE LOS YACIMIENTOS MINERALES

Apreciación crítica de los sistemas que pretenden resolver el problema.— Art. 1º del C. de M.: *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.*

El dispositivo acotado trata tres cuestiones: El dominio originario de los yacimientos minerales, pues declara que los minerales son bienes de propiedad del Estado; los derechos legalmente adquiridos y la utilidad pública de la industria minera.

CATALANO (1) define el dominio originario como aquel que pertenece desde su origen a una persona (Estado o particulares) y no reconoce titular anterior, a diferencia del dominio derivado que reconoce la preexistencia de otro titular. En consecuencia, mi propósito es determinar a quién pertenecen originariamente los yacimientos. La doctrina y las legislaciones han elaborado soluciones diversas, denominadas sistemas, que he clasificado en tres grupos, desde un punto de vista teórico: A) Sistema que adjudica los yacimientos al propietario del terreno superficial. B) Sistemas que declaran los yacimientos cosas de nadie. C) Sistemas que adjudican los yacimientos al Estado. Ahora bien, desde el punto de vista de la realidad legislativa, los sistemas quedan reducidos a dos grupos: A) y C), lo que aclararé más adelante.

La lectura de las obras que estudian el tema origina de primera intención, una gran confusión en el lector, debido al nú-

(1) P. 23 — Ob. cit.

mero de sistemas descritos, a las diferentes versiones sobre un mismo sistema y las reglas comunes de los propios sistemas. De otro lado, al revisar la legislación comparada comprobamos que se han tomado reglas de distintos sistemas porque se atiende a lo más conveniente para el país. Este panorama me obliga a plantear el problema del dominio originario de acuerdo con las posibilidades actuales. Pienso que su contenido, para distinguir las soluciones, está circunscrito a cuatro puntos esenciales: El dueño originario de los yacimientos (punto principal del cual dependen los siguientes); la separación de los elementos superficie y yacimiento; la participación de la empresa privada en la industria minera; y, el aprovechamiento directo por el Estado de la riqueza mineral.

En tal virtud, describiré y comentaré los sistemas citados en la doctrina y luego resumiéndolos me referiré a los 4 puntos anotados, aunque en ese momento la denominación de sistema resulte inadecuada, pues sugeriré un contenido más amplio del que le asigno, pero que indudablemente armoniza mejor con la realidad legislativa.

A) *Sistema que adjudica los yacimientos minerales al propietario de la superficie.*— Lo representa el sistema de accesión o fundiario (fundus: heredad), que atribuye al propietario superficial, por razón de su título de dominio y aplicación del principio de accesión, la propiedad del yacimiento o yacimientos que se encuentran dentro de su heredad, constituyendo los elementos superficie y yacimiento una unidad. De modo, que al propietario de la superficie le corresponde el yacimiento porque es un elemento accesorio y aplicamos la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Según sus seguidores el sistema reposa en el derecho natural (2).

Este sistema imperó en Roma, ejerció notable influencia en la Edad Media, habiendo sido aceptado y defendido en la Edad Moderna por los fisiócratas como QUESNAY y MERCIER de la RIVIERE (3) que consideraban a la tierra como fuente de todas las riquezas.

El sistema de accesión no responde a las necesidades de la industria minera y teóricamente no concuerda con el concepto

(2) Por derecho natural los yacimientos que existen en un terreno forman parte de éste y pertenecen al propietario, como la hierba y los cultivos. — P. 24 — CATALANO — Ob. cit.

(3) También pueden mencionarse entre los adherentes a SMITH, SAY, LEFEBRE DE LA PLANCHE, DESNOYER, JOVELLANOS y SANCHEZ ROMAN.

actual del derecho de propiedad. A pesar de los esfuerzos de sus partidarios no han podido demostrar porqué razón el título de dominio lo convierte al propietario territorial en dueño del yacimiento y porqué debe aplicarse la figura de la accesión, constituyendo una unidad la superficie y el yacimiento. La realidad que vivimos, la naturaleza de las cosas, nos muestran que suelo y yacimiento son elementos distintos, susceptibles de pertenecer a propietarios diferentes y explotarse simultáneamente. El yacimiento no es un elemento accesorio de la superficie y no tiene porqué seguir su suerte. No existe criterio científico alguno que permita establecer la calidad de accesorio sea para el yacimiento o para la superficie. La razón es simple, son bienes distintos sujetos a regímenes propios que originan actividades económicas diversas. Tampoco puede sostenerse la calidad de accesorio desde un punto de vista económico, pues los yacimientos representan muchas veces un elemento más valioso que el suelo.

En relación con el pretendido fundamento del sistema, en primer lugar habría que ponerse de acuerdo sobre la existencia del derecho natural y en todo caso, aún admitiéndola, no descubrimos por ningún lado la norma que consagre el derecho del propietario de la superficie sobre el yacimiento. El propio derecho natural podría servirnos para sostener la tesis opuesta, basta con afirmar que por derecho natural le corresponde al Estado el dominio originario. El sistema de accesión es sólo una de las manifestaciones de la propiedad como derecho absoluto, concretada en el aforismo: *Qui dominus soli, dominus est coeli et inferorum*. No concuerda, por tanto, con el concepto actual del derecho de propiedad en función social.

Concluyendo, el sistema de accesión no ofrece una solución apropiada para el debido aprovechamiento de los minerales desde que une dos elementos disímiles: yacimiento y superficie, perjudicando el normal desenvolvimiento de la industria minera, que requiere gran libertad de acción. Sin embargo, este sistema se aplica todavía en algunos países, aunque la tendencia a suprimirlo es bastante acusada (4). Asimismo debe indicarse que

(4) Unión Sudafricana: El propietario superficial posee derechos sobre los minerales básicos, pero si no promueve actividades satisfactorias puede exigírsele tome las medidas apropiadas; la falta de cumplimiento faculta al Ministerio a efectuar ofertas o arrendos para catear. La Corona goza del dominio sobre las piedras preciosas. — Zanzíbar: Hay tierras en las que los derechos de la superficie y del subsuelo son una sola propiedad. Hay también tierras en que los derechos mineros pertenecen al Gobierno. Líbano: A pesar de que el propietario superficial tiene el derecho sobre las riquezas del subsuelo, es necesario siempre una concesión gubernativa para explotarlos. — Cellán: Constituyen una unidad

numerosas legislaciones aplican el sistema a ciertas sustancias (materiales de construcción y similares) a fin de evitar conflictos con el superficiario, teniendo presente el interés agrícola que en estos casos prima sobre el minero, pero por lo común con limitaciones que permiten al Estado intervenir para impedir la inmovilización de la riqueza (5).

B) *Sistemas que declaran a los yacimientos cosas de nadie.*— Son: Ocupación, *res nullius*, *neo regalista* y libertad de minas.

Ocupación.— Dos son los principios fundamentales de este sistema: La separación de suelo y yacimiento como elementos diferentes susceptibles de pertenecer a personas distintas y, que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al Estado. TURGOT formuló el sistema en las memorias sobre Minas y Canteras que presentó como Intendente de Limoges (6). Los enciclopedistas (Siglo XVIII) acogieron la idea de TURGOT apoyándola en el trabajo, fuente de la riqueza y verdadero origen de la propiedad. Este sistema, tal como lo concibió TURGOT, no alcanzó fueros de ciudadanía en la legislación (7).

El sistema de ocupación con el correr del tiempo, va amoldándose a la realidad, haciendo suyas o formulando diversas nor-

suelo y yacimiento. — Borneo Británico (Borneo del Norte): Los derechos mineros en tierras que no son de la Corona se obtienen por negociación directa con el propietario superficial. — Nueva Zelandia: A partir de 1873 los otorgamientos de tierras excluyeron los minerales, salvo que fueran incluidos de modo expreso. — Islandia: *Idem* Cella. — Suecia: Rige la accesión en las minas que fueron abiertas antes de la Ley de 1938. — Gran Bretaña: En general los minerales son del superficiario pero con importantes excepciones, como el carbón. — Estados Unidos: Generalmente el patrimonio mineral es parte del patrimonio de la superficie y se transmite con éste a menos que se divida. — Bélgica: El propietario superficial tiene preferencia si su área de superficie es lo bastante amplia para efectuar una explotación ventajosa. — Sumario de las Leyes sobre Minería y Petróleo del Mundo. — Ob. cit.

(5) Canadá, Argentina, Paraguay, Uruguay, Egipto, Etiopía, Liberia, Irán, Laos, Vietnam, Nueva Caledonia, República Federal Alemana, Austria, Italia, Portugal, Angola, Mozambique, Guinea Portuguesa, Timor, Costa Rica, El Salvador, Haití, Suiza, Francia, República Centro-Africana, Bolivia (según el uso y costumbre de los lugares se aplica la accesión o la ocupación), Chile, Venezuela y Guatemala. — Sumario de las Leyes... — Ob. cit.

(6) Las reglas de TURGOT eran: 1º — Todo individuo tiene derecho para excavar la tierra en su propio campo. 2º — Nadie tiene derecho a hacer excavaciones en campo ajeno sin el consentimiento del dueño. 3º — Es lícito a toda persona abrir galerías bajo el terreno de otro siempre que tome las precauciones necesarias para garantizar a la propiedad de todo daño. 4º — El que en uso de esta libertad hubiere minado debajo de sus tierras o de las ajenas se ha hecho propietario a título de primer ocupante de las obras que ha realizado bajo tierra y las sustancias que ha extraído, pero sin adquirir nada más. — P. 62 — CANO. — Ob. cit. Su fundamento era el derecho natural.

(7) VIVACQUA escribe que la teoría de TURGOT surge en oposición al sistema de accesión defendido en la Asamblea Constituyente por H. LAMMERVILLE y otros diputados de la Legislatura de 1789. — Págs. 466 y 467 — Ob. cit.

mas: Derecho del descubridor a que se le otorgue el yacimiento, siempre que ponga en conocimiento de las autoridades competentes el hecho del descubrimiento (denuncio); presumir descubridor a quién primero se apersona ante la autoridad (regla de la prioridad); obligación de respetar el suelo, plantaciones, edificios etc., (responsabilidad); posibilidad de recurrir a la expropiación (utilidad pública); y derecho del Estado para participar en la riqueza mineral (tributación) (8).

El error básico del sistema consiste en declarar que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie. Como consecuencia inmediata de esta declaración el Estado en el mejor de los casos, está colocado al mismo nivel que los particulares, no goza de derecho especial alguno sobre los minerales y quedan trabadas sus posibilidades de explotarlos directamente. Dada la importancia de la industria minera, resulta imprescindible que el Estado despliegue una amplia actividad en este campo, lo que conduce a la explotación directa de los minerales. En nuestros días, el Estado incursiona por todos los sectores de la actividad económica. No es lógico ni conveniente, que la riqueza mineral esté fuera del dominio estatal. Además, al afirmarse que los yacimientos originariamente carecen de dueño, se sostiene que son de todos, de la colectividad y el legítimo representante de la colectividad es el Estado. El sistema es pues inaceptable (9). Por otra parte, la cuestión no tiene importancia práctica porque las legislaciones de esta época no consignan una regla declarando que los yacimientos son cosas de nadie y en aquellas que no contienen declaración expresa sobre el dominio originario, el Estado actúa como dueño originario de los yacimientos.

