

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA Y CONFLICTOS SOCIALES EN
COMUNIDADES CAMPESINAS DE PUNO (AÑO - 2015)**

PRESENTADA POR:

GUILLERMO CUTIPA AÑAMURO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

**RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA Y CONFLICTOS SOCIALES EN
COMUNIDADES CAMPESINAS DE PUNO (AÑO - 2015)**

PRESENTADA POR:

GUILLERMO CUTIPA AÑAMURO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

:


.....
Dr. EDGARDO PINEDA QUISPE

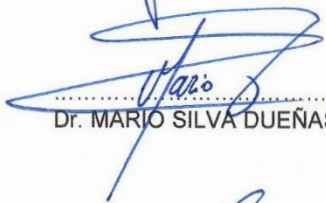
PRIMER MIEMBRO

:


.....
Dr. BORIS ESPEZÚA SALMÓN


SEGUNDO MIEMBRO

:


.....
Dr. MARIO SILVA DUEÑAS

ASESOR DE TESIS

:


.....
Dr. VICENTE ALANOCA AROCUTIPA

Puno, 01 de febrero de 2017.

ÁREA: Derecho

TEMA: Régimen de concesiones mineras

LÍNEA: Sistema jurídico nacional

DEDICATORIA

A Dios y a la memoria de mis padres
Higinio y Silveria, por darme la vida y
protección desde el cielo.

A Guadalupe, amiga,
compañera y esposa de siempre por
su cariño y comprensión.

A mis hijos Luis Guillermo,
Diana Teresa y Fernando que son la
esperanza del mañana.

AGRADECIMIENTOS

- A la Universidad Nacional del Altiplano y a la Escuela de Post Grado por haberme acogido en el Programa de Doctorado en Derecho.
- A los destacados docentes del Programa de Doctorado en Derecho por su valiosa contribución académica.
- A las poblaciones aimaras y quechuas de las comunidades campesinas de la región de Puno.
- Al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – Puno (INGEMMET).
- A la Dirección Regional de Energía y Minería (DREM-PUNO).
- A los miembros del Jurado de Tesis por su valioso aporte en la presente investigación.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
ÍNDICE GENERAL.....	III
ÍNDICE DE CUADROS	X
ÍNDICE DE FIGURAS	XI
ÍNDICE DE ANEXOS	XII
LISTA DE SÍMBOLOS Y ABREVIATURAS	XIII
RESUMEN	XV
ABSTRACT	XVI
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

1.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.2	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	8
	1.2.1 Problema general.....	8
	1.2.2 Problemas específicos.....	8
1.3	JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9

1.4	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.4.1	Objetivo general	10
1.4.2	Objetivos específicos	10
1.5	HIPÓTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.5.1	Hipótesis general	11
1.5.2	Hipótesis específicas	11
1.6	UNIDADES Y EJES DE INVESTIGACIÓN.....	12

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1	ANTECEDENTES	13
2.2	MARCO TEÓRICO.....	24
2.2.1	El dominio minero o propiedad de recursos mineros	24
2.2.2	La concesión minera	32
2.2.3	Los conflictos sociales de concesiones mineras.....	39
2.2.4	Sistema concesional en derecho comparado	44
2.3	MARCO CONCEPTUAL.....	67
2.3.1	Estado.....	67
2.3.2	Gobierno	67
2.3.3	Pueblos indígenas u originarios	68

2.3.4 Territorio.....	68
2.3.5 Yacimiento minero	69
2.3.6 Mina	69
2.3.7 Minerales	69
2.3.8 Propiedad.....	70
2.3.9 Concesión minera	70
2.3.10 Conflicto social.....	71
2.3.11 Derechos colectivos	71
2.3.12 Recursos naturales	72

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	74
3.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	75
3.3 OBJETO DE INVESTIGACIÓN	75
3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	76
3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	76
3.6 PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS).....	77

3.7	DISEÑO O INTERPRETACIÓN DE DATOS (PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS).....	77
-----	--	----

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1	UNIDAD DE INVESTIGACIÓN I: EL DOMINIO ESTATAL DE LOS RECURSOS MINEROS EN EL PERÚ	79
4.1.1	El sistema de dominio estatal de los recursos mineros.....	79
4.1.2	La naturaleza jurídica de dominio minero del estado.....	80
4.1.3	Las características jurídicas de dominio minero del estado	81
4.1.4	El desarrollo histórico de dominio minero peruano	83
4.1.5	La interpretación jurídica de la propiedad de los recursos mineros	104
4.1.6	Posición doctrinaria.....	105
4.1.7	El reconocimiento de las comunidades campesinas en el ordenamiento jurídico nacional	112
4.2	UNIDAD DE INVESTIGACIÓN II: FUENTES DOCTRINARIAS Y NORMATIVAS DE RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA.....	116
4.2.1	El régimen normativo de concesiones mineras.....	116
4.2.2	La concesión minera en el ordenamiento minero peruano	119
4.2.3	La división legal de superficie y yacimiento	122

4.2.4	Las posiciones doctrinarias.....	123
4.2.5	Las características de la concesión minera	130
4.2.6	La naturaleza jurídica de la concesión minera	134
4.2.7	Los supuestos de pérdida de concesión minera	135
4.2.8	El desarrollo de concesiones mineras en territorio de comunidades campesinas.....	138
4.2.9	Las concesiones mineras en territorios de las provincias	139
4.2.10	Los regímenes de concesión minera en la región de Puno	140
4.2.11	Las consecuencias de la aplicación de la ley de concesiones mineras	141
4.2.12	Las concesiones mineras y derecho de participación en la explotación de recursos mineros	147
4.3	UNIDAD DE INVESTIGACIÓN III: CONFLICTOS SOCIALES EN COMUNIDADES CAMPESINAS POR CONCESIONES MINERAS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN.....	152
4.3.1	El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones mineras	152
4.3.2	Los títulos habilitantes adicionales de concesión minera.....	156
4.3.3	Los principios del procedimiento ordinario minero	158
4.3.4	Los actores y roles en el procedimiento minero	160

4.3.5	Las normas legales cuestionadas en los conflictos mineros.....	160
4.3.6	Las concesiones mineras y desarrollo de los conflictos mineros	163
4.3.7	El estado de conflictos mineros en las comunidades campesinas quechuas	166
4.3.8	El estado de conflictos mineros en comunidades campesinas aimaras	171
4.3.9	La minería informal en los conflictos mineros de concesión	174
4.3.10	Los actores del conflicto en las concesiones de explotación minera.....	177
4.3.11	Las concesiones mineras y derecho de consulta de comunidades campesinas.....	180
4.3.12	¿La ley de consulta previa sería un mecanismo de resolución de conflictos mineros?	186
4.3.13	El análisis de conflictos mineros de concesión en comunidades campesinas de Puno.....	189
4.4	CORRELACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	194
4.4.1	Para la hipótesis específica I	194
4.4.2	Para la hipótesis específica II	197
4.4.3	Para la hipótesis específica III	199

CONCLUSIONES	201
RECOMENDACIONES	204
BIBLIOGRAFÍA	206
ANEXOS	211

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
1. Recursos naturales, propiedad y comunidades campesinas en la constitución política	115
2. Estado de concesiones mineras – Región Puno	138
3. Área ocupada por concesiones mineras por provincias – Región Puno	139
4. Régimen de concesión minera – Región Puno.....	141
5. Concesiones mineras en áreas étnicas – Región Puno	142
6. Concesiones, procedimiento y disposición de tierras para actividades extractivas	150
7. Normas de participación ciudadana y “derechos” de las comunidades campesinas	151
8. Estado de conflictos sociales vinculados con las concesiones mineras – Región Puno	165
9. Normas internacionales que regulan el derecho de consulta	181
10. Derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.....	193
11. Condición jurídica de comunidades campesinas – Región Puno	236

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
1. Actividades de un proyecto minero.....	137
2. Procedimiento minero.....	154
3. Mapa de superposición de concesiones mineras – Perú.....	234
4. Mapa de principales titulares mineros a nivel nacional.....	235

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Proyecto de ley “derecho de las comunidades originarias”	212
2. Matriz de consistencia	237

LISTA DE SÍMBOLOS Y ABREVIATURAS

ANA	: Autoridad Nacional del Agua
ANP	: Áreas Naturales Protegidas
CIDD	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CMRR	: Comisión Multisectorial para la Recuperación de la Cuenca del Río Ramis
CPD	: Comisión por la Paz y el Desarrollo
DF	: Defensoría del Pueblo
DL	: Decreto Legislativo
DRA	: Dirección Regional Agraria
DREM	: Dirección Regional de Energía y Minas
INGEMMET	: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico
MINAM	: Ministerio del Ambiente
MINEM	: Ministerio de Energía y Minas
OAAS	: Oficina de Asesoramiento de Asuntos Socioambientales
OEFA	: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
OGGS	: Oficina General de Gestión Social
OIT	: Organización Internacional del Trabajo

ONDS-PCM : Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del
Concejo de Ministros

PMA : Pequeño Minero Artesanal

PPM : Pequeño Productor Minero

RG : Régimen General

RUC : Registro Único de Contribuyentes

SERNANP : Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas

TC : Tribunal Constitucional

TUO : Texto Único Ordenado

UTM : Universal Transversal Mercator

INE : Instituto Nacional de Estadística

RESUMEN

La investigación enfatiza en la doctrina que consagra el dominio originario de los recursos minerales al colectivo jurídico, político y social denominado Nación. Esta doctrina jurídica es una herencia del derecho minero indiano de la colonia, y el Estado peruano ha acogido en la legislación minera. Se trata de una doctrina importada que no reconoce la propiedad del subsuelo y los recursos mineros a los propietarios del suelo (comunidades campesinas). La revisión de la información doctrinaria, normativa y jurisprudencial ha permitido constatar que las concesiones mineras en nuestro país tienen su fundamento en la teoría dominialista de los recursos minerales y no en la teoría de accesión. Desde el periodo colonial seguido del republicano esta doctrina se impuso a través de regulaciones positivas en materia de concesión. Pero a fines del siglo XX y a inicios del siglo XXI toma más fuerza en su ejecución. Así, las concesiones mineras crecen en el territorio nacional por el incremento de la demanda mundial por recursos mineros. El territorio nacional se ha convertido en un importante receptor de la inversión y abastecedora de dicha demanda. Estos cambios trajeron reformas en la legislación minera y conflictos sociales en las comunidades campesinas por no regularse la consulta y participación en los procedimientos de otorgamiento de concesiones mineras. Sino por el contrario excluye como actores del proceso a las comunidades campesinas. Este es el caso de las comunidades aimaras y quechuas de la región de Puno.

Palabras clave: actividades mineras, conflictos sociales, comunidades campesinas, concesión, derechos indígenas, derecho minero, dominio minero, Estado, minería, recursos minerales.

ABSTRACT

The research emphasizes in the doctrine that consecrates the original domain of the mineral resources to the legal, political and social collective denominated Nation. This legal doctrine is an inheritance of Indian mining law of the colony and the Peruvian State has accepted in the mining legislation. It is a doctrine that does not recognize the ownership of the subsoil and the mining resources to the landowners (peasant communities). The review of the doctrine, normative and jurisprudential information has verified that the mining concessions in our country have its foundation in the dominialist theory of the mineral resources and not in the theory of the adhesion. From the colonial period followed by the republican this doctrine was imposed through positive regulations in the matter of concession. But at the end of the XX century and at the beginning of the XXI century it takes more force in its execution. Thus the mining concessions grow in the national territory by the increase of the world demand for the mining resources. The national territory has become an important recipient of the investment and provider of such demand. These changes brought reforms in the mining legislation and social conflicts in the peasant communities by not regulating the consultation and participation in the procedures of concession of mining concessions. But on the contrary it excludes as actors of the process the peasant communities. This is the case of the aymara and quechua communities in Puno region.

Keywords: mining activities, social conflicts, peasant communities, concession, indigenous rights, mining law, mining domain, state, mining, mineral resources.

INTRODUCCIÓN

En tiempos actuales son innumerables las demandas de personas naturales y jurídicas por obtener concesiones mineras del Estado para desarrollar las actividades mineras en el territorio nacional y sobretodo en territorios de las comunidades campesinas, donde existen abundantes reservas de minerales metálicos y no metálicos. En este sentido, con mucha certeza se califica que el Perú es un país minero y mineralizado. Sin embargo, muchas comunidades campesinas son propietarias de terrenos superficiales en cuyo subsuelo existen minerales que están concesionados en su gran mayoría por empresas privadas de capitales nacionales e internacionales; estas empresas no pueden explotar o si están explotando tiene conflictos con las comunidades vecinas o con las que están encima de las concesiones o minas.

Motivados en el estudio de los temas vinculados al derecho minero y a los derechos de las comunidades campesinas que están enmarcados en el ámbito constitucional y en el derecho internacional e impulsado por nuestra vocación de contribuir a mejorar los conocimientos en estas materias es que a través del presente trabajo de investigación titulado “RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA Y CONFLICTOS SOCIALES EN COMUNIDADES CAMPESINAS DE PUNO”, me permito postular que la doctrina dominialista regalista adoptada por el Estado peruano tiene una deficiencia en su concepción que no se ajusta a la realidad de las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales.

En este sentido, constituye una necesidad primordial revisar los orígenes y fuentes del dominio originarios de los recursos naturales y las modalidades de administración de estos recursos en el derecho nacional y en el derecho

comparado. El estudio sin embargo, tiene como objeto enfrentar otro problema actual, los conflictos mineros, el mismo que tiene su origen en el procedimiento de otorgamiento de las concesiones mineras que se desarrolla sin consulta previa ni participación de las comunidades campesinas.

El derecho nacional y el comparado mantienen polémicas importantes respecto a la pertinencia del sistema dominialista regalista de los recursos minerales y la eficacia del mismo frente al sistema de accesión. A la luz de estos sistemas se ha ejecutado el régimen de concesión minera en el territorio nacional. En este sentido, el problema identificado y motivador de la presente investigación es la ineficacia del sistema concesional minero que aplicado en las realidades de las comunidades campesinas ha generado conflictos e inseguridad jurídica para las inversiones mineras que no tienen legitimidad social en las tierras de las comunidades campesinas de la región de Puno. De un lado, existe inseguridad jurídica en las inversiones de las empresas mineras que a través de procedimientos ordinarios han obtenido legítimamente la concesión minera de exploración y explotación. Por otra parte, están las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales que se sienten excluidas y desprotegidas por el Estado cuando el subsuelo de sus tierras es entregado a la empresa minera o está siendo explotado por las empresas mineras sin obtener beneficio de las utilidades que genera la explotación de este recurso. El resultado es entonces el conflicto entre comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales y los concesionarios de los minerales autorizados por el Estado para la extracción de los mismos. Este problema es común en las tierras de las comunidades campesinas de la sierra que son ricas en recursos minerales. La Doctrina y la Jurisprudencia han identificado criterios válidos

respecto a los derechos de propiedad de los recursos naturales de las comunidades campesinas y ha planteado a la vez posibles soluciones concretas: el derecho de consulta y participación en los proyectos de inversión que se pretende ejecutar o se ejecutan en los territorios de las comunidades campesinas.

Por tanto, pongo a consideración para la crítica correspondiente el presente estudio, que de seguro coadyuvará a enriquecer el sistema de concesión minera en las comunidades campesinas del Perú.