Empero, debo puntualizar que en ciertas legislaciones, la ocupación (apropiación) es un modo de adquirir minerales (10).

(8) La aplicación real del sistema es la ocupación pero resulta inaceptable dentro de la organización de un Estado por los complejos problemas que origina, de ahí que adopte las modalidades del descubrimiento o invención o del primer peticionario que exigen la intervención de la autoridad. El descubrimiento es un acto privado de difícil comprobación. La adjudicación al primer peticionario es conveniente, parte de la presunción, es el caso normal, de que este peticionario es el descubridor del yacimiento. Ambas modalidades concuerdan que para tener derecho al yacimiento se requiere la concesión gubernativa.— P. 10 — SOLF y MUÑOZ. — Ob. Cit.

(9) Ni los intereses generales ni la riqueza pública pueden considerarse cosas sin dueño. Riqueza pública e intereses generales quieren decir riqueza e intereses de la Nación. — P. 54 — CANO — Ob. Cit.

(10) Argentina: Se destinan al aprovechamiento común las arenas metalíferas y piedras preciosas que se encuentran en el lecho de los ríos, aguas corrientes y los placeres; y, los

Res nullius — Exhibe los dos principios fundamentales del anterior: La separación de suelo y yacimiento mineral y la declaración de que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al Estado. Este sistema fue propugnado por DALLOZ, NAUDIER, BIOT, PAGANO, CHEVALIER, DI STÉFANO, CALLEGARI y otros. Su escuela fue la ley francesa de 1810 (11).

La diferencia del sistema *res nullius* con el de ocupación estriba en que el Estado (*res nullius*) actúa como titular de la riqueza pública y otorga derechos sobre los yacimientos a las personas que reúnen las mejores condiciones para llevar a cabo una explotación conveniente, pudiendo fijar plazos y condiciones.

El sistema presenta los mismos defectos ya anotados para el de ocupación, criticándose además por algunos autores, la forma de otorgar la concesión que puede originar abusos y corrupciones ya que los mineros dependerían de la honradez y buen criterio de los funcionarios, despojándose también al descubridor de un legítimo derecho; peligros que en opinión de otros, se remediarían con la licitación pública e indemnización al descubridor (12).

Neo regalista — Los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al Estado, pero éste tiene sobre todo el territorio y cosas que en él se hallan un dominio eminente que le autoriza a intervenir en la industria minera, concediendo los yacimientos, imponiendo tributos y vigilando la explotación. Por supuesto, son elementos distintos la superficie y el yacimiento. Algunos autores denominan a este sistema "regalista" sin advertir que en la evolución histórica del clásico sistema regalista hay dos etapas, que explicaré más adelante. Por ahora, basta

desmontes, relaves y escoriales cuya fuente de origen ha sido abandonada. — Honduras: Las piedras preciosas y los metales que se encuentren aislados en estado natural, sobre la superficie del suelo en terreno abierto, pertenecen al primer ocupante. — Bolivia: Las canteras son de aprovechamiento común o del propietario del suelo según el uso y costumbre de los lugares. — Ecuador: Los materiales de construcción son utilizables para explotación común. — Mozambique: Los depósitos aluviales en los lechos de los ríos o sobre la costa del mar pueden ser extraídos sin una concesión en caso de no ser por más de dos personas que usen maquinaria móvil. — Sumario de las Leyes... — Ob. Cit.

(11) P. 31 — CATALANO — Ob. cit. — ISAY describe un sistema muy semejante que denomina sistema de la concesión. — P. 25 — Rudolf ISAY — *Le Droit Minier des Principaux Etats Civilisés* — París — 1930.

(12) PUYUELO confunde los sistemas de ocupación y *res nullius*, citando como sistemas clásicos los de accesión, ocupación y regalista. — Págs. 6 y sgtes. — Ob. Cit. — MONSALVE identifica también los sistemas de ocupación y *res nullius*, considerando sólo los sistemas de accesión, *res nullis* y regalista. — P. 59 — Ezequiel MONSALVE CASADO — *Manuel de Ciencia Jurídico-Minera* — Buenos Aires — 1947.

comprobar que como lo he descrito aparece semejante a los anteriores.

Libertad de Minas.— RUIZ BOURGEOIS (13) lo define como aquel donde el Estado ejerce el dominio originario de los yacimientos con el fin de justificar el otorgamiento que hace de los mismos a los particulares que cumplan con los requisitos que fija la ley en interés de la colectividad. El Estado tiene una propiedad eminente o virtual que sólo lo faculta para otorgar los más amplios derechos a aquellos que han cumplido requisitos legales especiales. Aclara URIBE (14) que el yacimiento antes de ser descubierto no pertenece a nadie.

La descripción de los sistemas que integran este grupo convence definitivamente sobre la confusión que existe en torno al problema que nos preocupa. Los sistemas se entrecruzan por las reglas comunes apartándose por las normas distintas, productos de diversas realidades. Las interpretaciones son divergentes. Parecería que la doctrina ha tenido el prurito de complicar este asunto a punto tal que es difícil orientarse. Por ello y en armonía con mi planteamiento inicial, resumo los sistemas de este grupo en uno que denomino *res nullius*, por cuanto sugiere a cabalidad, la norma básica de que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie. Este sistema separa los elementos superficie y yacimiento (punto de partida de la autonomía del Derecho de Minería). Permite la libre empresa, reconociendo los derechos mineros mediante medios como la simple ocupación o la concesión; esta última puede otorgar el derecho al descubridor o inventor, al primer peticionario (se presume sea el descubridor) o a quién reúna las mejores condiciones para efectuar una explotación provechosa. Y, coloca al Estado en la misma situación que los particulares para la explotación directa de los yacimientos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la realidad legislativa carece de relevancia este sistema *res nullius*, por cuanto, co-

(13) P. 32 — Ob. Cit.

(14) P. 33 — Ob. Cit.

COUCHEPIN piensa que en sentido estricto es la libertad de explorar sobre los fundos de otros. En sentido extensivo es la libertad de explorar y explotar yacimientos sobre fundos de otros con la reserva de los derechos del Estado. Es probable, dice el autor, que el origen de esta libertad minera resida en la intervención del Estado. Que su origen sea románico o germánico, la libertad minera parece una primera victoria para el Estado sobre los derechos del propietario del suelo siendo posible reconocer que existía ya en el derecho romano. — P. 10 — Ob. Cit.

mo ya lo dije, las legislaciones no declaran a los yacimientos cosas de nadie y en las que no muestran una declaración sobre el dominio originario el Estado actúa como dueño originario de los yacimientos (grupo C), de tal manera que hoy día no existe legislación afiliada a este sistema.

C) *Sistemas que adjudican los yacimientos minerales al Estado.*— Son: Regalista, dominialista, señorío del Estado, socialización, nacionalización, sindicalista, reserva estatal y adjudicación en pública subasta.

Regalista.— Deriva de la regalía (*regalis: regio*) del soberano, es decir de aquella preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa, que en virtud de suprema autoridad y potestad ejerce un soberano. La mayoría de los autores le atribuyen a los derechos regalianos una índole fiscal, que con el transcurso de los años adquiere en el campo minero los contornos de un sistema destinado a regular el destino de la riqueza mineral (15).

Este sistema arranca también de la diferencia entre suelo y yacimiento. La propiedad de los yacimientos corresponde al Estado, siendo libre de intentar directamente la explotación o de otorgar derechos a los particulares a través de concesiones o contratos que trasmitan la propiedad de los yacimientos o sólo el usufructo u otro derecho, según lo disponga la ley.

Los autores discrepan respecto a la noción de este sistema. Para CATALANO, el sistema regalista (como los de ocupación, *res nullius* y libertad de minas) declara que los yacimientos origi-

(15) Para unos, los derechos regalianos serían el resultado de un error, de un contrasentido histórico, el hábito de imponer impuestos a los yacimientos, que no eran otros que impuestos especiales de carácter administrativo derivados del derecho romano, que dejan poco a poco implantada la idea de un impuesto al propietario y derechos privados del soberano sobre los yacimientos. Para otros, no es más que la consecuencia lógica de una época del derecho germánico en que los impuestos al soberano y al propietario se confundían. — P. 10 — COUCHEPIN — Ob. Cit.

A partir del siglo IV en Roma, con la extensión de las conquistas parecen cambiar los principios, el subsuelo adquiere cierta autonomía, por lo menos en tierras públicas y nace un derecho a favor del Estado que más tarde se llamará regaliano, consagrado por las constituciones imperiales de TEODOSIANO y JUSTINIANO. — P. 35 — CATALANO — Ob. Cit.

El Estatuto del Obispado de Trento (1185), considerado como una de las primeras manifestaciones legislativas proclama el dominio episcopal sobre los yacimientos mediante el pago de una regalía. — P. 407 — VIVACQUA — Ob. Cit.

La concentración de un número de iura regalia en manos del soberano sentó las bases para la organización del poder absoluto del Estado. — P. 275 — Fritz FLEINER — Instituciones del Derecho Administrativo. — Madrid — 1933.

nariamente no pertenecen a nadie, pero el Estado tiene sobre todas las cosas ubicadas en el territorio una especie de dominio llamado eminente o radical que debe distinguirse cuidadosamente de su dominio patrimonial. En virtud de ese dominio eminente el Estado se reserva el derecho de regular el destino de la riqueza minera, la que si bien no le pertenece jurídica y patrimonialmente, cae bajo su control en virtud de la soberanía. En síntesis, dice CATALANO, el Estado ejerce sobre los yacimientos un privilegio que por su remoto origen real es llamado regalismo y en virtud del cual como representante de los intereses públicos, distribuye o concede los yacimientos, vigila la concesión y puede imponer tributos, cargas y participaciones (16). RUIZ BOURGEOIS por el contrario sostiene que en el sistema regalista el Estado es dueño absoluto de todos los yacimientos, quien puede enajenarlos, arrendarlos, trabajarlos o ejecutar cualquier acto de dominio sobre ellos (17).

La causa de la divergencia se descubre dentro del proceso histórico, en el conflicto ya mencionado (P. 3 - Cap. I del Programa) entre el interés individual (propietario superficial) y el social (Estado). Paulatinamente el Estado asume derechos más amplios sobre los yacimientos, concretándolos por medio de las regalías, que con el tiempo toman perfiles propios constituyendo un sistema que atribuía al soberano el dominio originario y alcanza máxima aceptación en las monarquías absolutas, los yacimientos formarán parte del patrimonio del monarca. La Revolución Francesa trae consigo el triunfo de la burguesía y una concepción individualista de la vida. Cambia el sujeto de la soberanía del Rey a la Nación. Ante la situación planteada que entraña el resurgimiento de los derechos del propietario superficial, en un intento de contemplar estos derechos y los de la colectividad, son creados los sistemas de transacción: ocupación y *res nullius*. Escribe VIVACQUA (18) que la reacción contra el pasado no permitía la consagración del dominio estatal sobre los yacimientos porque subsistía la intolerable remi-

(16) P. 31 — Ob. Cit. — Lo mismo MOLINA (P. 24 — Ob. Cit.), A. PEREZ LLAMA (P. 16 — Compendio de Derecho de Minería y de la Energía — Santa Fe — 1957), PERSONNAZ (P. 11 — Ob. Cit.) y RUSSO (P. 2 — Ob. Cit.).

(17) P. 6 — Ob. Cit. — En esta misma corriente: COUCHEPIN (P. 6 — Ob. Cit.), Antonio LANCIS Y SANCHEZ (P. 303 — Derecho Administrativo — La Habana — 1945), URIBE (P. 30 — Ob. Cit.), F. SA FILHO (P. 42 — A Propriedade das Minas na Doutrina e na Legislação — Revista Forense — Vol. XCV — Año XL — Rio — 1943).

(18) P. 464 — Ob. Cit.

niscencia de la monarquía. Mas, por otro lado, ceder esas riquezas al dueño de la superficie en nombre del derecho de propiedad, constituía un beneficio excesivo y un perjuicio público. De ahí, que los juristas y economistas imaginaran los yacimientos como cosas sin dueño, cuyo goce y propiedad otorgaría a los particulares el Poder Público. Por esta vía se procura atender a la libertad económica, sin violación aparente o formal del derecho individual derivado de la accesión y asimismo sin reconocer ostensiblemente el derecho dominial del Estado.

El sistema regalista no escapó a la corriente transformándose de un sistema que reclamaba el dominio originario para el Estado, en otro que declaraba a los yacimientos cosas de nadie. El regalismo adquiere las características de los sistemas de ocupación y *res nullius* (19) perdiendo su fisonomía propia. Estas son las dos etapas del sistema regalista cuyo muro divisorio es la Revolución Francesa. He aquí el motivo por el que he juzgado necesario separarlas, denominando *regalismo* a la primera y *neo regalismo* a la segunda, para disipar un tanto la confusión.

Dominialista.— Los yacimientos pertenecen al Estado, forman parte de su patrimonio y quedan separados suelo y yacimiento. El Estado está capacitado para vender, arrendar, hipotecar, permutar, conceder o explotar los yacimientos por sí mismo (20).

Este sistema es semejante al regalista, razón por la cual algunos autores nos hablan del sistema regalista-dominialista, como si fuera uno solo (21). Lo que sucede es que al producir-

(19) VIVACQUA añade que las necesidades de la construcción teórica llevaron a los preconizadores del sistema regalista a desnaturalizarlo y darle como fundamento la concepción del sistema *res nullius*, pudiendo el Estado como entidad política soberana y representante de la colectividad y no como propietario conceder el yacimiento y fiscalizar su manejo. — P. 460 — Ob. Cit.

(20) La extensión y límites del dominio del Estado depende de las prescripciones de cada ley. El dominio del Estado será absoluto si puede vender, arrendar, hipotecar, permutar, conceder e inclusive explotar su patrimonio. Será relativo, si el Estado no puede explotar por sí los yacimientos, pero goza de las demás facultades indicadas. — P. 27 — CATALANO — Ob. Cit.

(21) En este sentido: ISAY (P. 24 — Ob. Cit.), Omar Aurelio BRAVO (P. 68 — Teorías sobre el Dominio de las Minas — Dominio y Jurisdicción del Subsuelo — Santa Fe — 1960), REAL (P. 19 — Ob. Cit.), Alberto VASQUEZ DEL MERCADO (P. 63 — Concesión Minera y Derechos Reales — México — 1946), Elías BEDRAN (P. 37 — A Mineracao á Luz do Direito Brasileiro — Vol. I — Rio — 1957), Isaias PACHECO JIMENEZ (P. 32 — Derecho Minero de Bolivia — La Paz — 1954), Humberto ARDUZ (P. 82 — La Propiedad de las Minas — Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales — Año VII — N° 14 — Dic. — Sucre — 1945), Eustorgio SARRIA (P. 190 — La Defensa del Patrimonio Colombiano — Universidad Nacional de Colombia — Revista Trimestral de Cultura Moderna — Mar. May. Bogotá — 1945).

se el cambio comentado del sistema regalista, ciertos tratadistas lo aceptaron pero consideraron indispensable formular un nuevo sistema que reemplazara al clásico regalista (22). Otros rechazaron la nueva denominación. MONSALVE sostiene que es una creación innecesaria y califica el término de extraño al léxico español, para él basta con la denominación regalista (23). Un elemento más de confusión.

Socialización.— Corresponde a una organización socialista, lo que entraña la socialización de todos los medios de producción, atribuyéndose el dominio originario de los yacimientos al Estado, como representante de la colectividad. No hay libre empresa, el Estado explota directamente los yacimientos. Son elementos distintos suelo y yacimiento.

Nacionalización.— Se dispone la reintegración de todos los yacimientos en poder de los particulares al Estado, quien será el único empresario dentro de la industria minera, eliminándose al capital privado (24). La industria minera adquiere el carácter de servicio público. Se diferencia de la socialización en que puede imponerse a países de organización capitalista ya que afecta a un sector de la actividad productora.

Sindicalista.— Basado en los derechos del trabajo, ordena participe el trabajador de los lucros de la empresa minera o lo convierte en accionista, concediéndole la facultad para participar de la dirección industrial y económica de la empresa o de ejercerla íntegramente por medio de sus organismos de clase (25).

Reserva Estatal.— Los minerales reservados no pueden

(22) Piensan así CATALANO y PADILLA (P. 27 — Ob. Cit.).

(23) P. 63 — Ob. Cit. — Para FILHO en el sistema dominial los yacimientos serían res nullius y el derecho del Estado equivaldría al dominio eminente. — P. 42 — Ob. Cit.

(24) Nacionalización puede significar la absorción por el Estado de actividades, industrias o servicios del tipo más variado y que por razones económicas, sociales o políticas se desea sustraer a la propiedad privada y darle el carácter de bienes y actividades públicas. También se llama nacionalización al rescate de concesiones que fueron otorgadas a extranjeros. — P. 7 — JUSTINIANO ALLENDE POSSE — Servicios de Utilización Común — Buenos Aires — 1950.

SOLF afirma que la nacionalización (desplazamiento del capital extranjero) de la industria es un ideal que debe perseguirse concediendo determinados privilegios y estimulando la aplicación del ahorro nacional a los trabajos de minas. — P. 5 — Ob. Cit.

(25) P. 468 — VIVACQUA — Ob. Cit. — En Bolivia se resolvió que la consolidación Tupani fuera explotada por el sistema sindical y cooperativista. — P. 71 — Mario TORRES CALLEJA — A Dos Años de la Nacionalización de las Minas — Bolivia — 1955.

ser explorados ni explotados por los particulares, únicamente por el Estado. Queda suprimida la libertad de explorar y explotar (26).

Adjudicación en pública subasta.— Los yacimientos conocidos deben adjudicarse en subasta pública, puesto que ya no exigen la iniciativa y esfuerzo del descubridor (27).

El análisis de los sistemas componentes de este grupo, me sugiere la conveniencia de reducirlos a dos que justifican su existencia autónoma.

Para el primero de los sistemas propongo la denominación *señorío del Estado*, absorbiendo los sistemas regalista, dominialista (resuelvo la discrepancia anotada al describirlos, sin preocuparme de adoptar una posición sobre el particular pues carece de interés), sindicalista, reserva estatal, adjudicación en pública subasta (cuyas características nos muestran que son distintas expresiones del dominio originario ejercido por el Estado) y nacionalización (resulta similar a los acabados de enunciar porque no conozco país en que se haya impuesto a toda la industria minera, su aplicación siempre es parcial) (28). Este sistema señorío del Estado comprende todos los regímenes que de un modo u otro, adjudican al Estado el dominio originario de los yacimientos, incluyendo aquellos que no se pronuncian sobre esta cuestión, pero en los cuales el Estado de facto, actúa otorgando los derechos mineros, es decir aquellos que teóricamente corresponderían al sistema *res nullius*. Distingue, claro está, los elementos suelo y yacimiento; autoriza la libre empresa y el aprovechamiento directo por el Estado de la riqueza mineral. Numerosos Estados pertenecen a este sistema (29).

El segundo sistema es la *socialización* donde el Estado ejerce el dominio originario, diferencia los elementos suelo y yacimien-

(26) P. 26 — ISAY — Ob. Cit.

(27) P. 469 — VIVAQUA — Ob. Cit.

(28) SOLF y MURO emplea la denominación señorío del Estado como sinónimo de dominial. Juzgo que con la denominación propuesta se salva el problema de la naturaleza jurídica del dominio estatal o ubicación de los yacimientos en el dominio del Estado sobre el cual, como veremos más adelante, no puede formularse una regla general.

(29) Brasil, Guayana Británica, Colombia, Ecuador, Surinam, Congo Belga, Somalia Británica, Kenya, Gambia, Nigeria, Sierra Leona, Libia, Marruecos, Somalia, El Sudán, Chipre, Jordania, Siria, Turquía, Burma, Camboya, China Nacionalista, Hongkong, India, Japón, Nepal, Australia, Borneo Británico, Nueva Guinea Holandesa, Islas Británicas de Salomón, Islas Fiji, Filipinas, Dinamarca, Honduras Británica, Jamaica, República Dominicana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú, más los Estados enumerados en la nota (5). — Sumario de las Leyes... — Ob. Cit.

to, la empresa privada es eliminada y el Estado en nombre de la colectividad explota directamente los minerales. Todos los países socialistas pertenecen a este sistema.

Sistema vigente en el Perú.— Señorío del Estado, según se desprende de los dispositivos siguientes: 1) Art. 37° de la Constitución: *Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos...* 2) Art. 822° inc. 4° del Código Civil: *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...* (30). 3) Art. 1° del Código de Minería (31) 4) Art. 1° de la Ley de Petróleo N° 11780: *Son bienes de propiedad imprescriptible del Estado los yacimientos de petróleo e hidrocarburos análogos. La denominación hidrocarburos análogos incluye el asfalto, el gas natural y todos los otros productos, sean líquidos, sólidos o gaseosos, que se encuentren asociados con el petróleo o que sean de composición química similar al mismo. Esta denominación no comprende ni el carbón ni el gas helio.*

Nuestra legislación separa la superficie del yacimiento como bienes sujetos a regímenes distintos. Art. 854 del Código Civil: *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.* Art. 7° del C. de M.: *La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en que está ubicada, aunque su concesionario sea también el propietario del suelo...*

(30) Promulgado por Ley N° 8305 de 14 - 4 - 36.

(31) Raúl MUÑOZ CHOCANO al comentar este dispositivo opina que debió precisarse el carácter inalienable e imprescriptible del dominio estatal sobre los yacimientos. En efecto, es una omisión criticable que ha sido salvada en parte por la Ley de Petróleo N° 11780. — P. 46 — La Propiedad Minera en el Derecho Peruano — Tesis — Lima — 1961.