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Perú los recursos naturales que existen en el suelo y subsuelo pertenecen al Estado. Este mediante reglas o procedimientos puede entregar a personas naturales o jurídicas el derecho a explotar los yacimientos mineros. Sin embargo, estas reglas establecidas por el Estado han causado conflictos sociales en las comunidades campesinas propietarios de los terrenos superficiales en cuyo subsuelo se ubican importantes yacimientos minerales. El conflicto social vinculado con el sistema de concesión minera de exploración y explotación se ha multiplicado en nuestro país. A diario vemos en medios de comunicación o períodos que las poblaciones vecinas a la mina o comunidades campesinas que están encima de las concesiones protestan, rechazan o cuando están operando presionan demandando derechos de consulta y participación en los procedimientos y en las utilidades que genera la

explotación de los recursos mineros. El problema se ha convertido en hechos de violencia social en el país.

Este es la razón por lo que es fundamental explorar el contenido de la fuente doctrinaria que sustentan el dominio minero peruano y su sistema de concesión minera para entender los postulados y jurisprudencia que amparan los derechos del Estado y los derechos de las comunidades campesinas en materia de minería.

El Estado y los gobiernos de turno en mérito a su imperio se han caracterizado por otorgar concesiones mineras y no garantizar al mismo tiempo los derechos colectivos de las poblaciones campesinas. La justificación de estas medidas ha sido el desarrollo del país y la búsqueda de la inclusión social, combatir la pobreza y pobreza extrema que afecta a la mayoría de la población peruana. Pero lo paradójico es que los recursos minerales que se exploran o se explotan se encuentran en el subsuelo de las tierras que ocupan las comunidades campesinas de las que la población no se beneficia de las utilidades que genera esta actividad. Incluso estudios serios como de INE dan cuenta que poblaciones cercanas a las minas o centros mineros son pobres o se encuentran en extrema pobreza.

La realidad es que la relación entre el Estado, grupos de empresas mineras y las poblaciones de las comunidades campesinas de la sierra ha sido y sigue siendo tensa y llena de conflictos. Se sigue discutiendo el interés público y los intereses colectivos de las comunidades andinas sobre los recursos minerales existentes en el subsuelo que las ocupan.

En este escenario de conflictividad social se promulgó la Ley de la Consulta Previa a los pueblos indígenas. Muchos esperaban que con esta norma se resolvería la conflictividad social en las tierras y en los territorios de las comunidades campesinas de la sierra. Sin embargo, esto no ha sido así. La realidad nos muestra que siguen los conflictos sociales que tiene su origen en las concesiones mineras de exploración y explotación. No se puede negar que con el acto administrativo unilateral que otorga títulos de concesión minera en los territorios de las comunidades campesinas se inicia una cadena de conflictos sociales que ponen en riesgo la inversión privada y, por otro lado, se afecta los derechos fundamentales de las poblaciones altoandinas.

En los territorios de las comunidades campesinas de Puno se ha otorgado concesiones mineras a grupos de empresas privadas en forma indiscriminada y sin considerar el espacio vital de las comunidades. Tampoco en los procedimientos de concesión minera las comunidades campesinas participaron como actores del proceso en la toma de decisiones. El resultado es el conflicto social entre la empresa minera concesionaria que ha cumplido con la legislación minera y, por otra parte, las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales en cuyo suelo se encuentran los yacimientos minerales. Estas concesiones indiscriminadas sin consulta previa y participación es probablemente la causa de los conflictos sociales que se expresan en las comunidades campesinas de la sierra peruana. Los titulares de las concesiones mineras son en su mayoría empresas privadas con capitales nacionales e internacionales que después de haber cumplido con la ley encuentran

oposición a las actividades de exploración o estando en explotación no tienen legitimidad social en las tierras o en territorios cuyos propietarios y/o poseedores de los terrenos superficiales son las comunidades campesinas.

El problema identificado de la presente investigación es la ineficacia del sistema concesional minero que aplicado en las realidades de las comunidades campesinas genera conflictos e inseguridad jurídica para las inversiones mineras que no tienen legitimidad social en las tierras de las comunidades campesinas de la región de Puno. De un lado, existe inseguridad jurídica en las inversiones de las empresas mineras que a través de procedimientos ordinarios han obtenido legítimamente la concesión minera de exploración y explotación. Y, por otro parte, están las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales que se sienten excluidas y desprotegidas por el Estado cuando el subsuelo de sus tierras es entregados a la empresa minera o están siendo explotados por las empresas mineras sin obtener beneficio de las utilidades que genera la explotación de este recurso minero. El resultado es entonces el conflicto entre comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales y los concesionarios de los minerales autorizados por el Estado para la extracción de los mismos. Este problema es común en las tierras de las comunidades campesinas de la sierra que son ricas en recursos minerales metálicos y no metálicos. El problema adquiere mayor relevancia cuando se tiene permiso de concesión para las actividades de exploración y explotación de los recursos mineros y las comunidades campesinas o pueblos vecinos toman minas o impiden el

acceso a las minas o estando en operación se cuestiona sus actividades mineras.

Cuando las personas naturales o jurídicas adquieren concesión lo hacen con la finalidad de explorarlos y explotar su concesión premunidos de seguridad jurídica. Por ello es necesario que nuestro sistema legal minero genere los mecanismos necesarios de participación para que los actores o sujetos de la concesión y las comunidades afectadas observen la ineficacia de la norma legal de concesión minera para perfeccionarlos.

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.2.1 Problema general

¿Cuáles son las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros y su régimen de concesión minera que causan conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de la región de Puno?

1.2.2 Problemas específicos

1. ¿Qué fuentes doctrinarias y normativas sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros?
2. ¿Cuáles son las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan el régimen de concesión minera en el Perú?
3. ¿Cómo el régimen de concesión minera causa conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de la presente investigación se justifica en la medida que es un problema de actualidad y un tema sensible no resuelto por el Estado peruano. Por lo que su significancia radica en la necesidad de examinar los fundamentos doctrinarios y normativos que sustentan la “propiedad” de los recursos naturales y sistema de concesión minera de exploración y explotación, sus límites, alcances, su aplicación y sus impactos sociales en el territorio nacional, teniendo en cuenta que la minería es una de las actividades más importantes para el desarrollo económico y social de nuestro país. Y también una actividad que no tiene legitimidad social a pesar de su contribución económica a través de la responsabilidad social empresarial en las comunidades campesinas.

Se constata que en el régimen de concesión minera existe abuso del derecho, arbitrariedad, vacíos legales y afectación a derechos fundamentales de las comunidades campesinas. No existe derecho de consulta y participación en los procedimientos y en las utilidades que genera la explotación de los yacimientos minerales. Menos en los procedimientos de otorgamiento de concesión minera derechos de preferencia para las comunidades campesinas.

Por lo que este trabajo se justifica por la necesidad de plantear sugerencias que permitan una legislación minera más equilibrada o justa, respetuosa de los derechos humanos a fin de mejorar nuestro sistema de concesión minera y evitar abusos y reducir la conflictividad social en las comunidades campesinas. En otras palabras, a través del estudio se

busca proponer una reforma legislativa más equilibrada o justa cuidando los intereses del Estado y de las comunidades campesina.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Objetivo general

Analizar las fuentes doctrinarias y normativas que sustenta la propiedad estatal de los recursos mineros y su régimen de concesión minera que causan conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.

1.4.2 Objetivos específicos

1. Analizar las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros.
2. Analizar las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan el régimen de concesión minera en el Perú.
3. Analizar el régimen de concesión minera que causa conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.

1.5 HIPÓTESIS Y UNIDADES DE INVESTIGACIÓN

Siendo una investigación predominantemente cualitativa y revisada la bibliografía de la investigación jurídica, se plantean hipótesis en la medida que estas orientan el sentido de la investigación, dado que la proyección es encontrar resultados sobre el tema que se estudia.

1.5.1 Hipótesis general

La teoría dominialista regalista y el marco normativo son las fuentes que sustentan la propiedad estatal de las minas y su régimen de concesión minera limitando los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos mineros que causan los conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.

1.5.2 Hipótesis específicas

1. La teoría dominialista regalista de la mina es la fuente que sustenta la propiedad estatal de los recursos mineros en el Perú y también limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos mineros.
2. La concesión minera es un acto administrativo real tanto en su génesis como en sus efectos jurídicos que constituye el Estado a favor del concesionario para el aprovechamiento y utilización de los recursos mineros y no admite el derecho de participación de las comunidades campesinas en la gestión de recursos mineros.
3. La omisión de consulta previa en el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras y su posterior explotación con impactos negativos de los territorios de las comunidades campesinas son las causas principales de los conflictos mineros en la región de Puno.

1.6 UNIDADES Y EJES DE INVESTIGACIÓN

UNIDADES DE INVESTIGACIÓN	EJES	SUB-EJES
<p>1. Propiedad estatal de los recursos mineros</p>	<p>1.1. Fuentes doctrinarias</p> <p>1.2. Fuentes normativas</p>	<p>1.1.1. Teorías de la accesión</p> <p>1.1.2. Teoría dominalista</p> <p>1.1.3. Teoría regalista</p> <p>1.1.4. Sistema concesional minero en América latina (Chile, Colombia, Ecuador y Bolivia).</p> <p>1.2.1. Constitución Política del Perú.</p> <p>1.2.2. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (D.S. N° 014-92-EM).</p> <p>1.2.3. Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. N° 018-92-EM).</p>
<p>2. Régimen de concesión minera</p>	<p>2.1. Fuentes doctrinarias</p> <p>2.2. Fuentes normativas</p> <p>2.3. Derechos de los pueblos indígenas</p>	<p>2.1.1. Concepto</p> <p>2.1.2. Características</p> <p>2.1.3. Naturaleza jurídica</p> <p>2.1.4. Elementos y principios.</p> <p>2.1.5. Diferencias con otros actos administrativos.</p> <p>2.2.1. Constitución Política del Perú.</p> <p>2.2.2. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (D.S. N° 014-92-EM).</p> <p>2.2.3. Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. N° 018-92-EM).</p> <p>2.3.1. Convenio 169 de la OIT.</p> <p>2.3.2. Ley de consulta previa.</p> <p>2.3.3. Jurisprudencias de Corte IDH (sentencias).</p> <p>2.3.4. Jurisprudencia de TC (sentencias).</p>
<p>3. Conflictos sociales en comunidades campesinas de la región de Puno</p>	<p>3.1. Concesiones mineras en Puno.</p> <p>3.2. Tipología de conflictos.</p> <p>3.3. Componentes del conflicto.</p> <p>3.4. Demanda de derechos.</p>	<p>3.1.1. Provincias, distritos y comunidades campesinas.</p> <p>3.2.1. Activos, latentes y en observación.</p> <p>3.3.1. Actores, estado, y fases.</p> <p>3.4.1. Derecho de consulta y participación.</p>

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES

Mencionaremos los estudios previos realizados a nivel nacional e internacional que guardan alguna relación con el problema planteado y con los objetivos del estudio:

Vildósola (1999), en su estudio llega a las siguientes conclusiones:

- Que la especie humana, para existir y desarrollarse desde los tiempos más remotos, ha requerido, utilizado y aprovechado permanente y sistemáticamente los recursos naturales, sean estos renovables (aire, agua, terreno agrícolas, bosques), o no renovables (o agotables), como son los recursos mineros, es un hecho histórico inamovible y así se ha verificado en el transcurso de los siglos. Asimismo, está suficientemente comprobado que dichos recursos mineros (metálicos y no metálicos) poseen una naturaleza física, química, geológica y mineralógica, así como ciertas características físicas consustanciales y únicas, comunes a

todos ellos a nivel planetario, que originan y justifican la necesidad de su obtención, dominio o posesión y control en un marco adecuado y funcional de orden económico, jurídico y político que permita su utilización y aprovechamiento por los hombres, en el ciclo natural ineludible de reconocimiento, exploración, descubrimiento, explotación, y un determinado procesamiento y tratamiento metalúrgico, según los casos, independientemente del lugar en que aquellos están ubicados y del tipo o clase de actividades desarrolladas en función del referido ciclo.

- Que los recursos minerales normalmente son desconocidos al inicio, presentan formas irregulares en la superficie o en el subsuelo del planeta y están distribuidos al azar, con total abstracción de razas, religiones, regímenes e ideologías políticas o económicas, y sin vinculación alguna con las teorías y doctrinas económicas y principios y sistemas legales que los hombres han concebido, elaborado y estructurado a través de los tiempos, para obtenerlos, controlarlos y aprovecharlos, sea en calidad de propietarios, poseedores u otras formas de dominio.
- Que uno de los factores básicos decisivos de la fortaleza, influencia y peso internacional a nivel mundial, y de la potencialidad cuantitativa y cualitativa de orden económico de los Estados modernos y postmodernos, depende y ha estado condicionado y estructurada por la efectiva y real influencia y participación en el dominio y control de los recursos mineros. Dicho control, se puede decir, está representado y expresado en el dominio-propiedad

completo o parcial, o en su sola posesión –en ciertos casos-, e incluso en la simple tenencia física territorial, política de hecho (exploración y explotación colonial) de los recursos minerales que permiten la actividad minera. Esta última, a su vez, ha estado condicionada, asegurada y desarrollada en el marco de una mayor o menor definición, intensidad y concepción jurídica del dominio y/o posesión de los recursos mineros, permitiendo acceder a ellos y aprovecharlos, mediante la regulación de un conjunto de principios, conceptos, estructuras e instrumentos jurídicos legales que configuran básicamente **el sistema concesional**, incorporado e integrado en prácticamente todas las legislaciones positivas mineras de América Latina y el Caribe.

- El estudio histórico y la reconstitución jurídica minuciosa y exhaustiva, por una parte, y el correspondiente análisis en su rico y complejo contexto económico y político e incluso sociocultural de la actividad minera, por otra, desde tiempos remotos, tanto en el campo de los principios y conceptos de la dogmática jurídica, como en los estudios de los diversos cuerpos y estructuras legales positivas, nos permite observar, constatar y concluir que dicho dominio se ha originado, definido y atribuido (en el pasado y hasta el día de hoy), en el marco de tres grandes sistemas: i) *derecho fundiario* o de la “accesión”; ii) *dominio minero eminente*; y iii) teorías-doctrinas *res nullius* y ocupación.

Belaunde (2011), en su investigación concluye:

- De acuerdo al Artículo 66° de la Constitución de 1993, que en este aspecto mantiene una línea de continuidad con las anteriores cartas políticas a partir de la de 1920, los recursos naturales mineros ubicados dentro del territorio del Perú, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, que para ese efecto otorga concesiones que confieren a su titular un derecho real. Las condiciones de utilización de los recursos naturales mineros y de su otorgamiento a los particulares, deben ser fijadas por ley orgánica. El TUO es anterior a la vigencia de la Constitución de 1993 y por esa razón no tiene la jerarquía formal de ley orgánica, vacío que debe ser cubierto mediante una disposición legal que le confiera esa calidad.
- La concesión minera en su sentido amplio es la institución fundamental en torno a la cual gira el Derecho Minero en el Perú. Es aplicable tanto a los particulares como al Estado mismo, cuando supletoriamente ejerza la actividad minera a través de una empresa estatal. Sin concesión no se puede ejercer actividad minera, salvo el cateo, la prospección y la comercialización, que son actividades colocadas en los dos extremos de la industria.
- La concesión confiere derechos adicionales en cuanto al uso gratuito y automático del terreno superficial de la concesión, en el caso de que fuere eriazos, e igualmente el derecho a solicitar el uso gratuito de terrenos eriazos circundantes para el fin económico de

la concesión. Estos derechos adolecen de la dificultad creada por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 26505 y su Reglamento, en virtud del cual a partir de su fecha de vigencia, el Estado procederá a la venta o concesión de las tierras eriazas de su dominio en subasta pública. Con la dificultad adicional que el Reglamento está diseñado para la venta o concesión de tierras en pública subasta para fines agrícolas, más no para otros.