La propiedad del terreno superficial no otorga derechos sobre las sustancias minerales pues pertenecen al Estado. — Exp. Arcilla — N° 3591/57 — Trujillo — P. 1 — GARCIA MONTUFAR — Jurisprudencia Minera Tomo I — Lima — 1961.

Antecedentes: Título V, Art. 1° de las Ordenanzas de Minería. — Art. 1° de la Ley N° 4452 — Art. 2° del Proyecto NORIEGA.

Claro que la distinción no siempre es físicamente perceptible, sobre todo cuando los minerales están ubicados en la superficie. La diferencia debe ser entendida en un sentido ideal, teniendo presente los fines a que se dedican: la superficie a la agricultura, vivienda, etc. y el yacimiento a la industria minera. No hay límites precisos que marquen la división. En realidad, lo que llamamos superficie está compuesto de minerales (por ejemplo, arcilla) y por lo mismo puede utilizarse para propósitos mineros, o sea que en unos casos sería propiamente superficie y en otros yacimiento (32).

A partir del 1º de julio de 1951, quedó abolido en el Perú un rezago del sistema de accesión, según lo dispuesto por el art. 247º del C. de M.: *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 art. 1º de la Ley Nº 6611.*

El proceso ha sido como sigue: El Código de Minas derogado aplicaba la accesión para la adquisición de ciertos minerales, pues su art. 2º decía: *Pertenecen 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, y 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. Las sustancias enumeradas en este artículo son de aprovechamiento común, cuando se hallan en terrenos del Estado o de Municipalidades, pudiendo el Gobierno o estas corporaciones reglamentar su explotación o efectuar concesiones especiales.*

Años después, el 29 de mayo de 1929, fue promulgada la Ley Nº 6611, cuyo art. 1º decía: *Son denunciabiles las piedras silíceas...* El art. 2º: *No están sujetos a denuncia, los yacimientos de las sustancias enumeradas que se encuentren en terrenos de propiedad particular, cuando sean explotados por el propietario.*

(32) La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en que está ubicada, aunque su concesionario sea también el propietario del suelo. — Exp. Arcilla citado. — Es procedente el denuncia de sustancias minerales ubicadas en terrenos de comunidades indígenas. — Págs. 22 y 13 — GARCIA MONTUFAR — Tomo II — Ob. Cit.

Antecedentes: Art. 4º Código de Minería de 1901 — Art. 14º del Proyecto NORIEGA.

El art. 6º: *Cuando se denuncie terrenos conteniendo las sustancias indicadas en el art. 1º en terrenos de propiedad particular, deberá notificarse al dueño del suelo, quien durante 30 días, tendrá la preferencia para denunciarlos por su cuenta; en tal caso deberá cumplir con las obligaciones puntualizadas en esta ley.*

De manera, que el Código derogado adjudicaba los minerales relacionados al propietario del suelo (sistema de accesión). La Ley N° 6611 alteró parcialmente este régimen porque declaró denunciabiles dichas sustancias cuando estuvieran en tierras públicas y en tierras privadas si no las explotaban los propietarios del suelo, aunque en este último caso, si las denunciaba un tercero el superficiario gozaba de preferencia para sustituirse en el denuncia. Al vencerse el plazo señalado por el art. 247º del Código vigente (en que los propietarios del suelo podían denunciar preferencialmente las referidas sustancias) éstas se encuentran en la misma condición que los restantes minerales. El superficiario no posee ningún derecho especial sobre las mismas.

De acuerdo con el sistema de señorío del Estado participa la iniciativa privada en la industria minera, tal como aparece en el C. de M.: Art. 3º (P. 1 - Cap. I del Programa). Art. 8º: *Los terrenos de propiedad del Estado o Municipalidades, que sean necesarios para la construcción y funcionamiento de plantas de beneficio de minerales, serán concesibles en forma gratuita al concesionario de minas que los solicite para el fin económico de su concesión, o a empresarios dedicados al beneficio de minerales.* Y art. 9º: *Será objeto de una concesión minera distinta la apertura de una galería o socavón general para facilitar la explotación, transporte, desagüe y ventilación de dos o más minas, que se obliguen a construir los concesionarios de éstas, alguno de ellos o un extraño, solos o asociados con otros. Se atribuye la calidad de inmueble a estas concesiones.* Y en el art. 3º de la L. de P.: *El Estado podrá realizar por sí mismo todas las operaciones de exploración, explotación, manufactura, refinación, transporte por medios especiales, y almacenamiento del petróleo e hidrocarburos análogos, y podrá, también, otorgar concesiones para estos fines a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en las condiciones y con los requisitos que establecen esta ley y su reglamento (33).*

Por último, el Estado peruano está autorizado para apro-

(33). Antecedentes: Título V, Art. 2º de las Ordenanzas de Minería. — Art. 1º C. de M. de 1901. — Art. 1º de la Ley N° 4452. — Artº 2º Proyecto NORIEGA.

vechar por sí mismo la riqueza mineral de acuerdo a lo dispuesto por el art. 37º de la Constitución, Título VIII, Capítulo I del C. de M. que se intitula "Utilización por el Estado de su Propiedad Minera" y el art. 3º de la L. de P. que acabo de citar (34).

6º — UBICACION DE LOS YACIMIENTOS MINERALES
EN EL DOMINIO DEL ESTADO.

Descritos los sistemas de dominio originario y el vigente en el Perú, queda aún por resolver la ubicación de los yacimientos dentro del dominio estatal. Las características de la relación jurídica entre el Estado y sus bienes no son las mismas en todos los casos. Ahora bien, es imposible formular una regla única válida para todas las legislaciones que han adoptado el sistema del señorío del Estado porque atribuyen ubicaciones distintas a los yacimientos, de forma que debemos circunscribirnos al estudio de nuestra legislación (35).

El ordenamiento legal peruano no contiene disposición alguna sobre el problema que confrontamos, mas bien las opiniones doctrinarias son divergentes, a lo que se agrega para complicar la situación, que el Código Civil (art. 822º) enumera los bienes del dominio público y privado del Estado sin distinguirlos. En la Exposición de Motivos explican los codificadores que no han adoptado la clásica división porque de la frase "propiedad privada" debe descartarse la anfibología y carece de finalidad práctica aplicarla en relación con el Estado, que es la institución pública por excelencia y por lo mismo extiende este carácter a todas sus relaciones de derecho (36). No obstante, el art. 823º del mismo Cuerpo de Leyes declara que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles. O sea que los codificadores diferencian los bienes de uso público de los otros bienes del Estado sugirien-

(34) Antecedentes: Art. 12º de la Ley Nº 4452. — Art. 11º Proyecto NORIEGA.

(35) El concepto de los bienes que integran el dominio público o el dominio privado, como concepto jurídico no puede ser determinado en abstracto. La condición jurídica de los bienes depende de la voluntad del legislador y es por esta razón que tal concepto no es susceptible de una definición absoluta. Puede pues observarse que la noción de la dominialidad pública como la de la dominialidad privada es una noción concreta y por consiguiente las soluciones deben necesariamente referirse a un determinado ordenamiento jurídico positivo. — P. 89 — VILLEGAS B. — T. IV — Ob. Cit.

minado ordenamiento jurídico positivo. — P. 89 — VILLEGAS B. — T. IV — Ob. Cit.

(36) P. 368 — Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ — Código Civil — Tomo III — Lima, 1942.

do la idea errónea de que sólo los primeros son inalienables e imprescriptibles (37).

La situación planteada nos crea varias posibilidades ya que los yacimientos podrían ser bienes de uso público, del dominio privado del Estado, del dominio eminente o del dominio público.

Uso público.— Los yacimientos minerales no son bienes de uso público porque no están destinados al uso común sino al uso exclusivo, mediante el denuncia y concesión subsiguiente que confiere el Estado a los particulares.

Dominio Privado.— Entendemos por dominio privado el conjunto de bienes que el Estado posee y administra como particular con facultad para enajenarlos. No se diferencia exteriormente de las cosas susceptibles de propiedad privada, pudiendo por lo tanto prescribir. A estos bienes se suele aplicar el derecho civil. Claro está que la especial circunstancia de ser el Estado propietario de estos bienes determina la adopción de medidas de seguridad (ejemplo, la subasta pública), pero sin que por ello pierdan su condición de bienes del dominio privado (38).

TOLA (39) opina que los yacimientos son bienes del dominio privado por cuanto el Estado puede enajenarlos, de acuerdo al art. 37º de la Constitución (P. 5 — Cap. II del Programa).

Mi opinión es que los yacimientos minerales no forman parte del dominio privado del Estado. Conforme a los arts. 3º y 27º del C. de M. y 5º de la L. de P. (40) el derecho que se otorga a los particulares para explotar yacimientos, no es un derecho de propiedad sino de explotación, conservando el Estado la propiedad del yacimiento. Tan es así, que el concesionario debe cumplir ciertas obligaciones que le impone la ley, de no hacerlo caduca

(37). Eleodoro ROMERO Y ROMAÑA considera que el temperamento adoptado en el art. 822º no ha sido acertado porque no todos los bienes del Estado están en la misma situación. — P. 42 — T. I — Los Derechos Reales — Lima.

(38) P. 519 — Ambrosio COLIN y H. CAPITANT. — Curso Elemental de Derecho Civil. T. II — Vol. II — Madrid — 1942.

(39) P. 244 — Fernando TOLA. — Derecho Administrativo del Perú — Lima, 1945.

(40) (P. 1 — Cap. I del Programa) Art. 27. — La concesión minera otorga un derecho real sobre las sustancias minerales materia de la concesión. Su título es irrevocable e indefinido como el de la propiedad común, y caduca solamente por las causas establecidas en este Código.

Art. 5. — Por la concesión de exploración o de explotación el concesionario adquiere el derecho exclusivo de explorar o explotar las sustancias a que se refiere esta ley, durante un plazo determinado y en una área convenida; y por las concesiones de manufactura, refinación, transporte y almacenamiento adquiere el concesionario el derecho de efectuar estas operaciones. Las concesiones son bienes inmuebles y confieren derechos reales y pueden ser objeto de hipoteca.

la concesión y perderá el derecho a explotar. De otro lado, el derecho de explotación se adquiere siguiendo un procedimiento administrativo (derecho público), que no implica en ningún momento la venta del yacimiento. Los yacimientos minerales son pues inenajenables, aun cuando los textos legales respectivos no lo consignaron explícitamente. También los yacimientos son imprescriptibles, significa que nadie podrá adquirir derechos sobre un yacimiento invocando la prescripción contra el Estado pues existen procedimientos administrativos predeterminados, obligatorios y exclusivos para obtener los derechos mineros contemplados en el C. de M. y L. de P., que excluyen la vía de la prescripción. A pesar que en el C. de M. no hay disposición expresa, si en la L. de P., lo cierto es que los antecedentes legislativos (41) y las bases mismas de nuestro sistema legal que ordenan el disfrute de la riqueza mineral desde la Colonia llevan a la conclusión de que los yacimientos mineros han sido y son imprescriptibles, no siendo imprescindible la referencia expresa.

Efectivamente el art. 37º de la Constitución faculta para que los yacimientos sean entregados en propiedad a los particulares, pero aún frente a la posibilidad de una modificación de las leyes mineras vigentes, los yacimientos conservarían la calidad de imprescriptibles y por consiguiente no podrían ubicarse dentro del dominio privado. Conviene añadir que tal posibilidad es muy remota, desde que el derecho de explotación (lo demostraré más adelante) se adecúa mejor a la naturaleza del Derecho de Minería y permite al Estado cautelar con más eficacia el interés público. La tendencia legislativa está orientada a restringir los derechos del particular no a ampliarlos. Recordemos asimismo que la Constitución vigente fue promulgada durante la vigencia del Código derogado que sí otorgaba los yacimientos en propiedad (42). Empero, la entrega en propiedad se efectuaba mediante un sistema análogo al actual: un proceso administrativo de denuncia y concesión y existían las causales de caducidad (43). Era pues, una propiedad sui generis diferente de

(41) Código derogado.— Art. 16º — La concesión de propiedad minera sólo puede hacerse por la autoridad competente y en la forma que este Código determina. — Ley Nº 4452 — Art. 1º — Los yacimientos de petróleo e hidrocarburos cualquiera que sea el estado en que se encuentren, son bienes de propiedad nacional. El Poder Ejecutivo sólo otorgará concesiones de yacimientos de petróleo e hidrocarburos análogos en la forma prescrita por esta ley.

(42) Art. 1º — Son objeto de la propiedad minera, con la amplitud que esta ley determina:...

(43) Art. 5º — La propiedad minera legalmente adquirida es irrevocable y perpetua como la propiedad común; y la única causa especial de su caducidad es la falta de pago del impuesto de que trata el art. 28º de esta ley.

la propiedad común (la condicionalidad) que impulsa al codificador del 50 a adoptar la figura del derecho de explotación propia del Derecho de Minería.

Dominio eminente.— No es un derecho de propiedad, sino la potestad que el Estado ejerce potencialmente sobre las personas y bienes dentro de los límites de su territorio. Poder que el Estado ejerce como atributo de soberanía, dictando normas que afectan a las personas y cosas. CASTAÑEDA (44) sostiene que los yacimientos están sujetos al dominio eminente del Estado.

Por supuesto que 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.

Dominio público.— Es el conjunto de bienes del Estado afectados a un destino de utilidad pública, cuyo contenido ha ido ampliándose con el tiempo. Antes sólo comprendía los bienes de uso público, eran sinónimas las dos expresiones, mas las necesidades colectivas, la mayor ingerencia del Estado en el proceso económico, determinó que fueran ubicados en el dominio público otros bienes que no eran de uso público. BALLBÉ considera que son también bienes del dominio público los que están destinados al fomento de la riqueza nacional porque la función administrativa no se agota con la actividad de los servicios públicos, al lado hay otras modalidades con idéntica categoría, cual es la de fomento a la que debe reconocerse la virtud de comunicar a los bienes que a ella están destinados la condición de dominiales (45). Los yacimientos minerales constituyen parte del dominio público porque han sido destinados al fomento de la riqueza nacional, afectados a un servicio de utilidad pública y por ellos son inalienables e imprescriptibles (46).

(44) P. 52 — Jorge Eugenio CASTAÑEDA — Instituciones de Derecho Civil — Los Derechos Reales — Tomo I — Lima — 1958.

(45) P. 40 — Manuel BALLBÉ — Concepto de Dominio Público — Barcelona — El apartado 2º del art. 339º del Código Civil Español incluye a los yacimientos minerales entre los bienes de dominio público dedicados al fomento de la riqueza nacional.

(46) El uso común no es la causa del carácter público sino uno de sus posibles efectos con otros: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. La afectación a un destino de utilidad pública es lo que imprime carácter, cuño de dominialidad pública. — P. 177 — Fernando LEGON — Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma — Tomo VIII — Buenos Aires — 1943.

El dominio público está afectado a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional. — P. 41 — Sabino ALVAREZ GENDIN — El Dominio Público — Barcelona — 1956.

7º — DERECHOS LEGALMENTE ADQUIRIDOS.

Respeto a los derechos adquiridos.— Derecho adquirido es aquel que ha sido ejercido, que se ha manifestado en el mundo de los hechos con la verificación de su objeto, aquel que ha encontrado su realización fáctica, es el hecho cumplido, consumado (47). El Código de Minería respeta los derechos adquiridos, vale decir las concesiones otorgadas de acuerdo a regímenes legales anteriores. Parece que los codificadores pensaron que era necesario consignar esta frase para atemperar los efectos de la declaración de que el Estado es propietario de las sustancias minerales. Lo es, salvo los derechos adquiridos. No obstante, juzgo que su inclusión constituye una repetición inútil pues la hallamos en el art. 37º de la Constitución (P. 5 Cap. II Programa). Por consiguiente, cualquier ley tiene que someterse a la Carta Fundamental, respetar los derechos adquiridos sin que sea preciso reiterarlo.

Ley N° 12084 del 9 de marzo de 1954, referente a los Concejos Municipales.— La finalidad de esta ley fue amparar a los Concejos Municipales que de conformidad con el art. 2º del Código derogado (P. 5 Cap. II del Programa) explotaban yacimientos de sustancias no metálicas ubicados en tierras de su propiedad.

Promulgada la Ley N° 6611 (P. 5 — Cap. II del Programa), los Concejos incumplieron las obligaciones impuestas por el art. 5º: *Están exentos de la contribución los propietarios del suelo que explotan los yacimientos que contienen las sustancias enumeradas en el art. 1º. Sólo están obligados a hacer inscribir en el Padrón del Ramo, las pertenencias que explotan, inclusive los propietarios y concesionarios de Municipalidades, so pena de multa de diez a treinta libras por cada omisión.* Así como lo ordenado por la Resolución Suprema N° 258, de 26 de julio de 1929: *Los propietarios del suelo debían presentar su solicitud ante la Delegación de Minería correspondiente indicando el nombre del yacimiento y la extensión, acompañada de un plano visado por el Perito Oficial adscrito a la delegación o a falta de éste por un ingeniero diplomado. Los Delegados de Minería elevaban el ex-*

(47) P. 15 — José LEON BARANDIARAN — Comentarios del Código Civil Peruano — Tomo IV — Lima — 1952.

pediente al Ministerio de Fomento, disponiéndose luego la inscripción en el Pliego de Propietarios Particulares del Padrón General de Minas, previo informe de la Dirección de Minas y Petróleo. Los Concejos Municipales no inscribieron su derecho preferente a los yacimientos no metálicos que venían explotando.

Al promulgarse el Código de Minería vigente los Concejos no ejercitaron el derecho acordado en el art. 247º (P. 5 — Cap. II del Programa). Por esta razón a partir del 1º de julio de 1951, terceros formularon denuncias sobre esos yacimientos afectándose gravemente la economía municipal y fue el origen de múltiples gestiones que dieron por resultado la Ley Nº 12084.

El art. 1º de la Ley Nº 12084 dispone: *Los yacimientos de las sustancias minerales no metálicas que hayan venido siendo explotados por los Concejos Municipales de la República y cuyas rentas hayan formado parte de sus respectivos presupuestos ordinarios, están considerados dentro de la facultad que señala el art. 246º del Código de Minería. Y el art. 246º: Las concesiones de cualquier naturaleza, otorgadas conforme a leyes, contratos, o resoluciones especiales podrán ser sometidas al régimen de este Código a solicitud de sus concesionarios. La petición será presentada a la Dirección de Minería para su consideración y resolución.*

La invocación del art. 246º es equivocada pues los legisladores parten del supuesto de que los Concejos tenían algún derecho sobre los yacimientos no metálicos que explotaban y por tanto que gozaban de un derecho adquirido (art. 1º del C. de M.). En rigor, los Concejos perdieron todos los derechos al no conformar su explotación a las disposiciones de la Ley Nº 6611, ni ejercitar el derecho conferido por el art. 247º del C. de M., no existía pues, ningún derecho adquirido. Además, el art. 246º se refiere a concesiones y los Concejos no poseían concesión alguna (48).

(48) A pesar de este defecto legal, varios Concejos recurrieron a la ley para recobrar su derecho a explotar y lo consiguieron, sin que adujeran los perjudicados la ilegalidad de la Ley Nº 12084. Con fecha 21 de mayo del corriente año se ha promulgado la Ley Nº 15037, en cuyo art. 120º se lee: "Las concesiones mineras o industriales que afecten los álveos no podrán alterar el uso público a que éstos estuvieran destinados, ni variar el régimen ni la naturaleza o calidad de las aguas, debiendo las autoridades de aguas supervigilar y controlar los trabajos de los concesionarios de sustancias minerales.

El aprovechamiento de materiales de construcción existentes en los álveos o cauces naturales de los ríos no podrá ser materia de concesión minera o industrial a particulares. Estas sólo podrán hacerse en favor de las respectivas Municipalidades, las que podrán cobrar un derecho por su utilización pública. Se declaran nulas las concesiones que se hayan otorgado como supuestas concesiones de exploración o explotación minera de los materia-

Para acogerse a la Ley N° 12084, los Concejos debían demostrar que explotaban los yacimientos y que las rentas correspondientes formaban parte del presupuesto ordinario del Concejo (art. 1°), presentando la petición ante la Dirección de Minería (art. 2°). Los denuncios formulados por terceros quedaban suspendidos cualquiera que fuere el estado en que se encontrasen (art. 3°), lo que quiere decir que si se admitía la solicitud del Concejo el denuncia era cancelado, violándose así los derechos adquiridos por esos terceros. Los Concejos fueron exonerados del pago de canon territorial y demás contribuciones mineras por los yacimientos referidos (art. 4°). Finalmente la ley señaló el plazo de un año para que los Concejos presentaran sus peticiones, que venció el 9 de marzo de 1955 (art. 2°).

Dejo así solucionada la segunda cuestión de que trata el art. 1° del C. de M.

8° — UTILIDAD PUBLICA DE LA INDUSTRIA MINERA.

Alcances de la condición de utilidad pública atribuída a la industria minera.— Tercera y última cuestión tratada por el art. 1° del C. de M. (P. 5 - Cap. II del Programa) y 2° de la L. de P.: *La exploración y la explotación del petróleo y de los hidrocarburos análogos, su manufactura, refinación, transporte y almacenamiento son de utilidad pública.*

La noción de utilidad pública constituye una ampliación del concepto de necesidad pública utilizado en el art. 17° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). La necesidad pública representa aquello de lo que no puede prescindirse, la utilidad pública es aquello que reporta un beneficio a la colectividad. Pues bien, con el correr del tiempo la propia noción de utilidad pública ha sido constantemente ensanchada (49) y por ello constituye un concepto relativo que varía de un

les de construcción con anterioridad a la promulgación de la presente Ley".