- El concesionario tiene el derecho a solicitar la imposición de servidumbres sobre terrenos de propiedad de terceros. Estas servidumbres requieren del consentimiento previo del propietario afectado. En el caso de que no se logre dicho consentimiento, existe un procedimiento para la imposición de la servidumbre que culmina con una Resolución Suprema, refrendada por los ministros de Agricultura y de Energía y Minas, en la que se establece el justiprecio e indemnización a favor del propietario.
- La concesión minera es una institución jurídica proveniente de una larga evolución histórica y que seguirá sufriendo transformaciones acordes con las necesidades que se presenten en el futuro por razones de carácter político, económico, técnico y social. El Estado cumple el triple rol de titular del dominio originario de los recursos naturales mineros y también de autoridad que otorga las concesiones así como de fiscalizador de la actividad minera. Las concesiones cumplen a su vez la función de resguardar los derechos de la sociedad y las expectativas económicas de los inversionistas que las adquieren con arreglo a las formas y

modalidades previstas en la ley. La armonización de los intereses generales de la sociedad con los intereses particulares de los inversionistas, tiende a reflejarse en un desarrollo armonioso, sostenible y sostenido de las naciones.

Karp - Toledo (2014), llega a las siguientes conclusiones:

- En el Perú, como en otros países de América Latina, las problemáticas de los pueblos indígenas aún representan serios desafíos para la consolidación de los valores democráticos y el Estado de derecho. En este contexto, la exclusión de los indígenas de los procesos de formulación, implementación y seguimiento de políticas públicas que les atañen directamente evidencia una de las tantas grietas de la democracia contemporánea.
- La noción de ser indígena y los derechos de las poblaciones originarias, tienen más repercusión en foros y debates internacionales. En éstos se cuestionan los modelos económicos basados en un extractivismo tradicional de los recursos naturales y la acumulación de ganancias generadas por el sector extractivo, sin que éstas sean acompañadas de un justo y debido proceso de redistribución. En este contexto, los pueblos indígenas piden autonomía de gestión en sus territorios. No solicitan autonomía para separarse del país e ir en contra de los intereses soberanos. La solicitan para decidir –al igual que los ciudadanos no indígenas– sobre sus procesos de desarrollo en materia de gobierno, economía, administración, salud, educación y formas de vivir.

- La pasividad del Estado ante las múltiples necesidades indígenas no solo ha generado una situación de malestar reflejada en un 42% de conflictos sociales en comunidades campesinas y nativas entre el 2006 y el 2013. También, conllevó a una situación de deterioro del medio ambiente indígena, a pérdida de conocimientos ancestrales y de la diversidad lingüística y cultural.
- Un problema sustancial es la falta de incorporación de conceptos indígenas sobre territorialidad, políticas y recursos naturales, en la normativa peruana (en general) y en la normativa para pueblos indígenas (en particular). ¿Pero por qué esto constituye un problema? Por una parte porque los conflictos en comunidades son conflictos por la gestión del territorio, sus recursos y sus riquezas, y esto nos afecta a todos. Por otro lado, los estándares normativos-ambientales del Perú de hoy no garantizan el cuidado de los ecosistemas de los territorios indígenas.
- Las poblaciones rechazan – sobre todo - las prácticas mineras que generan impactos tales como: i) el deterioro del medio ambiente; ii) los desplazamientos fuera de sus territorios y localidades (por reasentamiento); iii) las afectaciones negativas sobre las economías locales; iv) la desigual distribución de las riquezas del canon minero; v) las prácticas empresariales tradicionales; y vi) la precariedad del Estado para representar a la población y resolver los problemas oportunamente. Finalmente, el problema radica en la falta de implementación de un sistema de justicia redistributiva de los bienes y servicios generados por la minería.

- En contraste con la discriminación y exclusión social de los indígenas, la creciente influencia de la globalización está creando una imagen positiva e idealizada al posicionar a los pueblos como “guardianes” del medio ambiente y como agentes activos de sus historias y de sus procesos de inclusión social. Sin embargo, en el Perú (pese a la jurisprudencia internacional), aún no se logra una justa y necesaria visibilización cualitativa y cuantitativa de la ciudadanía indígena.

Leyva (2015), en su investigación concluye:

- Los procedimientos de otorgamiento de concesión minera se estructuran bajo el supuesto de que el uso del territorio ya está determinado formalmente y esto, en realidad, es solo parcial. Hay espacios en los territorios donde los usos no están definidos formalmente, pero tienen población que los usa y los ocupa. A pesar de ello, bajo el citado supuesto, se considera que lo no definido formalmente puede tener un uso minero y, en consecuencia, es susceptible de ser otorgado en concesión.
- Todos los países de América Latina tienen políticas y normatividad de transparencia y acceso a la información, unas más implementadas que otras. Sin embargo, en el tema de concesiones mineras, la información está orientada principalmente al usuario, que es la empresa minera o el solicitante particular, por lo que los enfoques de género e intercultural no tienen ninguna relevancia, salvo en el caso colombiano, donde los grupos indígenas tienen un

derecho preferente para la realización de actividades mineras en sus tierras.

- Los conflictos surgen porque las poblaciones locales no tienen manera de participar en el proceso de asignación de usos del suelo para defender sus derechos e intereses. Ellas se suelen enterar cuando la decisión ya está tomada y, por lo tanto, los derechos mineros otorgados.

Defensoría del Pueblo (2015), en su informe N° 001 concluye:

- Los sectores económicos en torno a los cuales gira la mayor cantidad de demandas sociales son: minería, hidrocarburos y energía. El 88% (134) corresponden a conflictos socio ambientales. De estos, el 67% (90) está vinculado a actividades mineras, el 14% (19) al sector hidrocarburos; 11% (15) a recursos energéticos; 5% (siete) a la categoría de “otros” y 3% (tres) a residuos sólidos y saneamiento. En 77 casos (62%) las actividades agrícolas compiten por el recurso hídrico con la minería; con el sector energía, en 10 casos (8%) e hidrocarburos, en cinco (4%). Se trata, por consiguiente, de situaciones muy sensibles en las que entran en tensión el interés por preservar el recurso hídrico y el interés por promover la inversión para el desarrollo. Ambos intereses no son necesariamente incompatibles.
- El 75% de estos conflictos se desarrollan en zonas rurales, generalmente con altos niveles de pobreza, una escasa presencia del Estado y un índice de desarrollo humano bajo, pese a que

muchas regiones perciben montos significativos por canon, regalías, etc. (minero, petrolero o gasífero). El 63% de los casos se ubica en la sierra, el 22%, en la costa y el 10%, en la selva.

Lamadrid (2011), en su investigación concluye:

- En el Perú, a pesar de que somos titulares de la más variada riqueza biológica y mineral, seguimos siendo uno de los países con mayores pasivos ambientales, pobreza, conflictos sociales y regímenes dictatoriales, no habiendo por tanto, perdido vigencia aquella famosa expresión de Antonio Raymondi con respecto a la falta de aprovechamiento sostenible de nuestros recursos (el Perú sigue siendo un mendigo sentado en un banco de oro). Ello, en buena cuenta, se ha debido a la escasa presencia del Estado en materia ambiental y por la desidia e indolencia política, por la corrupción de los gobernantes de turno; pero, más allá de ello, porque la gestión ambiental en nuestro país por siempre ha carecido de una adecuada articulación entre las instituciones encargadas del tema ambiental.
- Democracia significa participación ciudadana. Ella es violada constantemente en nuestro país por parte de los gobernantes de turno; **sobre todo cuando se esconde la información**, cuando no se proporcionan los medios suficientes para acceder a ella; cuando el Estado no da a conocer los acuerdos celebrados con las transnacionales, **cuando en aras del desarrollo económico sacrifica la salud de nuestra gente** (la concesión minera en La

Oroya es un buen ejemplo de ello) y no le importan los reclamos de la población, o cuando no crea mecanismo explícitos e idóneos para acceder a la justicia ambiental.

- **Los conflictos socioambientales en el Perú son originados en buena cuenta por estas graves injusticias.** La falta de conversación del mismo Estado con la población, el ocultamiento de información, las secretas negociaciones, la corrupción, la negativa por parte del Estado de incluir a la opinión ciudadana en los proyectos de inversión, así como la sensación del binomio pobreza más contaminación en las poblaciones aledañas a proyectos de “inversión”, son causas de la indignación popular, y han originado que los mismos ciudadanos, cansados de esperar una respuesta eficaz del Estado, se hayan levantado reclamando el respecto merecido de sus derechos fundamentales.

En los estudios expuestos se hacen un ligero acercamiento al tema de investigación sin agotarlo, fundamentalmente se refieren a la política de otorgamiento de concesiones mineras y los conflictos sociales que acompañan este proceso. No se explica las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros y su régimen de concesión minera que causan conflictos sociales en las comunidades campesinas del Perú.

2.2 MARCO TEÓRICO

2.2.1 El dominio minero o propiedad de recursos mineros

Los sistemas de dominio de los yacimientos mineros que han sido recogidos por la doctrina del Derecho de Minería a través de la historia y que se encuentran vigentes son las siguientes:

a) Teoría de dominio minero fundiario o de accesión

Este sistema tiene su matriz y origen histórico en la antigua civilización romana como derecho fundiario (*fundus-tierra*) y a partir del Siglo XVIII ha sido llamado también de la “accesión”.

El propietario-dueño del terreno superficial tiene y le corresponde, por distintas razones y conceptos, el dominio de los recursos minerales donde están ubicados y situados aquellos, sea en el suelo/superficie o en el subsuelo. A este propietario-dueño corresponde y se atribuye el dominio minero cualquiera sea la naturaleza y las características del recurso - salvo las excepciones establecidas en la respectiva ley -, y con abstracción de la capacidad o clasificación jurídica legal de los titulares de los terrenos, quienes pueden tener la calidad de particulares, o ser el propio Estado o Nación, representado por determinadas autoridades, o por otros entes u organismos legales, como Municipalidades, etc. (Vildósola, 1999).

De acuerdo con este principio de la accesión, la propiedad no se limitaría a la superficie de un terreno sino que abarcaría un cono que, teniendo por vértice el centro de la tierra, no solo delimitaría en la corteza terrestre

aquella superficie, sino que se proyectaría luego indefinidamente en el espacio aéreo, del cielo al infierno *-usque ad coelos et usque ad inferos-* según la concepción romanista que diera Cino DE PISTOIA (Baldeón, 2016).

En el sistema el yacimiento minero es accesorio al dominio del suelo superficial, por cuanto, jurídicamente lo accesorio corre la suerte del principal. En consecuencia el propietario de un inmueble o terreno superficial en virtud de su título de propiedad y en aplicación del principio de accesión, se convierte automáticamente en propietario del yacimiento que se encuentra dentro de los límites de su propiedad. Ossa (2007) explica que el sistema de accesión, civil o fundiario, no hace distinción entre suelo, subsuelo y yacimiento minero, sino uniendo en un solo elemento, genera una serie de críticas y discusiones en la doctrina “(...) *porque carece de fundamento sólido en cuanto no hay en verdad una relación de accesoriedad entre la mina y el terreno superficial y, además, muchas veces aquella es más valiosa que éste. Por otro lado, se agrega el interés general que aconseja separar ambos dominios en beneficio de la colectividad*”. (Tejada, 2014).

Se realizan objeciones a este sistema: las minas no son un accesorio del suelo; las minas ocupan generalmente grandes extensiones de formas irregulares que no concuerdan con las divisiones de la propiedad de la superficie terrestre, lo que dificultaría una explotación racional y ordenada, ya que cada propietario de una fracción en la superficie se vería obligado a emprender la explotación por su cuenta en los estrechos límites de su terreno; y, no todos los propietarios de la superficie se encuentran en

condiciones de disponer de grandes capitales que se necesitan para la explotación minera (Aftalión y García, 1960; citado por Baldeón, 2016).

b) Teoría de dominio minero atribuido a la Nación y/o Estado

El sistema atribuye a la Nación y/o Estado el dominio de los recursos naturales ubicados en sus territorios continentales o marítimos, sea que estén en la superficie o en el subsuelo, y a los que jurídicamente se considera “desvinculados” del dominio de personas sobre los terrenos superficiales, cualquiera sea la calidad jurídica de aquellas, (Vildósola, 1999).

Las minas forman una propiedad distinta del suelo y pertenecen al dominio del Estado como parte de su dominio público o privado. Los sistemas que ubican las minas en dominio privado del Estado, estiman que el Estado transmite ese dominio y autoriza a constituir mediante el acto de la concesión una especie de propiedad particular sobre parte de su patrimonio minero; pero este sistema no faculta al Estado a vender, transferir, hipotecar o arrendar. Los sistemas que consideran a las minas como parte del dominio público, otorgan a éste el carácter de absolutamente indispensable o sea permanente, y solo facultan al Estado a constituir a favor de los particulares derechos de explotación manteniendo el dominio directo en el patrimonio estatal. Los derechos que se constituyen tienen el carácter real e inmobiliario y no otorga derecho de propiedad (Baldeón, 2016).

El sistema regalista postula que el Estado no tiene sobre las minas un verdadero derecho de propiedad sino un derecho especial, el dominio

eminente, atributo emanado directamente de la soberanía. Explica que el Estado, aun sin desprenderse de esta singular “*propiedad*” pueda, sin embargo, conceder la “*propiedad*” (*ahora denominada útil*) de la mina a los particulares, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones. En la teoría regalista, si bien el Estado tiene la “*propiedad*” de las minas, no puede, sin embargo, enajenarlas, ni explotarlas por sí; puede exclusivamente concederlas. La concepción de este sistema se comprende remontándonos en sus antecedentes históricos hasta el feudalismo, que establecía una estrecha vinculación entre la soberanía y el derecho de propiedad. (Aftalión y García, 1960; citado por Baldeón, 2016).

Para Belaunde (2011), el sistema distingue la superficie, suelo o subsuelo del yacimiento minero como elementos distintos con regulación propia y, además, atribuye el dominio originario de los yacimientos mineros a la colectividad representada por el Estado consagrando dos grandes variantes: i) El sistema dominialista regalista: que consagra el dominio originario de los recursos mineros a favor del Estado, que puede realizar su explotación a través de empresas estatales o entregarla a entidades netamente privadas mediante el sistema de concesiones, contratos o permisos; y ii) El sistema dominialista socialista: que reserva el dominio originario de los yacimientos exclusivamente a favor del Estado, estando prohibido su otorgamiento en concesión a particulares.