La última parte de este dispositivo que declara nulas las concesiones de materiales de construcción otorgados con anterioridad a la ley es ilegal, viola el art. 1° del C. de M. y 37° de la Constitución que consagran el respeto de los derechos adquiridos.

(49) En un primer momento la noción de utilidad pública fue interpretada restrictivamente en cuanto utilidad pública para la administración pública, confundiéndose con obra pública, la que también podía ser realizada por concesionarios privados. — P. 59 — Eduardo GARCIA de ENTERRIA — Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa — Madrid — 1956.

Bajo el término utilidad se entienden todas aquellas manifestaciones del bienestar social que sin tener relaciones directas con el orden jurídico establecido benefician al estado material, económico e higiénico de la sociedad procurándole un mayor bienestar. — P. 257 — Fernando LEGON — Tratado Integral de la Expropiación Pública — Buenos Aires — 1934.

pueblo a otro, de una época a otra y que no puede encerrarse dentro de una definición definitiva. Noción elástica y circunstancial que incide sobre múltiples aspectos.

La utilidad pública de la industria minera confiere al concesionario una serie de derechos como el usar los terrenos superficiales, imponer servidumbres, expropiar, etc. No se requiere para el ejercicio de estos derechos declaración previa de utilidad pública desde que los arts. 1º del C. de M. y 2º de la L. de P., de modo general, válido para todos los casos, lo han hecho. Por supuesto, el carácter de utilidad pública de la industria minera no le impide al Estado expropiar los derechos mineros otorgados a particulares por razones de interés público, amparado en el art. 29º de la Carta Fundamental.

La redacción del art. 1º del C. de M. no es clara porque al consignar el vocablo "explotación" sugiere la idea equivocada de que la condición de utilidad pública se aplica sólo a esta etapa de la industria minera, siendo así que es atributo de las etapas de exploración, explotación y beneficio, como se desprende de las disposiciones contenidas en el Título V, Capítulo I sobre los Derechos del Concesionario. Los codificadores emplean dicho término *explotación* como sinónimo de *aprovechamiento* o sea que quisieron decir: todo lo relativo a su aprovechamiento (exploración, explotación y beneficio) es de utilidad pública.

9º — ADQUISICION DE DERECHOS MINEROS.

Ha quedado establecido que el Estado ejerce el dominio originario de los yacimientos minerales. Corresponde determinar cómo el particular adquiere los derechos mineros. Para este propósito servirá recordar las etapas de la industria minera.

a) El Cateo.

Sistemas.— La regulación legal de esta etapa responde a los criterios de autorización, libertad o la combinación de ambos, originando los sistemas de cateo autorizado, libre y mixto.

En el sistema de cateo autorizado la regla fundamental es que los particulares para prospectar requieren permiso de la au-

toridad competente (50). Claro está que las modalidades del sistema son variadísimas, tantas quizás como legislaciones hay en el mundo, y sin pretender agotarlas citaré algunas: 1) El particular obtiene una autorización temporal de cateo exclusividad. 5) La autorización que es temporal, designa un área De la exclusividad se desprende el derecho preferente a que se le otorgue una concesión de exploración o explotación. 2) La autorización de cateo que es temporal, permite la prospección en cualquier terreno libre y por tanto no confiere exclusividad, ni menos preferencia. 3) La licencia de cateo puede referirse a cualquier clase de minerales (en unos casos señala excepciones) o sólo a los que de modo expreso especifica. 4) Se avisa a la autoridad. 5) La autorización que es temporal, designa un área definida, pero sin que ello entrañe exclusividad ni preferencia. 6) Exige como requisito previo a la autorización para catear un certificado de aprobación que puede ser válido para todos los minerales o designar minerales específicos. En otras legislaciones este requisito previo equivale a una autorización personal de cateo.

En el sistema de cateo libre los particulares no necesitan permiso de la autoridad para prospectar en cualquier clase de terrenos, sea quien fuere el propietario, aunque suele prohibirse en terrenos cercados, cultivados u otros por su ubicación (51).

El sistema de cateo mixto implica la división de los terrenos en dos categorías principales: una de prospección libre y otra autorizada o también la división de los minerales en dichas dos categorías. La inclusión de los terrenos o de los minerales en una o en otra categoría depende de circunstancias diversas que varían según las legislaciones. Citaré también algunas modalidades: 1) Para catear en terrenos cercados o cultivados privados se requiere permiso del propietario; si lo rehusa puede obtenerse del Poder Judicial. En otros terrenos el cateo es permitido si los titu-

(50) Siguen este sistema las legislaciones de: Argentina, Brasil, Guayana Británica, Ecuador, Islas Falkland, Paraguay, Surinam, Uruguay, Venezuela, Angola, Kenya, Tanganika, Uganda, Nigeria, Egipto, Etiopía, Ghana, Liberia, Libia, Marruecos, Mozambique, Somalia, Africa Sud-Oriental, El Sudán, Túnez, Zanzíbar, Chipre, Irán, Irak, Israel, Jordania, Líbano, Siria, Turquía, Ceylán, China Nacionalista, Hong-Kong, India, Japón, Corea del Sur, Laos, Malaya, Pakistán, Tailandia, Nueva Zelanda, Austria, Islandia, Italia, Guinea Portuguesa y Timor, Honduras Británica, Jamaica, España, Guatemala y Haití.— Sumario de las Leyes ob Cit

Estos datos se refieren sólo a la minería común

(51) Sigue este sistema Costa Rica, Sumario de las leyes Ob. Cit. Debe aplicarse sólo a la minería común.

lares de ellos consienten expresamente (terrenos ocupados por casas, cementerios, etc. Y en otros el cateo es libre. 2) Se dice que el cateo es libre en los terrenos no cultivados o sin cercar, sea quien fuere el propietario. O sea que tratándose de terrenos cercados o cultivados debe recabarse permiso del propietario. 3) Aunque el cateo es libre en tierras públicas y privadas, para ingresar a tierras privadas el cateador requiere permiso escrito del propietario. 4) El cateo es libre en toda clase de terrenos, pero se exige permiso para catear ciertos minerales (52).

Naturaleza jurídica del derecho de cateo libre y del autorizado.— ¿Qué clase de derecho disfruta el prospector en un régimen de cateo libre? No es un derecho real porque falta un elemento imprescindible: el objeto; la prospección tiene precisamente como finalidad descubrir el depósito mineral (53). Tampoco es un derecho personal porque no se tiene frente a determinada persona, no constituye una relación directa de persona a persona, carece de relevancia quien sea el propietario del suelo; de manera que escapa a la clásica división del derecho civil. En el régimen de cateo libre el prospector no posee exclusividad sobre el área a prospectarse, varios pueden catear lícitamente sobre el mismo terreno. Asimismo no disfruta de preferencia para solicitar una concesión de exploración. Es un derecho insusceptible de ser transmitido y cedido porque todos y cada uno lo gozan por disposición de la ley. Pienso que constituye un derecho público dentro de la categoría de derechos subjetivos que RECASENS SICHES (54) describe como conducta propia jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible.

(52) Siguen este sistema las legislaciones de: Bolivia, Chile, Colombia, Filipinas, Finlandia, Holanda, Nicaragua y República Dominicana. — Sumario de las Leyes... — Ob. Cit. — Estos datos corresponden sólo a la minería común.

Cuando los terrenos son eriales o no están cercados se presume que carecen de importancia y que si hay daño no es de consideración. P. 260 — PACHECO JIMENEZ — Ob. Cit.

(53) P. 23 — RUIZ BOURGEOIS — Ob. cit.

Derecho real es la facultad (correlativa de un deber general de respeto) que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir. Derecho de crédito es la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa. P. 214 — GARCIA MAYNEZ — Ob. Cit.

Es indudable que en el derecho real existen los siguientes elementos: a) el sujeto titular del derecho; b) el bien sobre el que recae; c) el sujeto pasivo. P. 177 — Mario ALZAMORA VALDEZ — Introducción a la Ciencia del Derecho — Lima — 1963.

(54) P. 233 — Luis RECASENS SICHES — Filosofía del Derecho — México — 1959.

¿Qué clase de derecho disfruta el prospector en un régimen de cateo autorizado? La autorización es una figura típica del derecho administrativo mediante la cual, al decir de LANCIS y SÁNCHEZ la administración consiente a un particular el ejercicio de un derecho, levantando la prohibición o límite que lo impediría. Es su finalidad entre otras, autorizar el uso de un bien del dominio público (aún de bienes de particulares) o el disfrute de un servicio público (55). Por consiguiente, en un régimen de cateo autorizado el cateador si bien posee el derecho a prospectar éste sólo se efectiviza a través de un trámite administrativo.

Sistema vigente en el Perú.— Rige actualmente para la minería común el sistema de cateo mixto, pues hasta el año 1962 tenía vigencia sólo el sistema libre, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2º del C. de M.: *Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera de derecho privado puede catear libremente en los terrenos que no estén cultivados ni cercados, cualquiera que sea su propietario* (56).

La Ley Nº 13769, de 18 de diciembre de 1961, que creó la Corporación de Energía Eléctrica del Mantaro, en artículo adicional autorizó al Poder Ejecutivo para que determinara, dentro de los 90 días, el régimen de las concesiones de aguas, tierras de montaña, minas y petróleo e hidrocarburos análogos, en la zona de influencia del sistema hidroeléctrico del Mantaro, comprendida entre los meridianos 72º y 78º de longitud Oeste y los paralelos 10º y 15º de latitud Sur, a fin de asegurar el aprovechamiento racional de esos recursos naturales. Acatando la orden dada por la ley, que entrañaba una delegación de poderes, el Poder Ejecutivo dictó el régimen de concesiones por Decreto Supremo Nº 8 de 17 de marzo de 1962, introduciendo modificaciones al C. de M., que han sido calificadas de reglas violatorias de la ley e inconstitucionales, crítica que comentaré más adelante para no alterar el orden natural de la exposición.

El Decreto Supremo Nº 8 divide la zona de influencia del Mantaro en 2 sub-zonas: La sub-zona Principal que está limitada por los meridianos 72º y 78º de longitud oeste y los para-

(55) P. 450 — Antonio LANCIS y SANCHEZ — Derecho Administrativo — La Habana 1945.

(56) Antecedentes: Ordenanzas del Perú (Ord. 1ª Tit. 1, cateo libre), Código de 1901 (Arts. 11º a 14º, cateo mixto) — Proyecto NORIEGA (Arts. 95 y sgtes, cateo mixto).

lelos 10° y 15° de latitud Sur, excluyendo el área de la sub-zona Complementaria. Esta sub-zona comprende la Ceja de Montaña y Selva Baja delimitada por los paralelos 10° y 13° de latitud Sur y los meridianos 72° y 75° de longitud Oeste y limitada en su sector sur-oeste por el río Mantaro, desde su intersección con el meridiano 75° hasta el lugar denominado Alcomachay, punto en que cambia de rumbo hacia el norte y desde allí siguiendo la carretera actual Huanta-Ayacucho hasta su intersección con el paralelo 13°.

Para los efectos del cateo el territorio ha quedado dividido en 2 sectores: Uno, de régimen libre, que abarca el territorio nacional casi en su totalidad (incluso la sub-zona Principal), ya que sólo se excluye la sub-zona Complementaria; y otro de régimen autorizado que comprende la sub-zona Complementaria.

El sector de cateo libre está regulado por el art. 2° del C. de M. La prospección dentro de este sector no requiere permiso, pero no puede catearse en terrenos cercados o cultivados. La ley no prevé para estos casos autorización. No obstante, es obvio que sería posible la prospección en terrenos cercados o cultivados si el propietario lo permite mediante acuerdo, sujeto a las reglas del derecho común. Claro está, que si el propietario niega su consentimiento la autoridad no podría obligarlo. La única vía para catear en esos terrenos sería formular directamente un denuncia de exploración, desde que este tipo de concesiones no están constreñidas por esa limitación, según aparece en el art. 3° del C. de M. (P. N° 1 - Cap. I del Programa).

El art. 2° que comento presenta un defecto de redacción en la parte que dice: "toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera de derecho privado" (57). Podría pensarse que las personas jurídicas de derecho público nacionales han quedado excluidas, lo que no es exacto porque el Título VIII, Capítulo I del Código autoriza al Estado a aprovechar por sí mismo su riqueza mineral, a crear organismos administrativos para la exploración, a entregar la explotación a compañías o corporaciones fiscalizadas y a establecer directamente o por órganos de las entidades que designe plantas de fuerza y centrales de beneficio de minerales; con mayor razón tiene que existir autorización pa-

(57) P. 4 — Drs. Saniel CHAVARRI, José BARREDA MOLLER, Fernando SCHWALB L. A. y Alberto RUIZ ELDREDGE. — Síntesis del Cursillo sobre el Código de Minería — Revista de Derecho Minero — Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo — N° 6 — Marzo 1956 — Lima.

ra catear. Sucede que la *coma* después de la palabra *jurídica* sobra. El dispositivo sólo afecta a las personas jurídicas de derecho público extranjero, lo que es natural (58).

El sector de cateo autorizado (sub-zona Complementaria) está regulado por el Decreto Supremo N° 8. La autorización es otorgada por licitación y un plazo de 5 años, gozando el cateador de exclusividad en el área concedida; así como de preferencia para solicitar la exploración. Las bases de la licitación deberán consignar: Los derechos de cateo que abonará quien obtenga la buena pro; la extensión, forma y número de los lotes materia de la subasta; y las obligaciones del prospector que aseguren el integral reconocimiento del área conferida. La licitación (cuyo procedimiento describo en el punto b), N° 31 Cap. V del Programa) termina expidiéndose Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, que dá por aceptada la mejor propuesta y ordena celebrar un contrato con el prospector. Durante el período de cateo el prospector está facultado a renunciar las áreas que estime conveniente, que serán aprovechadas por el Estado (59).

La prospección en la *minería de petróleo* es autorizada denominándose permiso de reconocimiento. El art. 20 de la L. de P. dice: El Poder Ejecutivo podrá otorgar permisos, simultánea o sucesivamente, para que se efectúen reconocimientos en las mis-

(58) Art. 4° — Los derechos que mencionan los arts. 2° y 3° del Código, podrán ser ejercitados por las personas naturales o jurídicas nacionales y las personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho privado. — Proyecto de Reglamento del C. de M. Cit.

(59) Exposición de Motivos: Para cumplir el cometido que le asignara la Resolución Suprema N° 15, de 29 - 12 - 61, la Comisión ha estudiado detenidamente los dictámenes de las Comisiones Legislativas y muy en especial el de la Comisión de Hacienda y Legislación Tributaria de la Cámara de Senadores, que inspiró el artículo adicional de la Ley N° 13769, motivo del anteproyecto que se acompaña. Asimismo ha prestado especial atención a los debates promovidos en ocasión de la discusión de dicha ley. Cree así recoger e interpretar la intención del legislador en el anteproyecto que presenta a la consideración del Ejecutivo.... Contiene también dispositivos dirigidos a promover el desarrollo orgánico e intensivo de esa zona... Advierte la Comisión que el proyecto Mantaro constituye uno de los pasos del plan de electrificación y promoción industrial que formulara el Presidente de la República el año 1943 y que la zona de influencia de dicho proyecto comprende una región de Ceja de Montaña y Selva Baja, en la cual el Gobierno se ha propuesto realizar un programa de desarrollo dentro de un esquema de planeamiento físico.... La Comisión propone en el ante proyecto la división de la zona de influencia de la Central Hidroeléctrica del Mantaro en 2 sub-zonas caracterizadas por su diferente fisiografía, densidad de población y actividad económica que exige diversas modalidades de promoción. La primera comprende regiones de sierra y costa, objeto en toda su extensión de activa explotación económica aunque en diversos grados, que se denomina sub-zona Principal. La segunda comprende regiones de Ceja de Montaña y Selva Baja, prácticamente inexploradas y gran parte desconocidas, que se denomina en el ante proyecto sub-zona Complementaria... En cambio la sub-zona Complementaria, que por su especial fisonomía no ha sido hasta el momento objeto de exploración ni explotación intensiva, es urgente la dación de un ré-

mas o diferentes áreas libres o reservadas, a una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, a su juicio, reúnan condiciones de solvencia técnica y económica. Los permisos sólo confieren la facultad de reconocer el terreno objeto del permiso; y son de plazo indeterminado, pudiendo ser cancelados en cualquier tiempo por el Poder Ejecutivo. No se otorgará permisos para reconocer territorios situados dentro de 50 kilómetros de la frontera. El permiso de reconocimiento se otorga pues a quien reúna condiciones de solvencia técnica y económica a juicio del Ejecutivo; no hay exclusividad ni preferencia, de plazo indeterminado puede ser cancelado en cualquier momento

gimen legal especial que guarde armonía con las peculiares características de esta sub-zona, que difieren fundamentalmente de las que corresponde a la sub-zona Principal lo que comporta modificaciones importantes en el régimen establecido por el Código de Minería, pero sin desviarse de la intención promotora de este Cuerpo de Leyes, en cuyo numeral 569 se inspira la Comisión al formularse el sistema de otorgamiento de las concesiones. La reforma se hace necesaria además, porque se ha comprobado en la práctica que los estímulos liberales contenidos en el Código, son inadecuados para promover la exploración y explotación de esa zona. Aunque desde un punto de vista estrictamente teórico-geológico, los flancos de las estribaciones orientales andinas presentan posibilidades favorables a la localización de depósitos mineros, aun no se ha encontrado —con pocas excepciones— yacimientos comerciales de importancia que justifiquen las grandes inversiones requeridas en la exploración de esta zona desmejorada por la falta de vías de acceso, alto costo de transporte a los mercados y las naturales dificultades físicas y técnicas inherentes al tipo de territorio a explorarse. En consecuencia, a diferencia de la exploración en las zonas de la Costa y Sierra, abiertas a la inspección visual, la exploración de la Caja de Montaña no puede girar alrededor del prospector empírico, sino del geólogo especializado apoyado en una organización de gran capacidad técnica y económica. Además, la promoción orgánica y rápida de todos los recursos naturales de la zona, exige que los del orden mineral sean reconocidos y valorizados a la brevedad y en conjunto, para evitar comprometer el éxito de los objetivos que se persiguen. Esta labor debe cumplirse por una intervención promotora directamente ejercida por el Estado, la que puede realizarse a través de 2 vías alternativas por acción directa del propio Gobierno o mediante el sistema de contratos u otras en que el Estado pueda asociarse con la empresa privada. La primera de estas soluciones no es factible actualmente, por cuanto los recursos financieros del Estado son limitados y ellos deben emplearse siguiendo normas de planificación nacional en inversiones sujetas a prioridad determinadas por el interés social, como son la energía, los caminos, los servicios sociales, la agricultura y los créditos de promoción industrial, antes que la cuantiosa y arriesgada inversión que significa no solamente la prospección sino también la valorización y desarrollo de los depósitos minerales. La realidad obliga a tomar la segunda alternativa. Ahora bien, para que sea posible el reconocimiento de esta sub-zona que exige la aplicación de técnicas avanzadas y por lo mismo fuertes inversiones, así como para permitir la cabal valorización y desarrollo de los posibles yacimientos minerales, es imprescindible crear un régimen legal especial que otorgue plazos adecuados para la realización de estos trabajos y conceda extensiones que justifiquen una labor integral, disminuyendo el riesgo de no encontrar yacimientos económicos. Para este objeto se recomienda imponer el sistema de cateo autorizado por un plazo máximo de 5 años y en grandes extensiones a lo cual se agrega el período de exploración con un plazo máximo también de 5 años. Advierte la Comisión, sin embargo, que las extensiones que se conceden al contratante no implican aumento sobre la magnitud de las áreas, que son susceptibles de otorgarse conforme al Código de Minería, puesto que éste permite la formulación indefinida de denuncios y que si bien el contratante obtiene con este sistema mayores facilidades esto se halla compensado con disposiciones que lo obligan a comprobar su capacidad técnica en la etapa del cateo y capacidad económica para llevar

por el Ejecutivo, lo que revela precariedad ya que confiere únicamente la facultad de reconocer el terreno objeto del permiso (60).

El permiso de reconocimiento autoriza al cateador (arts. 21º y 22º de la L. de P.) para levantar planos, realizar estudios topográficos y geodésicos, prospecciones geológicas y geofísicas, por cualquier método, y todas las demás labores de investigación que el Reglamento permita, que no sean las propias de las concesiones de exploración. Corresponde al Ministerio de Fomento y O. P. controlar las labores de los prospectores (61).

El art. 37º del Reglamento de la L. de P. prohíbe la prospección dentro de los límites de las poblaciones y cementerios. Lo mismo, salvo autorización del dueño, usufructuario o arrendatario en las tierras de propiedad privada que estén cultivadas, requisito cuya validez es objetable porque no existe en la ley; el Reglamento se ha excedido, y además faculta al arrenda-

adelante las labores de exploración y valorización, así como también con la imposición de un régimen de sobre canon más exigente.

Además la Comisión sugiere que los derechos del contratante sean controlados mediante medidas que impidan los riesgos del establecimiento de monopolios particulares y la formación de empresas exclusivamente a base de capital extranjero, sin la debida participación de los capitales nacionales, las que se han de tener presente al formular las bases de las licitaciones.