El sistema regula la separación de superficie del yacimiento minero y, es el Estado como representante político de la colectividad y en ejercicio de su soberanía; *Ius Imperium*; quien autoriza su explotación. La notable

diferencia también se encuentra cuando se señala que en el sistema dominialista regalista, cualquier persona natural (con capacidad de ejercicio) o persona jurídica y hasta el propio Estado podrá ejercer actividades mineras mediante un régimen legal de concesiones, contratos o licencias, mientras que en el sistema dominialista socialista se limita la explotación de los recursos minerales única y exclusivamente al Estado, salvo casos excepcionales (Tejada, 2014).

El Estado para este sistema ejerce sobre las minas un privilegio que por su remoto origen real se llama regalismo y en virtud del cual, como representa los intereses generales, distribuye o concede las minas, vigila el cumplimiento de las condiciones de la concesión y puede imponer tributos, cargas y participaciones. Este sistema fue implantado por España en el Nuevo Mundo mediante Ordenanzas de México o de Nueva España.

A este sistema se han objetado los tradicionales argumentos contra el Estado empresario: mala administración, burocracia, poca iniciativa, explotación antieconómica y otras. Debe tenerse presente, sin embargo, que el sistema dominial no impone necesariamente la explotación de los minerales por el Estado sino que se limita a atribuir a éste el dominio, dejando librada a criterio del mismo Estado la decisión soberana de la forma de explotación (Aftalión y García, 1960; citado por Baldeón, 2016).

El sistema de libertad de minas o español toma todas las ventajas de los sistemas anteriores. Este régimen de propiedad o dominio minero consiste en atribuir al Estado el dominio de todas las minas; pero sin más atributo que el de entregarlas a los particulares para que estos dispongan

de ellas como dueños bajo las condiciones pre establecidas por las leyes. Establece que el descubridor tendrá derechos en los términos que señalen la ley, la forma y extensión que de manera definitiva le entrega al mismo. Se diferencia del sistema de la res nullius en cuanto respeta el derecho del descubridor y otorga un derecho condicional (Baldeón, 2016).

El dominio minero atribuido al Estado en la actualidad se reconoce a partir de Resoluciones y Acuerdos de las Naciones Unidas a título inalienable e imprescriptible como atributo de la soberanía de los Estados, en el marco del dominio eminente (Vildósola, 1999).

c) Teoría de dominio minero liberal o de res nullius y de la ocupación

Esta teoría sostiene, define y propone que las sustancias minerales existentes en el suelo o subsuelo no pertenecen a nadie (*res nullius*) ni tampoco puede atribuirse originariamente su dominio a nadie, incluso sea el Estado o Nación.

De esa forma, el primero que las descubra (el descubridor) y las ponga en evidencia para su posterior explotación, será su legítimo dueño; ahora bien, una aplicación completa, pura y práctica de este sistema significaría en la vida real una lucha competitiva por los recursos minerales de “todos los hombres contra todos que en la práctica y verdaderamente viven en estado de naturaleza” (a la que se refería Hobbes y Locke). De ahí que el Estado, necesariamente y mediante la convención expresa o tácita de los hombres, debe actuar sólo a título de guardián y tutor administrativo superior de dichos recursos, con un carácter abstracto y formal. Su misión

y objetivo será fundamentalmente administrar los recursos para ponerlos a disposición de los particulares que eventualmente los descubran, para el aprovechamiento de aquéllos, mediante títulos legales de carácter completo con la misma naturaleza, características y contenido jurídico de la propiedad común o civil, títulos que en lo formal se denominaron “concesiones” a objeto de mantener la ficción de un titular administrativo-funcional como es el Estado y sus organismos especializados y delegados como autoridades mineras (Vildósola,1999).

El sistema de la ocupación, sostenido y defendido por TURGOT en su Memoria sobre Minas y Canteras considera que las minas son cosas sin dueño originario y que el derecho de explotación pertenece al primer ocupante. Una persona que descubre una mina puede explotarla y penetrar por medio de galerías subterráneas debajo de la propiedad de los vecinos, cualquiera que sea el dueño, con tal que no haga peligrar la estabilidad de la superficie. El ocupante se convierte por sus trabajos en propietario, sin necesidad de permiso, concesión, autorización ni intervención de ninguna especie del Estado. Se realizan objeciones a este sistema: el ocupante no puede estar en condiciones de emprender una explotación provechosa por falta de medios económicos, una cosa es descubrir una mina y otra es explotarla; se originarían una serie de dificultades y conflictos entre los exploradores y los dueños de la superficie, quienes verían de hecho perturbada su posesión pacífica por los exploradores.

Este sistema de ocupación en el moderno derecho minero no tiene aplicación al no conciliar con los principios de utilidad pública o necesidad

pública que ostenta el aprovechamiento de los recursos naturales (Aftalión y García, 1960; citado por Baldeón, 2016).

Se parte en él del principio de que la ocupación fue el originario y primer sistema o modo de adquirir la propiedad y, consecuentemente, el único título legítimo de adquirir los recursos minerales.

El sistema de la *res nullius*, tiene muchas coincidencias con el sistema de ocupación, pero admite y acentúa la intervención del Estado, descartada por el sistema de ocupación. Según exposición de Dalloz (1862): *Las minas son una cosa de nadie o sin dueño, pero el Estado ejerce sobre las minas una especie de tutela en salvaguardia de los intereses de la sociedad*. En virtud de esta salvaguardia solo la entregará a los particulares que ofrezcan garantías para realizar una conveniente explotación. Se realizan objeciones a este sistema: si en efecto se trata de una *res nullius*, la consecuencia lógica sería el derecho de propiedad del primer ocupante. Respecto a la ventaja práctica de este sistema, según la cual el Estado concede las minas al particular que ofrece las mejores garantías, es una solución a la que se llega también por el sistema regalista o, en algunas veces, por el sistema dominial (Baldeón, 2016).

Para Tejada (2014), el sistema de ocupación o *Res Nullius* se basa en dos principios: i) Que los yacimientos mineros no pertenecen a nadie ni al Estado, este último solamente con facultades de administración sin ejercer dominio alguno y; ii) Quien ocupa o descubre y trabaja primero el yacimiento minero, será quien ejerza el dominio originario. Este sistema

hace una distinción entre el suelo o subsuelo con el yacimiento minero. El ejercicio de este sistema padece de restricciones, porque se prefiere no a quien posee un mayor derecho, sino a quien proponga mayores garantías en la explotación, con desmedro del legítimo derecho del descubridor del yacimiento minero, esto es, a quien demuestre mayores recursos económicos para extraer la riqueza minera.

2.2.2 La concesión minera

a) Concepto de concesión minera

La palabra concesión deriva del latín “*concessio*” que significa conceder, entendiéndose esta como el acto por el cual el Estado otorga a un particular el derecho de gestión de determinado servicio público o de explotación de determinada riqueza del patrimonio del Estado, por cuenta y riesgo del concesionario y de conformidad a las condiciones impuestas por el Estado (Tejada, 2014).

Para Almuni (1971), Morineau (1948) y Jeze (1949), la concesión minera es un acto administrativo, unilateral y reglado por el cual el Estado constituye a favor de los particulares la facultad de realizar actividades de exploración, explotación, labor general y transporte minero; y, como derecho, otorga un derecho real. Es un acto administrativo y un acto de condición en su esencia no sujeto a plazo que aplica la ley a un caso concreto, creando a favor del titular derechos y obligaciones. (Baldeón, 2016).

Belaunde (2011), afirma que la concesión minera proviene de un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, que autoriza

a realizar una actividad exploración-desarrollo-explotación, o de beneficio, labor general o transporte minero, según sea el caso. En un sentido estricto, la concesión minera se limita a las tres primeras actividades. Cuando hablamos de acto jurídico administrativo nos referimos a una manifestación de voluntad de un ente público que crea, extingue o modifica derechos a favor de los particulares pero también, en ciertas circunstancias, a favor del propio Estado o de organismos vinculados al Estado. Por lo tanto en el plano doctrinario es una declaración especial de voluntad de un órgano del gobierno, enmarcada dentro de requisitos formales muy particulares, que otorga determinados derechos para satisfacer un interés público así como un interés privado.

La concesión minera es el derecho que se confiere a una persona por vía administrativa para explorar y explotar las sustancias minerales concesibles, beneficiarias, transportarias y ejecutar otras actividades dentro del parámetro de un fenómeno determinado siempre que se cumplan con los requisitos que establezca la ley para su otorgamiento (Basadre, 1996).

Para Tejada (2014), la concesión minera es el acto por el cual el Estado, que es dueño originario del yacimiento mineral, reconoce en virtud de una disposición expresa en ley, ceder a un particular una porción determinada de su dominio para extraer su riqueza, para lo cual el solicitante tendrá que cumplir con ciertas formalidades y condiciones establecidas por la Ley.

b) Las características de una concesión minera

Según Vergara (1989), las características de las concesiones mineras son: a) Es una concesión de aquellas denominadas “puras”, pues no tiene interconexión necesaria con ninguna otra; b) Es de aquellas en cuya virtud se crea un derecho subjetivo en favor del concesionario. Es decir es de aquellas en que otorga la Administración un derecho subjetivo (real administrativo, de aprovechamiento); sujeto a obligaciones: pago de impuestos y trabajo efectivo, entre otras, por la utilidad pública envuelta en su otorgamiento; c) Es una concesión traslativa, cuyo plus es la creación de un derecho real administrativo.

Analizando dogmáticamente la concesión administrativa es el género del específico tipo “concesión minera”.

Para Belaunde (2011), las características de la concesión minera son: a) Es un acto jurídico administrativo expedido por la autoridad minera competente, de carácter subjetivo, enmarcado dentro de una legislación preexistente, obligatoria y que requiere forzosamente de la petición del interesado formulada con arreglo a los requisitos establecidos en la ley; b) Esta petición es sometida a un procedimiento ineludible y sujeto a informes técnicos y jurídicos en los que se determina el estricto cumplimiento de los requisitos legales; c) La concesión es un acto unilateral del Estado y una manifestación de su soberanía para la explotación de un recurso natural que le pertenece en representación de la colectividad y de la Nación.

JEZE (1949), realiza el siguiente análisis jurídico sobre la concesión minera: a) El acto de concesión es un acto administrativo unilateral. El hecho que lo haya provocado el concesionario, no lo transforma en contrato; b) Las condiciones incluidas en la concesión, no son más que las condiciones que se imponen a un acto unilateral, como sucede con respecto a los permisos y concesiones de ocupación de la vía pública o a las afectaciones de inmuebles; c) Por lo demás, el acto de concesión no crea una situación jurídica individual. Aplica al concesionario el estatus legal establecido por las leyes y reglamentos relativos a la explotación de minas; d) La Autoridad puede dejar sin efecto el acto de concesión de mina en los casos previstos por la ley. (Baldéon, 2016).

c) Naturaleza de una concesión minera

Calafell (1996), asevera que se han propuesto tres soluciones sobre la naturaleza jurídica de la concesión: a) La concesión como contrato, en el que el concesionario y el Estado se obligan recíprocamente por las cláusulas convencionales, creando una situación contractual sujeta a las reglas del Derecho Civil, tanto en su formación, como en su interpretación y los consecuentes derechos y obligaciones; b) La concesión como acto unilateral, que estima a la concesión como acto unilateral, o sea un acto típico del poder público, en ejercicio exclusivo de la potestad soberana. En esta postura la concesión se somete a un mandato del poder público, a una situación legal y reglamentaria, predeterminada, sin que la voluntad del concesionario intervenga en ningún momento, ya que se concreta a aceptar las condiciones preestablecidas; c) La concesión como acto mixto, la que se descompone en dos elementos: la situación reglamentaria

y el contrato administrativo, de aquí se desprenden sus dos fases: como acto unilateral y como acto contractual. La situación reglamentaria resultaría de la organización del objeto de la concesión y es la parte más importante, la situación contractual generalmente sería de carácter financiero y estaría subordinada a aquella.

En consecuencia la concesión minera sería un acto administrativo por medio del cual se otorgaría a particulares la explotación de los recursos mineros del Estado.

Según Vergara (1989), en la doctrina se han formulado tres teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión: a) la concesión como acto unilateral, tesis de origen predominantemente italiano; b) la concesión como acto bilateral o como contrato de derecho público, tesis de origen predominantemente francés; y, c) como un reflejo de la anterior: la teoría del acto mixto. Entonces la concesión sería un “acto” unilateral. De acuerdo a esta tesis que en el fondo es abiertamente anticontractualista. La concesión surgiría en esencia de un acto constitutivo de la sola voluntad de la Administración. Las dos declaraciones de voluntad que, sin embargo, concurren (aquella de la Administración y aquella del interesado), se concretan en dos actos distintos y unilaterales. Uno asume la posición de acto principal y por eso mismo operativo de la relación; mientras que el otro – el del privado -, según sí interviene antes o después del acto de concesión, asumiría el relieve de simple presupuesto o de condición de eficacia del mismo.

Según García (1952), las teorías que explican la naturaleza de la concesión minera serían seis: a) Es un acto de soberanía, que no compromete patrimonialmente al Estado, adquiriendo una responsabilidad puramente política; b) Es un acto unilateral del Estado, que depende únicamente del gobierno y de las leyes reglamentarias, no teniendo en cuenta la voluntad del concesionario, es la doctrina alemana; c) Es un acto bilateral de naturaleza contractual, en que el concesionario debe ejecutar las cláusulas contenidas en el contrato, y si una de ellas es violada se opera la resolución, es la doctrina franco-italiana; d) Es un contrato de adhesión; e) Es un acto asimilable a los que rigen o regulan las relaciones entre los concesionarios de servicios públicos y el Estado; f) Es un aspecto del poder de policía, que un Estado ejerce sobre todas las cosas situadas en su territorio, expresándose por un conjunto de normas de tutela y de limitaciones impuestas al concesionario, por razón de interés general. (Baldéon, 2016).

En otorgamiento de concesión minera no hay acuerdo de voluntades, el administrado es solo un coadyuvante. No tienen por finalidad el funcionamiento de un servicio público. Las otorga unilateralmente la Autoridad Minera a favor de un empresariado privado.

d) Diferencia entre concesión y concesión minera

La concesión es una relación jurídica entre el Estado y un particular, en el que predomina el Derecho público con las características de un derecho real cuando es otorgado. Esta nota de carácter público está dada en que el Estado cede parte de su soberanía sobre actividades y bienes. Existe

entonces un privilegio investido en favor de un particular que adquiere en esta relación, obligaciones y derechos recíprocos que están delimitados en la ley y la concesión participa de un aspecto contractual cuando se estatuye que existen los caracteres o notas típicas de la revocabilidad y la reversión a favor del Estado (Basadre, 1996).

En forma genérica, la concesión¹ es el acto administrativo por el cual se otorga el derecho a una persona para el uso o explotación de bienes del Estado y para la prestación de un servicio público o la realización de una obra pública, la cual implica la adquisición de derechos que antes no se tenían. El vocablo concesión se aplica en el Derecho Público² a los actos de la autoridad soberana al otorgar a un particular (concesionario), a una empresa (concesionaria), determinados derechos para la explotación de un territorio o de una fuente de riqueza, la prestación de un servicio o la ejecución de las obras convenidas.