(60) El Reglamento de la Ley (Decreto Supremo Nº 1 de 10 - 6 - 52) precisa aún más las características anotadas: Art. 33º— De conformidad con el art. 20º de la Ley y con el fin de facilitar la formulación de las solicitudes de exploración y de explotación, que puedan presentarse conforme a la Ley de la materia, todas las personas mencionadas en el art. 3º de la Ley, pueden libremente, siempre y cuando se solicite y obtenga permiso de la Dirección del territorio nacional prospecciones geológicas y geofísicas, por cualquier método en uso actualmente o en el futuro, con el propósito de descubrir depósitos de las sustancias comprendidas en la Ley, con excepción de las áreas sujetas a concesiones en vigencia, de las que se encuentren dentro de la faja de 50 Km. de la frontera y de las áreas donde el Poder Ejecutivo, por razones de interés nacional haya prohibido la libre exploración por resolución suprema debidamente publicada. Este permiso no concede derecho ni preferencia alguna al permisionario para obtener concesiones de exploración o explotación en el área objeto del permiso de reconocimiento... Art. 35º— Los permisos de reconocimiento pueden ser otorgados sucesiva o simultáneamente y sobre la misma área, a quienes lo soliciten y satisfagan las condiciones establecidas en la Ley y en este Reglamento. Art. 40º— Estos permisos de reconocimiento se otorgarán por un tiempo indefinido, pudiendo ser cancelados con un aviso previo de 120 días cuando el Ministerio de Fomento y Obras Públicas lo juzgue conveniente. (plazo no previsto en la ley que limita la facultad del Ejecutivo). — Art. 44º — La circunstancia de que una o más personas estén realizando trabajos de reconocimiento en zona determinada, no implica que se soliciten y otorguen concesiones de exploración o explotación dentro de esa zona y si tal ocurriese, cesa de inmediato el permiso otorgado, salvo que el nuevo concesionario acepte que continúe sus operaciones el permisionario.

(61) Reglamento de la L. de P.: Art. 36º— Se incluyen dentro de los trabajos de reconocimiento todos los métodos geológicos y geofísicos, y los métodos de prospección aéreos y terrestres, comprendiendo la perforación de pozos para estudios estructurales, estratigráficos y de muestreo. Art. 45º — La Dirección de Petróleo ejercerá las funciones de vigilancia general a que la faculta el Capítulo X del presente Reglamento.

tario y usufructuario para consentir el cateo sin la intervención del propietario. Por último, el dispositivo acotado determina que en las tierras de propiedad del Estado que no estén ocupadas por concesionarios, arrendatarios o usufructuarios podrá llevarse a cabo la prospección con sólo la autorización del Ejecutivo; *contrario-sensu* significa que si esas tierras están ocupadas será necesario el permiso correspondiente del ocupante dando lugar a la objeción acabada de formular.

Respecto a la zona de influencia del Mantaro tenemos que en la sub-zona Principal (art. 71º D. S. Nº 8) las concesiones son otorgadas según el procedimiento ordinario de la L. de P. y su Reglamento. La sub-zona Complementaria (art. 72º D. S. Nº 8) ha sido declarada área de Reserva Nacional, en armonía con lo dispuesto por el inc. 3º, art. 61º de la L. de P. pudiéndose obtener permiso de reconocimiento para prospectar en esta área, pues el Art. 20º de la L. de P. lo permite (62).

Con fecha 19 de febrero del corriente año se ha expedido un decreto supremo que modifica el art. 33º del Reglamento de la L. de P. Este dispositivo concordante con el art. 20º de la L. de P. (Ver nota 60) establece que el permiso de reconocimiento no concede derecho ni preferencia alguna al permisionario para obtener concesiones de exploración o explotación en el área objeto del permiso de reconocimiento. El Decreto de 19 de febrero dispone que el permiso de reconocimiento concede a las personas naturales o jurídicas nacionales el derecho preferencial sobre las áreas que soliciten para la obtención de concesiones de exploración o explotación; a tal efecto el permisionario deberá acreditar fehacientemente las inversiones realizadas, que calificará la Dirección de Petróleo. La simple lectura del decreto muestra clara su ilegalidad pues viola el art. 20º de la L. de P. Con-

(62) Art. 61º— Son áreas de reserva nacional: 3º ... Las que expresamente fueran reservadas por Resolución Suprema, expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, para cualquiera de los fines a que se refiere el artículo siguiente.

Exposición de Motivos: La sub-zona denominada Complementaria que tiene las mejores probabilidades petrolíferas por estar parte de su área comprendida en la zona del Oriente, será otorgada por el sistema de licitación, mientras que las extensiones restantes del mencionado sistema hidroeléctrico del Mantaro que no ofrecen las mismas posibilidades conforme ha quedado demostrado en los estudios exploratorios llevados a cabo en la zona de la Costa, parte de la cual comprende esta sub-zona Principal, serán otorgadas por el sistema ordinario que establece la Ley Nº 11780. Esta necesidad y conveniencia hoy día está plenamente justificada, por cuanto con el resultado obtenido en las exploraciones en la zona de Aguaytía, abriendo las posibilidades de un descubrimiento de un enorme potencial gasífero, las áreas de la sub-zona Complementaria se han valorizado en lo que a petróleo se refiere y precisa que su exploración y explotación esté orientada a su mejor y más pronto aprovechamiento y en la forma más beneficiosa para el País...

forme al art. 20º citado el permisionario no goza de preferencia, sin embargo el decreto de 19 de febrero se la confiere, más aún confiere preferencia a las personas naturales o jurídicas nacionales excluyendo a las extranjeras, lo que tampoco está arreglado a ley. La cuestión no requiere mayor comentario.

Por último, me referiré a las críticas formuladas contra el Decreto Supremo N° 8 aplicable a la zona de influencia del Mantaro. Se dice que el Poder Ejecutivo no estaba facultado por la Ley N° 13769 para modificar el Código de Minería, ni tampoco es permisible la delegación de poderes porque atenta contra el principio clásico de división de los poderes del Estado que asigna a cada uno su propia y específica función, el artículo adicional de la ley sería inconstitucional.

La delegación de poderes es problema debatido, aunque se advierte la tendencia a permitirla respondiendo a exigencias inaplazables de la realidad a fin de evitar el moroso mecanismo parlamentario. En el Perú, como señala CASTILLO (63) no existe disposición constitucional que prohíba al Parlamento dictar leyes que deleguen al Poder Ejecutivo su competencia de legislar. Sobre el particular hay varios ejemplos; uno de ellos es la Ley N° 12493 de 20 de diciembre de 1955, que en su art. 1º autorizó al Poder Ejecutivo dictar el régimen especial a que debían sujetarse las sustancias radioactivas, el cual fue expedido por Decreto Supremo N° 6 de 28 de diciembre del mismo año que introdujo diversas modificaciones en el C. de M.

Con relación a la inexistencia de una delegación de poderes en la Ley N° 13769, por el contrario es evidente si nos atenemos en primer término, a la interpretación literal porque las palabras *determinar* que utiliza el artículo adicional (64) significa lo mismo que establecer, prescribir, señalar y fijar; y *régimen* equivale a gobierno, modo de gobernarse o regirse en una cosa. Quiere decir por tanto que el Poder Ejecutivo gozaba de autorización para dictar las normas que regularían el otorgamiento de con-

(63) Juan Lino CASTILLO.— Informe presentado a la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo de 27 - 4 - 62.

(64) Artículo Adicional: "El Poder Ejecutivo determinará dentro de los noventa días contados a partir de la promulgación de esta Ley, el régimen de concesiones de aguas, tierras de montaña, minas y petróleo e hidrocarburos análogos, a que estará sujeta la zona de influencia del sistema Hidroeléctrico del Mantaro, comprendida entre los meridianos 72º y 78º de longitud Oeste y los paralelos 10º y 15º de latitud Sur, a fin de asegurar el aprovechamiento racional de esos recursos naturales.

Entretanto, no se admitirán denuncias de la naturaleza y ubicación descritas en el párrafo precedente y quedarán suspendidos los expedientes administrativos en trámite que se refieran a ellas".

cesiones en la zona de influencia del Mantaro, que entraña autorización para modificar el régimen vigente y aun para establecer uno nuevo. En segundo lugar, la intención descrita surge con claridad en el dictamen de la Comisión de Hacienda y Legislación Tributaria: *Estima la Comisión... que el Poder Ejecutivo debe señalar, mediante Decreto Supremo, el régimen de concesiones de aguas, tierras de montaña, minas y petróleo e hidrocarburos análogos...* Ahora bien, la finalidad perseguida de aprovechar racionalmente los recursos naturales en la zona de influencia del Mantaro no podía lograrse mediante la dación de un reglamento. Lo cierto es que el C. de M. ha resultado inadecuado como instrumento de promoción de la sub-zona Complementaria cuyas características exigen un régimen también especial, como se expresa en la Exposición de Motivos (Ver Nota 59). En torno a la sub-zona Principal la misma Exposición de Motivos (65) explica que era preciso dictar normas que impidieran los denuncios especulativos y la retención indebida de concesiones inexploradas adecuando las normas vigentes a la realidad actual puesto que las riquezas naturales deben aprovecharse en armonía con el interés colectivo (66).

(Continuará).

(65) La sub-zona Principal que comprende mayormente terrenos de Sierra y Costa, corresponde a la región minera que tradicionalmente ha sido objeto de la más intensa explotación y en la cual las disposiciones del Código de Minería han demostrado de modo general ser suficiente instrumento promotor. Cree la Comisión pues, que para la sub-zona Principal las disposiciones del Código de Minería en su mayor parte deben continuar vigentes, salvo las necesarias mejoras a introducirse que impidan la conservación especulativa y estéril de los denuncios, según el pensamiento expresado por la Comisión de Hacienda y Legislación Tributaria del Senado.

(66) La opinión que sustento ha sido confirmada: 1º) Por el Dr. Juan Lino CASTILLO en el informe aludido de 11 de marzo de 1962, donde dice: "En cumplimiento de la citada disposición legal el Poder Ejecutivo dictó, con fecha 17 de marzo de 1962, el Decreto Supremo Nº 8 - F, inapropiadamente llamado reglamento de la Ley 13769. En realidad, este Decreto Supremo es una ley, no sólo porque contiene normas jurídicas, sino porque ha sido dictado en ejercicio del mandato de una ley regularmente emanada del Parlamento. Es una ley delegada, cuya dación agotó la competencia conferida..." y 2º) Por la Federación Nacional de Colegios de Abogados al absolver una consulta del Instituto de Ingenieros de Minas, con fecha 25 de octubre de 1962, diciendo; "...El aspecto referente a la delegación por el Congreso Nacional de la función legislativa en favor del Poder Ejecutivo, sobre el cual no existe uniformidad de criterio en la doctrina, pero en la práctica, en lo que concierne a nuestro país, presenta numerosos casos de leyes dictadas por delegación... En opinión del suscrito el encargo hecho al Poder Ejecutivo en el sentido de determinar los regímenes de concesiones dentro de la zona de influencia del río Mantaro lleva consigo la atribución de modificar los existentes por medio de la implantación de normas especiales, de aplicación local, siempre que respondan al propósito de la ley que es asegurar el aprovechamiento de los recursos naturales de esa parte de nuestro territorio. El citado artículo adicional habría carecido de objeto y aún de sentido si el ejercicio de la facultad otorgada al Poder Ejecutivo tuviera que ajustarse a las normas anteriores a la dación de la Ley Nº 13769 porque en tal caso nada habría que determinar en lo concerniente a concesiones ya reglamentadas".