En cambio, la concesión minera es el conjunto de derechos y obligaciones que otorga el Estado mediante el título de concesión por el cual confiere a una persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o internacional, la facultad para desarrollar actividades de exploración y explotación en áreas concedidas. En otras palabras, la concesión es el

¹ Nuestro ordenamiento legal minero se basa en el régimen de concesiones mineras a diferencia de legislaciones como la colombiana, venezolana o mexicana que otorga el derecho a explorar y explotar los yacimientos o recursos mineros comprendidos en su región bajo el sistema de contratos mineros. En el Régimen del Derecho Minero peruano las concesiones nacen de un acto administrativo, regulado por normas de orden público que expide y administra el Estado en su condición de titular de la soberanía sobre ellos.

² En el Derecho Público, la concesión se refiere al permiso, autorización del Poder Ejecutivo a particulares o empresas privadas de determinados derechos o privilegios para realizar una obra pública, un servicio público. También se utiliza la expresión *concesión* para autorizar a particulares en la explotación de un dominio público (aguas, minas, etc.) previa una oferta privada o por ofrecimiento público para su otorgamiento o el pago de un canon por parte del concesionario.

acto jurídico en cuya virtud el Estado se desprende de una porción de su dominio para entregar su titularidad a una persona de derecho privado o a los particulares. Esta concesión puede ser entregada por tiempo indeterminado o determinado (Aranzamendi y Huamán, 2015).

2.2.3 Los conflictos sociales de concesiones mineras

a) Concepto de conflictos sociales

Para RAE (1984), la palabra conflicto procede de la voz latina *conflictus* que significa lo más recio de un combate. Implica posiciones antagónicas y oposición de intereses o ideas entre dos partes.

Para Cadarso (2001), el conflicto social es un proceso de interacción contenciosa entre actores sociales que comparten orientaciones cognitivas, movilizados con diversos grados de organización y que actúan colectivamente de acuerdo con expectativas de mejora, de defensa de la situación preexistente o proponiendo un contraproyecto social.

Los conflictos sociales son fenómenos complejos e inherentes a la vida en sociedad. Por una parte, son complejos porque constituyen procesos no lineales que involucran a actores con distintos puntos de vista, creencias, objetivos, valores y percepciones. Por otro lado, los conflictos no son anomalías. Por el contrario, son inherentes a la vida en sociedad, tanto las personas y las instituciones son actores que siempre pueden tener diferentes puntos de vista sobre un mismo asunto (Vinyamara, 2009; citado por Karp-Toledo).

b) Características de conflictos sociales de concesiones mineras

Es un **proceso**, es decir, que un conflicto nunca debe confundirse con los actos multitudinarios a que dé lugar, puesto que esto se inscriben en una sucesión lógico-causal de hechos históricos de la que forman parte, sin que su espectacularidad implique, necesariamente, que tenga una especial trascendencia de cara a la explicación global del conflicto.

Una **interacción contenciosa**, significa que éste debe caracterizarse por la lucha abierta entre grupos sociales opuestos. Dicha confrontación tendrá un nivel ideológico-cultural, caracterizado por la valoración que se haga de la situación preexistente, y por extensión, de las expectativas de cada grupo, y otro nivel de acción social, concretado en los repertorios tácticos empleados, en las formas de acción colectiva, y en la tipología general de los conflictos sociales.

Los actores sociales, es decir, grupos asociativos o comunitarios, con las autoridades públicas usualmente presentes, bien como víctimas de la acción colectiva, bien como responsables, cuando menos, del orden público.

La **movilización**, implica que los actos y las críticas deben ser conscientes mentalmente, racionales en términos estratégicos y coordinados socialmente. También hace referencia a las formas y niveles de compromiso de los actores sociales con el movimiento social.

Las **orientaciones cognitivas**, es decir, que el grupo ha de compartir ideas y objetivos, una similar valoración de la situación y unas expectativas asimilables, se conceptualicen éstas como ideologías,

cultura o marcos interpretativos. También hace referencia a las llamadas identidades colectivas, esto es, al autorreconocimiento como grupo y a la existencia de lazos de sociabilidad y solidarios en su seno.

La **organización**, hace referencia al grado de institucionalización de las entidades que gestionan la movilización, ya sean preexistentes o generadas por el propio movimiento. También a los tipos concretos de movimientos sociales organizados.

Los **objetivos** del movimiento, hace referencia tanto a su dimensión táctica –objetivos moderados, pragmáticos, radicales, maximalistas, utópico, etc. – como a su relación con procesos sociales más amplios: objetivos revolucionarios, reformistas y conservadores (Cadarsó, 2001).

La conflictividad social abarca muy variados campos. Es decir penetra todos los campos de la vida sin excepción y alcanza tanto la dimensión macrosocial como la microsociedad de la vida social.

c) Formas de ambientalismo en conflictos mineros de concesión

Dentro de los conflictos mineros (producidos por las concesiones) existen distintas formas de “ambientalismo”. Estos parten de distintas maneras de entender la relación entre medio ambiente, sociedad y mercado; por lo tanto, implican distintos proyectos políticos y distintas imaginaciones en cuanto al mundo que quieren construir. En consecuencia entran en distintos tipos y niveles de “conflicto” con la expansión minera. Estas formas de ambientalismo serían:

El conservacionismo; busca, sobre todo, conservar ciertos tipos de ecosistemas, especies, complejos biogeográficos. Los actores tienden a anclar sus raíces en las preocupaciones ecologistas más históricas en el país, y en enfoques algo más científicos y técnicos. Su concepción de la relación medio ambiente-sociedad gira alrededor de la necesidad de proteger estos ecosistemas de un uso humano. En ciertos momentos puede haber conflictos entre sus objetivos y el proceso de expansión minera, pero con frecuencia logran resoluciones negociadas con la minería.

La **nacionalista populista;** se preocupa sobre todo por la cuestión de quien tiene acceso a los recursos naturales y a su puesta en valor monetario, y quien ejerce control sobre los mismos y este valor. Es nacionalista porque busca mayor control nacional sobre el medio ambiente y las ganancias que este genere, y es populista, porque busca que estas ganancias sirvan “al pueblo”. Los actores de este ambientalismo tienen generalmente raíces sociales en corrientes anti-imperialistas y socialistas de larga data y deudas intelectuales con estas. Tiene evidentes conflictos con una expansión minera cuando esto implica ganancias significativas. Son conflictos que pueden ser negociados, a través, por ejemplo, de sistemas impositivos más agresivos.

Ecologismo de los medios de vida; se preocupa por la calidad de, y la accesibilidad a, aquellos recursos naturales que sostienen los medios de vida de distintos sectores de la población. Sus actores principales tienden a ser personas – rurales y ciudadanas – quienes perciben que sus recursos naturales están amenazados. Aquí se incluyen campesinos preocupados

porque van a perder acceso a su tierra o al agua de riego que necesitan, así como ciudadanos preocupados porque la minería amenaza sus fuentes de agua potable o su salud. El punto común es que este ambientalismo está profundamente enraizado en formas de vida: lo que prima es el deseo por mantener estas formas de vida y sostener los medios que las hacen viables.

Justicia socio-ambiental; parte de una noción de inequidad en la relación entre sociedad y medio ambiente, y una crítica al modelo económico que discrimina o castiga a ciertos grupos de la sociedad. Los actores que sostienen este tipo de ambientalismo provienen de corrientes de pensamiento y acción social relacionados con la justicia social y los derechos humanos. El socio-ambientalismo valoriza los derechos humanos como sagrados y, entonces, exige prácticas como el consentimiento previo, libre e informado, la zonificación ecológica socio-económica, la plena participación de la población en decisiones que les afectan y una regulación férrea de las industrias extractivas para garantizar que los derechos de la población aledaña no sean vulnerados.

Ecologismo profundo; da mayor valor a ecosistemas, procesos ecológicos, especies y biodiversidad que cualquiera de las otras formas de ambientalismos. De hecho insiste en que el medio natural tiene igual derecho a vivir que el que tiene las personas. Es un ambientalismo que entra en profundas contradicciones con la expansión minera; las mismas, por tanto, casi nunca tienen una salida negociada (Bebbington, 2009).

Los conflictos más visibles son los derivados de las actividades mineras y también de las concesiones mineras. Estos se presentan según los actores involucrados, el volumen de inversión, la presencia o ausencia del Estado y de los mecanismos legales, políticos, administrativos y jurisdiccionales para gestionarlos adecuadamente.

2.2.4 Sistema concesional en derecho comparado

Según Farías (2003), los modelos de desarrollo económico que prevalecían en América Latina eran relativamente protegidos y renuentes a la competencia exterior y, la actividad minera no escapaba a este marco restrictivo. Sin embargo, en la década de los años 80 el panorama comenzó a cambiar, abriendo paso a la idea que los recursos minerales no podían continuar inmovilizados, que era necesario explotarlos y, para lograrlo era necesaria, sino indispensable, la intervención activa del empresario particular. A ello, se agregó el comienzo de la globalización de la economía, la creciente constatación que el Estado es un administrador ineficaz, la recuperación de la fe en el mercado como supremo asignador de recursos y la sensación que los países de la región quedaban ahora expuestos a la competencia internacional, para la cual, la minería de la región presentaba evidentes ventajas competitivas.

En este contexto, son numerosos los gobiernos de la región que comienzan a considerar a la legislación minera como un instrumento de política económica. Así, la mayoría de las legislaciones mineras latinoamericanas han venido experimentando reformas relativamente

profundas y, en algunas oportunidades con la colaboración activa del Banco Mundial.

Tejada (2014), sostiene que en Derecho Minero Comparado se reconocen dos sistemas para que la actividad privada pueda acceder al aprovechamiento de los recursos naturales minerales: por un lado, el de la concesión y, por el otro, el referido al sistema de contratación. Asimismo explica que en Perú el ordenamiento legal minero se basa en el régimen de concesiones a diferencia de legislaciones como la colombiana, la venezolana, la mexicana que otorga el derecho a explorar y explotar los recursos mineros comprendidos en su región bajo el sistema de contratos mineros.

Leyva (2015), en su estudio sobre concesiones y el derecho a la información analiza tres regímenes de concesiones mineras de América latina con los siguientes resultados:

a) La concesión minera en Chile

Marco normativo

En la república de Chile las concesiones mineras se rigen por la Constitución Política de la República, por la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (N° 18.097), por la Ley N° 18.248, Código de Minería y por las disposiciones civiles.

El Estado tiene un dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre todas las minas, comprendiendo en ellas a las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e

hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales (artículo 24, de la Constitución de la República de Chile). Los yacimientos mineros, si bien pertenecen a la Nación, para su aprovechamiento se pueden entregar a particulares, mediante lo que se conoce como concesión minera.

La concesión minera es un derecho real e inmueble sobre el yacimiento minero, distinto e independiente de aquel que pudiera existir sobre el predio superficial, por lo que ambos derechos pueden corresponder a un mismo dueño o pertenecer a dueños distintos. Es oponible al Estado y a cualquier persona, así como transferible y transmisible, susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato. Según la Constitución Política, la concesión otorga derecho de propiedad sobre el yacimiento minero.

La concesión minera puede ser de exploración o de explotación. La concesión para exploración se otorga por un plazo de dos años que pueden ser prorrogables por dos años más. La concesión para explotación se otorga por un plazo indefinido.

Procedimiento de concesión

El otorgamiento de una concesión minera se realiza mediante un proceso no contencioso que se tramita ante el juez de letras en lo civil. En este procedimiento, el juez no tiene margen de discrecionalidad y la autoridad administrativa no tiene capacidad decisoria. Se inicia con la presentación de una solicitud por el interesado denominada pedimento en los casos de exploración y manifestación en los casos de explotación. Esta solicitud

debe contener requisitos de ley y cuando se trata de una solicitud de concesión para explotación se debe señalar, además, que proviene de una concesión de exploración. Para los casos de concesiones mineras de exploración, el peticionario podrá solicitar que se dicte sentencia constitutiva de ésta dentro de los 90 días contados desde la fecha en que el juez ordena la inscripción y publicación.

El juez debe verificar que la solicitud cumpla con los requisitos de ley y luego enviar el expediente al Servicio Nacional de Minería y Geología (SERNAGEOMIN) para que emita su informe técnico. Si el informe técnico es favorable, el juez dicta sentencia declarando constituida la concesión de exploración. El concesionario recibe un extracto de ella que debe ser publicado en el Boletín Oficial de Minería antes de la inscripción de la constitución de la concesión. Para casos de concesión de explotación, luego de publicada e inscrita la manifestación, el manifestante debe solicitar la mensura del terreno solicitado desde la fecha en que la manifestación se presentó al juzgado acompañando requisitos exigidos por ley. Si el informe técnico del SERNAGEOMIN es favorable, el juez debe emitir sentencia declarando constituida la concesión de explotación. Posteriormente el concesionario debe publicar el extracto de sentencia con ello se puede proceder a la inscripción de la concesión.

Actores y obligaciones

En el régimen de concesiones mineras de Chile se distingue tres actores bien definidos:

El Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), que tiene entre sus objetivos, (1) Asistir técnicamente a los tribunales de justicia en el proceso de constitución de concesiones mineras, asegurando una respuesta oportuna a los expedientes de exploración y explotación; (2) Fomentar la inversión exploratoria en recursos minerales, hídricos y energéticos, elaborando y poniendo a disposición de los usuarios información y cartografía geológica del país.

El juez de letras en lo civil, es otro actor central en el procedimiento de otorgamiento de una concesión de la jurisdicción que corresponda al pedimento o manifiesto.

El solicitante o interesado, que puede ser una persona jurídica o natural que solicita una concesión de exploración o explotación.

Derecho de información y participación

En Chile se otorga la concesión minera mediante un proceso judicial no contencioso. En este proceso no hay litigio (conflicto de intereses), por lo que no hay dos partes, solo existe el solicitante. Un principio de todo proceso judicial es la publicidad, lo que permite que terceros interesados tomen conocimiento del proceso. En este sentido se dan dos o tres publicaciones, de acuerdo al tipo de concesión solicitada. En el caso de las concesiones de exploración, se publican los datos básicos de la solicitud presentada (pedimento o manifestación) y extracto de la sentencia. Para la concesiones de explotación se publica también la solicitud de mensura. Todas las publicaciones se realizan en Boletín Oficial de Minería. Un tercero se puede oponer al otorgamiento de una

concesión minera si considera que afecta su derecho preferente constituido con anterioridad. Si esto ocurriera el proceso se convierte en contencioso. Cabe explicar que el proceso no admite la intervención de otros interesados.

La consulta previa a pueblos indígenas

El Tribunal Constitucional Chileno ha señalado en sus sentencias que la consulta previa a pueblos indígenas es una norma autoejecutable dado que es un país que ha suscrito el Convenio 169 de la OIT y también ha precisado que no es vinculante.

El Decreto 124 del año 2009 define la consulta como procedimiento mediante el cual los pueblos indígenas interesados, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas (políticas, planes y programas) susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en ministerios, intendencias, gobiernos regionales, las gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas del Orden y Seguridad Pública, los servicios públicos y el consejo para la transparencia. Esta consulta debe darse mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas. En este decreto se señala que los proyectos de inversión que se realicen en tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta previa o participación.

Este decreto fue criticado por el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, la

Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y rechazado por las organizaciones indígenas de Chile, al considerar que no se ajusta a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

En Chile los conflictos mineros son por la superposición de derechos y dentro de estos casos está el de Pascua Lama que se localiza en territorios ancestrales pertenecientes a la comunidad diaguita de los Huascoaltinos que fueron reconocidos como pueblos indígenas por el Estado chileno.

b) La concesión minera en Ecuador

Marco normativo

En la república de Ecuador el aprovechamiento de los recursos naturales y particularmente de los recursos mineros se rige por la Constitución, la Ley 45, Ley de Minería y su Reglamento, aprobado por Decreto Ejecutivo 119. Según la Constitución y la Ley de Minería, los recursos naturales no renovables y entre ellos los recursos mineros, son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado. El dominio sobre el subsuelo se ejerce con independencia de los terrenos superficiales. Por ser la minería un sector estratégico, la exploración y explotación de los recursos naturales debe realizarse en función del interés nacional.

Pueden obtener derechos mineros personas naturales o jurídicas, empresas públicas, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras. Se explica que son derechos mineros los que emanan de los títulos de las concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y

permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización.

La Ley de Minería señala que la explotación directa así como las subastas de las concesiones mineras se realizarán en las áreas definidas para tales fines en el Plan Nacional de Desarrollo, en su componente territorial (artículo 16 de la Ley 45). Asimismo, señala que excepcionalmente, el Estado puede delegar mediante concesiones mineras, la participación en el sector minero.

La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa autorización del Ministerio Sectorial. Este título confiere el derecho a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse del área en concesión.

La concesión minera puede ser metálica, no metálica y de materiales de construcción. Obtenida la concesión minera, el titular tiene el deber de explorar en tres etapas y con plazos definidos: inicial (cuatro años), exploración avanzada (cuatro años) y evaluación económica del yacimiento (dos años). Dentro de este último plazo el titular debe solicitar el inicio de la etapa de explotación y la suscripción del Contrato de Explotación Minera.

Procedimiento de concesión

El procedimiento de concesión minera se realiza mediante un remate y subasta pública y, excepcionalmente, mediante acto administrativo. A

través de este procedimiento, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables adjudica el área minera a la mejor oferta técnica, ambiental y económica. El remate corresponde a concesiones que han caducado y que hayan sido devueltas o revertidas al Estado.

Las concesiones se otorgan por acto administrativo del Ministerio Sectorial cuando se trata de áreas que según la ley, se disponen mediante delegación a empresas estatales, extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o consorcios en las que éstas tienen participación mayoritaria. También corresponde otorgar mediante acto administrativo las concesiones no metálicas y de materiales de construcción.

El procedimiento de subasta pública se produce a través del Ministerio Sectorial que convoca a subasta pública o remate aquellas áreas de libre disponibilidad definidas en el Plan Nacional de Desarrollo Minero, a través de dos publicaciones en dos diarios de circulación nacional y local. También se publica en la página Web del Ministerio Sectorial los instructivos y bases.

Luego de la convocatoria se realiza la calificación y habilitación de oferentes sobre la base de las solicitudes que se presentan para calificar su idoneidad. Las posturas deben presentarse en sobre cerrado que debe contener: los datos del oferente, una propuesta técnica y ambiental para el proceso de exploración y explotación y una garantía equivalente al 2% sobre el valor base de la inversión determinada en las especificaciones técnicas del proceso. Se convoca a los oferentes habilitados a la puja que

consiste en una evaluación de la oferta económica, técnica y ambiental y se adjudica al postor que tenga la mejor oferta económica, técnica y ambiental. Se elabora y se suscribe el acta de adjudicación. Se emite el título minero y este debe protocolizarse en una notaría pública e inscribirse en el Registro Minero.

Actores y obligaciones

En el régimen de concesiones mineras de Ecuador se distingue cuatro actores bien definidos:

El Instituto Nacional de Investigación Geológico Minero Metalúrgico (INIGEMM), que tiene como misión generar, sistematizar y administrar la información científica y tecnológica geológico-minera-metalúrgica a nivel nacional, para coadyuvar a un ordenamiento territorial orientado al desarrollo sostenible y sustentable de los recursos minerales, así como a la gestión preventiva ante las amenazas geológicas en las actividades de la comunidad.

La Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), es el órgano técnico-administrativo encargado de la vigilancia, inspección, auditoría y fiscalización e intervención, control y sanción en todas las fases de la actividad minera. Este órgano tiene como una de sus atribuciones remitir de manera obligatoria al Ministerio Sectorial los informes necesarios para el otorgamiento, la conservación y la extinción de concesiones mineras y aquellos informes necesarios para suscribir los contratos de explotación.

El Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, tiene como una de sus funciones formular y ejecutar el plan anual de inversiones en materia

minera. Este ministerio es el que adjudica las concesiones mineras que pueden ser ofertables según el Plan Nacional de Desarrollo Minero, y previo procedimiento de remate o subasta pública.

El postor, puede ser una persona jurídica o natural que participa en la licitación o subasta de una concesión minera, presentando una oferta técnica, económica y ambiental.

Derecho de información y participación

La información de las áreas disponibles para otorgamiento de concesiones mineras se publica en el Plan Nacional de Desarrollo Minero. Establecidas dichas áreas el Ministerio del Sector realiza la convocatoria a la subasta pública o remate para que los interesados puedan competir por ellas. La convocatoria se difunde a través de diarios de circulación nacional y local y de la página Web del Ministerio Sectorial. En este procedimiento los ciudadanos en general no tienen un rol definido salvo que vigilen la transparencia del acto.

La consulta previa a pueblos indígenas

La Constitución Política Ecuatoriana en sus artículos 7 y 17 reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas. Estos deben ser consultados sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Igualmente se les debe consultar sobre la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

A nivel legal se cuenta con el Instructivo del Consejo de Administración Legislativa (CAL) aprobado por Resolución Legislativa 2012, que regula la consulta prelegislativa, y el Decreto 1247, que regula la consulta previa en los procesos de licitación de áreas y bloques hidrocarburíferos, que son normas que implementan la consulta, pero que vienen siendo cuestionadas por no respetar los estándares internacionales.

La Corte Constitucional de Ecuador en la Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), de 19 de marzo de 2010, señala:

9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, bajo cuya superficie exista recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental establecida en la Ley de Minería?

A partir de lo expuesto en el considerado precedente, esta Corte deja en claro, en uso de una sentencia constitucional condicionada, que las normas examinadas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión mineras y la consulta ambiental, son constitucionales siempre que no se apliquen en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En tal virtud, esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el Artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República (Galvis y Ramírez, 2013). Hasta fines del 2012, solo se había implementado oficialmente una consulta previa sobre hidrocarburos.

Los conflictos mineros en Ecuador están relacionados con la superposición de derechos. Existe descontento en una parte de la población por la asignación de uso minero de ciertos lugares. Así, por ejemplo se han concesionado a las empresas mineras David Lowell, Aurelian y Ecuacorrientes más de 200 mil hectáreas en la cordillera del Condor en el habita el pueblo indígena Shuar. Otro caso es el que se presenta en la provincia de Azuay (Cuenca) en el que habita el pueblo indígena de los Kañari.

c) La concesión minera en Colombia

Marco normativo

En Colombia el régimen de concesiones mineras se regula por el Código de Minas, Ley 685, reformada por la Ley 1382 del 2010. Esta norma declaró a la minería como una actividad de utilidad pública y de interés social, lo que permite la expropiación de tierras donde hay minerales. Asimismo, eliminó la posibilidad de una intervención directa del Estado en la actividad minera.

El Código de Minas señala que los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado y que ésta es inalienable e imprescriptible. Establece también que el derecho de explorar y explotar esos recursos sólo se adquiere mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional.

El contrato de concesión no transfiere al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales 'in situ' sino el derecho de establecer en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables; a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades (artículo 15 de Código de Minas).

Según este cuerpo normativo el contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de éste, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona

determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes. Para las labores de exploración, no se requiere contar con una licencia ambiental; basta seguir las guías ambientales.

Procedimiento de concesión

Para celebrar un contrato de concesión se debe presentar la propuesta ante la Agencia Nacional de Minería (ANM) o la autoridad delegada o ante el notario o alcalde de la residencia del proponente. También se puede presentar vía correo certificado o por internet. En este último caso se hará entrando a la página de ANM y luego se deberá llevar la información de soporte a las oficinas de esta institución, a los grupos de trabajo regional o a las gobernaciones delegadas. La propuesta para contratar debe contener dentro de otros requisitos la mención de los grupos étnicos con presencia en el área solicitada y demostración de la capacidad económica del interesado cuando se trate de proyectos de más de 150 hectáreas. La comunicación a grupos étnicos que ocupan el área es importante y tiene la finalidad de que comparezcan para hacer valer su derecho de preferencia lo cual se menciona en el Artículo 276, 279 y 280 del Código de Minas.

Posteriormente se celebrará el contrato de concesión y se procederá a su inscripción en el Registro Minero Nacional y el interesado deberá constituir

una póliza de garantía de cumplimiento de obligaciones mineras y ambientales, el pago de multas y caducidad. El procedimiento se considera público y a él puede acceder cualquier persona. Igualmente se puede expedir copias de piezas y diligencias a quien solicite.

Actores y obligaciones

En el régimen de concesiones mineras de Colombia intervienen los siguientes actores:

El Ministerio de Minas y Energía (MME), tiene como parte de sus funciones adoptar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con minería e hidrocarburos, así como velar por que las actividades que desarrollen las empresas del sector minero energético garanticen el desarrollo sostenible de los recursos naturales.

La Agencia Nacional de Minería, tiene como misión administrar los recursos minerales del Estado de forma eficiente, eficaz y transparente a través del fomento, la promoción, otorgamiento de títulos, seguimiento y control de la exploración y explotación minera, a fin de maximizar la contribución del sector al desarrollo integral y sostenible del país.

El Servicio Geológico Colombiano (antes INGEOMINAS), tiene como objeto realizar la investigación científica básica y aplicada del potencial de recursos del subsuelo, adelantar el seguimiento y monitoreo de amenazas de origen geológico, administrar la información del subsuelo, garantizar la gestión segura de los materiales nucleares y radiactivos en el país.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y las Corporaciones Ambientales Regionales (CARs), son autoridades competentes para sustraer áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2 de 1959 y las áreas de reservas forestales regionales, respectivamente, previa su delimitación y demarcación.

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia, para cualquier acción que pueda afectar el contexto arqueológico. Otro organismo que debe autorizar las actividades mineras que puedan afectar playas, zonas de bajamar, trayectos fluviales y espacios marítimos jurisdiccionales es la Dirección General Marítima (DIMAR) del Ministerio de Defensa Nacional. Ambas instituciones son competentes para autorizar la realización de actividades de exploración y explotación en zonas restringidas.

La Superintendencia de Industria y Comercio, para la consulta en procedimientos que requieran criterios de competencia y protección para los consumidores.

El solicitante, que puede ser una persona jurídica o natural que solicita una concesión.

Derecho de información y participación

La república de Colombia cuenta con la Ley 1712, Ley de transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada en 2014. Esta ley permite a las y a los colombianos exigir su derecho a la información como un derecho fundamental. El derecho de acceso a la información pública implica que las entidades no solamente deben responder a las solicitudes expresas

de información de la ciudadanía, sino también divulgarla de forma rutinaria, proactiva, actualizada, accesible y comprensible (art. 3).

El procedimiento para la constitución del contrato de concesión minera se considera público y a él puede acceder cualquier persona. Ante la presentación de una propuesta para la constitución de un contrato de concesión minera la autoridad competente debe poner en conocimiento de ello a terceros, a representantes de la comunidad y a grupos y estamentos sociales. La comunicación a grupos étnicos que ocupan el área tiene la finalidad de que comparezcan para hacer valer su derecho de preferencia.

La consulta previa a pueblos indígenas

En Colombia, todavía no se ha regulado la consulta previa a pueblos indígenas. Lo que existe es la suscripción del Convenio 169 de la OIT y, a partir de él, un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre este derecho. En la sentencia T-769/2009, la Corte Constitucional se pronunció sobre una consulta previa sobre concesiones mineras. Al respecto en su fundamento señala:

“En el presente caso, no se actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido del proyecto Mandé Norte y posteriormente, con conocimiento de causa, pudiese decidir con suficiente ilustración, previo el análisis de sus propias perspectivas y prioridades. De igual manera, la población originaria no era consciente de que dicho proyecto afectaría al Cerro Careperro, sagrado para los ancestrales habitantes de la región. Tampoco se consultó a todas las comunidades,

como ya se indicó. (...) En este caso, es claro que grupos originarios del territorio afectado no fueron debidamente consultados, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explorar y explotar su territorio para desarrollar el proyecto minero, mucho menos bajo qué condiciones, por lo cual dichas comunidades no tuvieron la oportunidad de definir sus propias prioridades”.

A partir de estas y otras consideraciones resuelve conceder la protección al derecho a la consulta previa, ordena que las autoridades competentes suspendan las actividades de exploración y explotación que se estén realizando en desarrollo del contrato de concesión y que el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, antes que se rehaga y extienda la consulta a las comunidades interesadas, culmine los estudios integrales y de fondo sobre impacto ambiental. Finalmente, ordena a INGEOMINAS que se abstenga de otorgar o suspenda, según sea el caso, la licencia de exploración o explotación minera hasta que finalicen los estudios de impacto ambiental y se realice la consulta previa de manera adecuada.

En la sentencia C-366 de 2011, también se señala:

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentran en el territorio en que se asienta las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Un ejemplo de las medidas de esta

naturaleza es el código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país lo que incluye los territorios ancestrales.

29.2. El deber de participar antes anotado resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubica las comunidades diferenciadas. Ello debido a que (i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el párrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional de colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.

29.3. La participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada. Por ende, esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe ajustarse a los requerimientos propios de la consulta previa, en los términos explicados en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia. Esto debido a que tales condiciones permiten que la participación de dichos

pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

29.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergente diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habita las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

29.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suele generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional (Galvis y Ramírez, 2013).

En Colombia al igual que en otros países de América Latina el crecimiento de las concesiones mineras viene generando conflictos por la superposición de derechos en resguardos indígenas y en Áreas de Reserva Forestal.

d) La concesión minera en Bolivia

La Constitución boliviana del año 2009 que está en vigencia señala que son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. Se establece que los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país (artículo 348 del numeral I y II de la Constitución Política de Bolivia).

Asimismo se indica que los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo (artículo 349 de la CPB). En cuanto a los minerales establece que el Estado será responsable de las riquezas mineralógicas que se encuentren en el suelo y subsuelo cualquiera sea su origen y su aplicación será regulada por ley. Se reconoce como actores productivos a la industria minera estatal, industria minera privada y sociedades cooperativas (artículo 369 de la CPB).

Se establece las reglas básicas para el ejercicio de la actividad minera, permitiendo al Estado otorgar derechos mineros y suscribir contratos

mineros (artículo 370 de la CPB). Se reafirma que el derecho minero en toda la cadena productiva así como los contratos mineros tienen que cumplir una función económica social ejercida directamente por sus titulares (numeral III de la CPB).

Fluye del texto constitucional que el Estado y sus autoridades serán los únicos que podrían determinar cuándo se cumple o se incumple el interés económico social, lo cual coloca a la inversión privada, nacional o extranjera, nueva o antigua, en una condición totalmente expuesta a la voluntad de quien ejerce el poder (Belaunde, 2011).

La consulta previa a pueblos indígenas

En la Sentencia Constitucional 2003/2010-R, se señala lo siguiente:

III. 5. (...) En cuanto a los recursos naturales, el art. 403 de la CPE, reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios (Galvis y Ramírez, 2013).

La jurisprudencia estudiada para esta parte reitera el contenido de las normas internacionales y se refiere al derecho de los pueblos indígenas que tienen la posesión tradicional de sus territorios a participar en los beneficios económicos derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales y al derecho a la consulta.

2.3 MARCO CONCEPTUAL

2.3.1 Estado

Para definir el concepto de Estado se suele acudir a determinados criterios, como son la idea de una comunidad organizada en un territorio, la existencia de un orden jurídico y de un poder autónomo, es decir, el concepto por excelencia de Estado es aquel que se esgrime mediante sus tres elementos constitutivos: pueblo, territorio y soberanía.

Sin embargo, desde el punto de vista Kelseniano también se puede definir al Estado como la unificación de una comunidad bajo leyes jurídicas o, lo que es lo mismo, como la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional), esto porque desde esa postura no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el “Estado” y su “orden legal”; entonces, el Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye (Bastos, y otros, 2012).

2.3.2 Gobierno

Es el máximo órgano ejecutivo de un país. Conjunto formado por los ministros de un país y encabezado por el presidente o primer ministro. Es la función más elevada del Poder ejecutivo; es la dirección suprema de los asuntos públicos y la orientación general de la política de un país; la administración se desprende del Gobierno por la evolución y desarrollo de los pueblos y porque se trata de funciones de carácter más estable a cargo de funcionarios de menor jerarquía.

El gobierno es una cuestión de derecho constitucional de las reglas entre gobernantes y gobernados: mejor dicho: cuestión política; y la Administración desprendida de aquel, es materia de reglas fijas por el derecho administrativo; aunque debemos concluir que siempre será muy difícil deslindar y precisar estos conceptos (Chamané, 2012).

2.3.3 Pueblos indígenas u originarios

Son comunidades que tienen una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus territorios con anterioridad a la ocupación colonial y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que en la actualidad prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. En el presente constituyen sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Andaluz, 2011).

2.3.4 Territorio

El territorio es el área geográfica en la que el Estado ejerce su plena soberanía y, por lo tanto, le es consustancial. El territorio es la porción de la superficie del globo terráqueo sobre la cual el Estado ejerce habitualmente su soberanía. Constituye la base física del Estado, así como el pueblo en su base personal. Es un elemento necesario para la subsistencia del Estado, el cual se ha individualizado precisamente por virtud de la permanencia de un pueblo en su suelo (Chamané, 2012).

2.3.5 Yacimiento minero

El yacimiento minero es el lugar de la superficie terrestre, suelo o subsuelo, o dominio marítimo, donde física y naturalmente se encuentra acumulados los recursos minerales de los cuales se podrá obtener un provecho o beneficio económico. En este sentido todos los yacimientos mineros tienen una significación económica para que consecuentemente exista un interés en su aprovechamiento y desde ese momento obtenga relevancia jurídica (Tejada, 2004).

2.3.6 Mina

La mina, en su significado técnico, es el conjunto de operaciones e instalaciones en el subsuelo o en la superficie concurrente a la explotación de un yacimiento; o sea, la mina comprende el yacimiento, los edificios, instalaciones, maquinarias y todo lo que sirve para la explotación de los minerales. En su significado jurídico, la palabra mina tienen tres acepciones: a) Excavación que se hace por pozos, galerías y socavones o a cielo abierto para extraer minerales: b) Sitio o lugar de la tierra donde se encuentran los minerales (sinónimos de yacimiento mineral); y c) Derecho que el Estado otorga para extraer mineral en una extensión determinada (sinónimo de concesión) (García, 1989).

2.3.7 Minerales

Los minerales son cualquier sustancia inorgánica que se encuentra y se extrae de la superficie terrestre, suelo o subsuelo, así como en el dominio marino, cuyo conjunto constituye un yacimiento minero, para su aprovechamiento económico o para otros fines. Los minerales son la

materia prima a extraer de los yacimientos o depósitos naturales. Constituyen recursos imprescindibles que una vez transformados serán utilizados por el hombre para satisfacer necesidades básicas (Tejada, 2004).

2.3.8 Propiedad

La propiedad³ es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa. Sin embargo, la propiedad no agota su contenido en los poderes de goce y disposición de la cosa, pues el mismo derecho le confiere otros que pertenecen a su naturaleza, como la pretensión del propietario de no ser privado de su derecho sino por causa de utilidad pública, legalmente declarada y mediante justa indemnización (Arguello, 2011).

2.3.9 Concesión minera

La concesión es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado entre las partes (Calafell, 1996).

³ El vocablo propiedad proviene del término latino *proprietas*, que a su vez deriva de *proprium*, que significa “lo que pertenece a una persona o es propio”.

2.3.10 Conflicto social

El conflicto es una consecuencia de un determinado de estado de cosas. De una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes (Silva, 2008).

Los conflictos sociales son fenómenos complejos e inherentes a la vida en sociedad. Por una parte, son complejos porque constituyen procesos no lineales que involucran a actores con distintos puntos de vista, creencias, objetivos, valores y percepciones. Por otro lado, los conflictos no son anomalías. Por el contrario, son inherentes a la vida en sociedad, tanto las personas y las instituciones son actores que siempre pueden tener diferentes puntos de vista sobre un mismo asunto. En ese sentido, son expresiones o manifestaciones que muestran el malestar de la ciudadanía ante situaciones que consideran una vulneración de sus derechos (Karp-Toledo, 2014).

2.3.11 Derechos colectivos

Se entiende por “derechos colectivos” a todos aquellos que tienen como característica principal ser titularizados por un grupo (determinado o determinable) de personas, en contraste con los clásicos derechos subjetivos de corte liberal, cuya titularidad corresponde a las personas individualmente consideradas.

Los derechos colectivos, en sentido estricto, son aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas, las cuales se encuentran vinculadas entre sí por una relación jurídica, o que las vinculan con la parte contraria.

Son casos específicos de esta clase de derechos, entre otros, los que ejercen los sindicatos, los derechos de participación política, los derechos colectivos de las comunidades nativas e indígenas, (...) (Bastos, y otros, 2012).

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas no solamente son la suma de los derechos individuales de sus miembros, que los derechos individuales de sus miembros se derivan de los derechos colectivos que tienen los pueblos y comunidades, y que tanto los derechos colectivos como los individuales están protegidos por la Convención americana y por otros instrumentos internacionales (Stavenhagen, 2010).

2.3.12 Recursos naturales

El vocablo “Recurso” (resource en inglés) originalmente significaba vida. Su raíz es el verbo latino, *surgere*, que evocaba la imagen de una fuente que continuamente surgía del suelo. Como una fuente, un “recurso” surge una y otra vez, aun cuando ha sido repetidamente usado y consumido.

El concepto destacaba de esta manera el poder de autoregeneración de la naturaleza y llamaba la atención a su prodigiosa creatividad. Además, implicaba una antigua idea sobre la relación entre los seres humanos y la naturaleza: que la tierra otorgaba dones a los humanos quienes, a su vez, debían estar bien avisados de mostrar diligencia para no sofocar su generosidad. En los tempranos tiempos modernos, “recurso”, en consecuencia, sugería reciprocidad a la vez que regeneración. Con el advenimiento del industrialismo y del colonialismo, sin embargo se produjo un quiebre conceptual. Los “recursos naturales” se transformaron

en aquellas partes de la naturaleza, que eran requeridas como insumos para la producción industrial y el comercio colonial (Shiva, 1997).

Los recursos naturales son aquella parte de la Naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, es decir, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales. Los recursos naturales, en función de su capacidad de autorrenovación, se clasifica en renovables y no renovables. Los recursos renovables son aquellos que usados de modo sostenible son duraderos porque se autorrenuevan, es decir, tienen la aptitud de autoregenerarse o de autodepurarse si no se excede su capacidad de carga. En tanto los recursos no renovables son todos aquellos cuyo aprovechamiento lleva indefectiblemente a la extinción de la fuente productora, ya que éstos no se autorrenuevan” (Andaluz, 2011).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación por su propósito es de carácter no experimental, enmarcado en el enfoque cualitativo, debido a que centra su estudio en el análisis doctrinario y normativo del dominio estatal de los recursos mineros y el régimen de concesión minera, pero en la forma en que se realiza su otorgamiento en el Perú y los conflictos sociales que genera en los territorios de ocupación consuetudinaria de las comunidades campesinas.

Por su naturaleza es una investigación de contenido, por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto al problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitan analizar las teorías que la doctrina ha desarrollado respecto al tema, así mismo se revisa la información contenida en la jurisprudencia nacional y extranjera. En tal sentido, consideramos que se trata de una investigación jurídica en la que

se revisa teorías en fuentes escritas para generar reflexión teórica que contribuyan a enriquecer el régimen de concesión minera.

3.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación es cualitativo porque recaba y analiza la información de contenido por ejes de investigación, asimismo se enmarca dentro de la investigación causal, porque verifica la influencia de las variables, causa – efecto, realizando una evaluación de la aplicación de normas de concesión minera que desde su otorgamiento generan una cadena de hechos conflictivos en los pueblos o comunidades campesinas de la región de Puno.

Siendo su esquema o modelo:

T-----H-----C

Donde:

T = Teoría (Conocimiento de las fuentes que sustentan el dominio minero)

H = Hecho (Otorgamiento de concesión minera de exploración y explotación)

C = Conflicto (Consecuencias de concesión en comunidades campesinas)

3.3 OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación está dado por el sistema de dominio estatal minero y el régimen de concesión minera. La investigación de estas unidades debe conllevar al análisis del impacto que ello tiene en el

derecho de la población de las comunidades campesinas de la región de Puno.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA

El universo del presente trabajo de investigación está constituido en gran parte por las teorías existentes relacionadas con el sistema de dominio minero y el régimen de otorgamiento de concesión minera en los territorios de propiedad de las comunidades campesinas de Puno y casos de conflictos por las concesiones de exploración y explotación de los recursos mineros. Para este último eje de investigación se registra 12 casos emblemáticos en la región de Puno, y para efectos de la muestra se tomaron el 100% del universo total de los conflictos mineros.

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas e instrumentos investigación aplicados fueron las siguientes:

Para la unidad 1

Utilizamos la técnica de análisis bibliográfico de dato cuyo instrumento es la ficha de análisis bibliográfico.

a. ANÁLISIS DEL REGISTRO DOCUMENTAL

Esta técnica se aplicó en función de los análisis doctrinarios y teóricos de las diversas obras existentes.

Para la unidad 2

Utilizamos la técnica de la observación documental, cuyo instrumento es la ficha de recolección de datos.

b. ANÁLISIS DEL REGISTRO DOCUMENTAL

Esta técnica se aplicó en función de los análisis doctrinarios y teóricos de las diversas obras existentes.

Para la unidad 3

Utilizamos la técnica de la observación documental, cuyo instrumento es la ficha de recolección de datos.

3.6 PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para recoger los datos es el siguiente:

Primero: Se identificó el material bibliográfico (Fuentes bibliográficas) para seleccionar y recabar los contenidos que se utilizarán en la investigación.

Segundo: Se analizó y se recabó la información y contenidos de las fuentes seleccionadas, trasladándolas a las fichas de análisis, considerando el problema de investigación, sus objetivos e hipótesis.

Tercero: Se clasificó la información y contenidos de acuerdo a las unidades o ejes de investigación.

3.7 DISEÑO O INTERPRETACIÓN DE DATOS (PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS)

Se utilizó el siguiente procedimiento:

Primero: Se determinó los criterios dentro de los cuales se analizó la información y contenidos recabados, considerando los problemas y objetivos formulados en la investigación.

Segundo: Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre las fuentes doctrinarias y características del sistema de dominio minero peruano, considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y los objetivos de la investigación, aplicando los criterios que corresponden.

Tercero: Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre las fuentes doctrinarias y procedimiento de concesión minera, así como la jurisprudencia sobre el derecho de participación de pueblos indígenas en la explotación de recursos mineros, considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y los objetivos de la investigación, aplicando los baremos o criterios que corresponden.

Cuarto: Se realizó el análisis e interpretación de la información y contenidos recabados sobre las consecuencias de la concesión minera en las comunidades campesinas de Puno, considerando sus categorías que la comprenden de acuerdo a la matriz de consistencia y a los objetivos de la investigación, aplicando los baremos o criterios que corresponden.

Quinto: Por último, se realizó el análisis e interpretación articulada de los tres ejes de investigación, estableciendo su relación estructural y sistemática en torno al régimen de otorgamiento de concesión minera y sus efectos de conflictividad social, estableciendo a su vez la relación con los objetivos y las hipótesis planteadas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 UNIDAD DE INVESTIGACIÓN I: EL DOMINIO ESTATAL DE LOS RECURSOS MINEROS EN EL PERÚ

4.1.1 El sistema de dominio estatal de los recursos mineros

La teoría del dominio estatal de los recursos mineros tiene su matriz y origen histórico en Roma, con posterioridad a la Segunda Guerra Púnica (215 a. C.), cuando aquélla pasa a ser dueña de todos los territorios conquistados desde el Danubio hasta el Atlántico, creándose la institución jurídica, política y económica del *ager publicus*, incorporado por la República las ricas provincia mineras de Britania, Hispania, Egipto y otras, siempre dentro del concepto del derecho fundiario, en cuya virtud los recursos mineros en favor de particulares pasan a ser *res extra commercium*; su dominio será del *populo romano*, representado por la respectiva estructura institucional legal durante la República y después por el Emperador, quien a su vez, por intermedio de sus representantes, *los recuperatores metallorum*, administra como “autoridad minera” el

referido *ager publicus* minero, otorgando permisos, licencias y especialmente arriendos, instrumentos y figura jurídica que permite explorar y explotar en calidad de arrendatario, prefigurando así la futura noción del derecho del Estado sobre los recursos minerales.

Posteriormente, durante la Edad Media, el derecho minero romano es recepcionado, en el curso de tres siglos, creando, estructurando y aplicando la institución jurídica de la “regalía minera”. Esta última representa, por una parte, de hecho, política y económicamente, mediante acuerdos y/o convenciones, la estratificada estructura de pueblos, reyes/monarcas, príncipes, señores feudales o representantes de la Iglesia, los cuales se atribuían la propiedad de las minas o el derecho a participar de una regalía respecto de los productos obtenidos en la explotación de aquéllas; y por otra, a la gran creación y elaboración del llamado dominio minero eminente, cuya matriz histórica jurídica de carácter instrumental la encontramos básicamente en la recepción de la institución romana del *usufructus*, y en menor medida, de la *enfiteusis* (Vildósola, 1999).

4.1.2 La naturaleza jurídica de dominio minero del Estado

La naturaleza jurídica del sistema de dominio atribuido a la Nación y/o Estado es: a) En cuanto a su naturaleza jurídica esencial, el dominio le pertenece a la Nación o al Estado, en su caso, a título inalienable e imprescriptible, como un atributo y efecto propio y esencial del principio y concepción de la soberanía de los Estados y Naciones sobre sus recursos en general. Esta naturaleza jurídica ha tenido en su extenso desarrollo,

denominaciones, modalidades y opciones, pero siempre en el contexto señalado desde el regalismo o modalidad regaliana, como así mismo el dominio originario que se estructura y opera fundamentalmente en el marco del dominio eminente, el dominio directo (caso del derecho mexicano y otros) y finalmente respecto al actual dominio público minero o demanial en sus diversas vertientes ya referidas y comentadas; b) En todas las diversas modalidades y variaciones del sistema del dominio de los recursos atribuidos al Estado o Nación, estos últimos no pierden jamás el dominio, el que se mantiene con su naturaleza y características básicas antes, durante y después que al titular del derecho minero le sea otorgado y concedido por la autoridad minera o deje de serlo. En otras palabras, jurídicamente nunca se corta el cordón umbilical entre el titular del dominio con el concesionario del derecho a explorar, explotar, y beneficiar los recursos (Vildósola, 1999).

4.1.3 Las características jurídicas de dominio minero del Estado

Las características jurídicas del sistema de dominio minero atribuido a la Nación y/o Estado son: a) La existencia y condición del sistema está contenida en el principio jurídico legal de la desvinculación del dominio de los recursos minerales que corresponden a la Nación/Estado respecto a la propiedad de terreno superficial, cuyos dueños son diferentes a aquellos; b) Existencia y conocimiento jurídico legal en la correspondiente legislación positiva minera de la Autoridad (organismo) Administrativa Minera que representa al Estado/Nación, con atribuciones y facultades amplias y suficientes (*imperium - potestas*), para conceder-otorgar o rechazar el otorgar derechos/títulos a los particulares e incluso

organismos autónomos del propio Estado, a objeto de reconocer, prospeccionar, investigar -genéricamente explorar- explotar, beneficiar y transformar metalúrgicamente productos, y comercializarlos. Lo expuesto, mediante procedimientos legales, técnicos instrumentales y jurídicos administrativos, en las condiciones y formalidades que la respectiva legislación establezca; c) En general, el reconocimiento, aceptación y sanción de los derechos mineros, con amplias y suficientes facultades que se conceden u otorgan representados por títulos mineros. La mayoría con el carácter de derechos reales administrativos, otorgados de acuerdo a la tendencia mundial, seguridad y certeza jurídica en su contenido; d) Las concesiones de explotación se otorgan con la condición de regla general, de cumplir con la exigencia de haber sido comprobada por la Autoridad Minera la existencia efectiva física de un recurso minero susceptible de un aprovechamiento técnico, económico y racional; e) Las concesiones de exploración y otros derechos similares como permisos, licencias, autorizaciones, se otorgan por regla general en plazos relativamente breves a mediano, 2 a 5 años, renovables en determinadas condiciones; y las concesiones de explotación siempre se otorgan por períodos mucho más extensos, dada la naturaleza del título por períodos determinados de 20 a 50 años, usualmente renovables. No se otorgan por plazos indefinidos o perpetuos. En algunas legislaciones no se fijan plazos determinados, pero su validez y existencia queda condicionada a la mantención de las labores y al desarrollo de la explotación de manera constante, útil técnica y económicamente, salvo situaciones de fuerza mayor u otras; f) Tal vez la más importante de estas características y efectos jurídicos, es aquella

que se establece, proclama y regula, en prácticamente todas las legislaciones mineras del mundo (incluso las comprendidas en el sistema de dominio minero fundiario), que obliga al titular de los derechos mineros a investigar, reconocer, prospectar, en general explorar, los terrenos depósitos y yacimientos y a mantener en actividad constante y permanente la explotación de las minas técnica y económicamente racional, admitiendo o aceptando excepciones razonables y justificadas que garanticen dichos principios. Este principio, denominado el “amparo por el trabajo”, ha sido definido, establecido y regulado desde hace dos milenios; no se concibe un derecho minero moderno en el que el titular de una concesión de explotación mantenga sin trabajar (salvo fuerza mayor) las minas, por cuanto se entiende que en esta materia está comprometido el interés general de la colectividad y de la Nación (Vildósola, 1999).

4.1.4 El desarrollo histórico de dominio minero peruano

a. El dominio minero en el período de los Incas

En la época prehispánica nuestros antepasados explotaron y trataron los minerales que hoy conocemos. De Chavín nos llegan objetos de oro, cobre y plata; de Paracas, ornamentos de oro, plata y cobre; de Nazca, las diademas y narigueras trabajadas en metal; los Mochicas trataron el oro, plata, cobre y aleaciones, así como el mercurio y el plomo; Tiahuanaco, el cobre y el estaño y obtuvo bronce, además del oro y plata; Chimú trabajó enchapados de oro y plata, de oro sobre plata y cobre y plata sobre cobre (Franciskovic, 2009).

La actividad minera consistía en la búsqueda de oro en los ríos de la región, ceja de montaña, la captación de afloramientos de vetas de plata nativa y la explotación de cobre metálico u óxido de cobre a partir de afloramientos de vetas de este mineral.

El inca designaba las minas metalíferas que debían trabajarse por su exclusiva cuenta para la ornamentación de templos, palacios y elaboración de alhajas y vajillas de la Corte. En estos trabajos los pueblos prestaban el servicio personal organizado por el sistema de mitas. Las minas y lavaderos no reservados por el Inca para su provecho se explotaban por los curacas o dejaban al aprovechamiento común de las poblaciones o ayllu (Velarde, 1919).

Basadre (1996), refiere a un derecho oral y no escrito, propio de la civilización inca que se desarrolló entre los siglos XII y XVI, en cuya virtud las minas eran trabajadas por cuenta del Inca para extraer los metales preciosos y el cobre, surgiendo después la Mita como trabajo forzado y personal por un tiempo limitado, que posteriormente “se irradió al Derecho Indiano en un claro mestizaje jurídico”.

Todas las fuentes históricas existentes revelan que los incas ejercían total soberanía sobre las minas conocidas a lo largo del Imperio.

b. El dominio real de las minas en el período de la colonia

b.1. El dominio real de las minas en las Ordenanzas de Toledo

Las Ordenanzas de Toledo de 1574 establecía el dominio real y se permitía la libre investigación y explotación de minerales en cualquier

terreno y tanto por extranjeros como por naturales y españoles. Con respecto a este tema las Ordenanzas de Toledo no puede ser más preciso:

“Por cuanto todos los minerales son propios de S.M. y derechos realengos por leyes y costumbres, y así los da y concede a los vasallos y súbditos donde quiera que los descubrieren y hallaren, para que sean ricos y aprovechados, dándoles leyes y ordenanzas, para que gocen de ellos y los labren (...) y porque algunas personas, así encomenderos, como caciques y principales y otros que poseen heredades y estancias, impiden que en sus tierras no les puedan entrar a buscar y descubrir, y así están ocultos y sin que de ellos reciba la república la utilidad para que fueron criados. Ordeno y Mando, que de aquí adelante ninguno de los susodichos impida, ni haga resistencia a todos los que quisieren hacer los dichos descubrimientos, de cualquier estado o condición que sean, sino que libremente los dejen dar catas, y buscar minas y metales.” (De los descubridores, registros y estacas, ord. I).

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

“La razón porque S.M. concede los minerales a las personas que los descubren, y manifiestan, siendo suyos y pertenecientes a su real patrimonio, es porque los labren y beneficien, y sus súbditos y vasallos sean ricos y aprovechados, y de lo que de ellos resultare, se le paguen sus quintos y derechos.” (De los despoblados, ord. I).

b.2. El dominio real de las minas en las Ordenanzas de Nueva España

En el título V de las Ordenanzas de Nueva España se determina el dominio real sobre la riqueza mineral expresándose las bases en que se encuentra asentado el mismo y las condiciones en que se concede a los particulares.

Artículo 1°.- “Las minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la ley 4a, Título 13°, Libro 6° de la Nueva Recopilación”.

Artículo 2°.- “Sin separarlas de mi Real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas arrendarlas, donarlas, dejaras en testamento por herencia o manda, o de cualquier otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que los posean, y en personas que puedan adquirirlo”.

Artículo 3°.- “Esta concesión se entiende bajo dos condiciones: la primera, que haya de contribuir a mi real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda, que hayan de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se faltan el cumplimiento de aquellas en que así se previniere y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título las denunciare”.

De los títulos existentes, vamos a referirnos al V, Del dominio radical de las minas: de su concesión a los particulares; y del derecho que por esto

deben pagar. Precisan los Artículos 1º y 2º que las minas eran del dominio de la Real Corona, así por su naturaleza y origen; sin separarlas del Real Patrimonio, concedía a sus Vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda o por cualquier manera de enajenar el derecho. Esta concesión que se otorgaba, declaraba el Artículo 3º, fue bajo dos condiciones: la primera, que se contribuya a la Real Hacienda en la parte de los metales que se extrajeran; y la segunda, de que se labraren o trabajasen las minas.

b.3. La denunciabilidad en las Ordenanzas de Nueva España

Dentro de las normas que rigen la denunciabilidad se encuentra el artículo 22 del título VI de las Ordenanzas de Nueva España que establecía: “Así mismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar en la forma referida no solo las minas de oro y plata, sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio; piedra calaminar, bismuth, salgema y cualquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales, bitúmenos o jugos de la tierra”.

Una vez iniciada una larga lista de sustancias denunciables se agregaba, para que nada quedara fuera de su campo de aplicación, la siguiente frase: “Y cualquiera otros fósiles”. En suma no existía para las Ordenanzas de Nueva España ninguna sustancia reservada en beneficio del propietario superficial.

Esta amplísima libertad en materia de denunciabilidad sólo se veía limitada en lo referente al azogue o mercurio, sustancia que no era

otorgada necesariamente a su descubridor, pudiendo llevarse a cabo su explotación directamente por la Corona. Esta excepción encontraba su razón de ser en la gran importancia que tenía el azogue en los procesos de beneficio de minerales. Por consiguiente si la autoridad estimaba que el denunciante carecía de la capacidad necesaria para la explotación le confería un premio equitativo y se encargaba por sí misma de los trabajos (Farías, 2003).

b.4. Los fundamentos del dominio real de las minas

Los fundamentos dados para el dominio real de las minas son tres: a) La naturaleza de las minas. Se debe recordar el alto sitio que en la jerarquía de los bienes ocupaban los productos de la actividad minera. Durante todo el siglo XVIII imperarían en Europa las doctrinas mercantilistas, las que consideran prósperas y poderosas a aquellas naciones que poseían metales preciosos en abundancia; b) El origen del derecho real sobre la riqueza mineral se encuentra consagrado en la tradición uniforme que es posible notar en la legislación de todos aquellos Estados donde ha imperado el sistema regalista de la propiedad minera; c) La incorporación de la riqueza minera en el Real Patrimonio establecida en las Ordenanzas de 1559 que, como se recordará, dispusieron la reincorporación de todos los yacimientos mineros al patrimonio real.

En los dos artículos del título V se determina la extensión del derecho que la Corona concede a sus vasallos sobre las minas y las condiciones bajo las cuales este derecho es otorgado. Del texto se desprende que la corona transfiere la propiedad y posesión de tales bienes, sin separarlos de su

real patrimonio, a quienes cumplan con las condiciones establecidas en el Artículo 3°. Se hace especial hincapié en el derecho de disposición que le compete al titular del dominio. Las condiciones mencionadas son dos: la primera consiste en la obligación de pagar el tributo que la ley señala y la segunda en el cumplimiento de las disposiciones de la Ordenanza en cuanto a la forma de labrar y disfrutar las minas.

Interpretando el Título V de las Ordenanzas de Nueva España la doctrina chilena sostiene que en virtud de la disposición legal la Corona cedía el dominio y la posesión de los yacimientos mineros a sus súbditos conservando ella una potestad que se traduciría en una simple tutela, una mera supervisión destinada a cautelar el cumplimiento de las condiciones exigidas para la vigencia de la concesión. En el evento que estas condiciones no se verificasen se privaba al concesionario a su dominio, retornando este derecho a su fuente de origen con el fin de ser nuevamente atribuido a quien cumpliera con las prescripciones de la ley. La Corona tenía un dominio radical, esto es, un derecho que tenía sus raíces en ella pero que no era posible asimilar al dominio entendido como derecho absoluto, investido de sus atributos de uso, goce y disposición. El derecho de particular, aunque sujeto al cumplimiento de obligaciones, se considera como un dominio perfecto (Bruna, 1971, citado por Farías, 2003).

b.5. Las notas relevantes del régimen legal de las Ordenanzas de Minería

Las características básicas del régimen legal fijado en las Ordenanzas de Minería son cinco: a) Las minas eran de propiedad del Estado que sucedía a la persona del Rey; b) El Estado podía concederlas en posesión y propiedad para que fueran explotadas por particulares; c) Este derecho de posesión y propiedad quedaba virtualmente asimilado a la propiedad civil toda vez que las concesiones podían ser objeto de tráfico jurídico como cualquier bien, siempre que se trabajaran; d) La posesión y propiedad del concesionario estaba supeditada al pago puntual del impuesto semestral por pertenencia, cuyo incumplimiento se consideraba como una causal de extinción del derecho; e) La obligación de presentar los títulos ante la diputación territorial, dentro de un plazo determinado, para el registro del derecho y el ejercicio futuro del mismo. El incumplimiento de esta obligación al vencimiento del plazo acarreaba también la extinción del derecho. Se trataba de una concesión sujeta a condición resolutoria (Belaunde, 2011).

Las Ordenanzas de Minería hicieron suyo el sistema regalista por el cual la Corona Española ejercía el dominio de los recursos minerales y las otorgaba a los particulares en propiedad. La condición era pagar la regalía del quinto real, aun cuando fue reducida a un décimo con el objeto de incentivar la minería, generando el “despueblo” o abandono de las labores mineras, incidiendo negativamente en la economía colonia (Baldeón, 2016).

c) El dominio minero en el período de la emancipación

De este periodo se tiene el Estatuto Provisional del General don José de San Martín y el Decreto Dictatorial del General don Simón Bolívar. El primero aprobado en 1821, que mantiene la aplicación de la legislación colonial en el Perú independiente, siempre que no se opusiera a los principios de libertad e independencia. Y el segundo sancionado en 1824, que en su Artículo 13 disponía: *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.* Bajo esta orientación jurídica, el Perú ingresa al período republicano aún con las Ordenanzas Mineras españolas.

d) El dominio minero en el período republicano

Las repúblicas latinoamericanas heredaron la facultad real del dominio minero y la incorporaron a la legislación. Al extremo que los pagos que en algunos países se hacen por algún tipo de concepto de concesión o derecho minero en muchos países se denomina regalías hasta hoy que es una reminiscencia del derecho real que existe de la propiedad estatal del subsuelo. Durante la colonia se pagó el quinto real de toda explotación minera hispano americana. El rey cobró un derecho como propietario del subsuelo y se pagaba una compensación como consecuencia de la extracción de los minerales. Este esquema se repite hasta hoy prácticamente sin diferencias. Las diferencias son de nombre pero no son

de concepto. Las repúblicas hispanoamericanas hemos mantenido la vieja legislación indiana en materia de minería. Ya no se llama rey ahora es el Estado, la república, nación, es dueño del subsuelo (Ghersi, 2007).

En la etapa republicana destaca la Ley de 12 de enero de 1877 promulgada por el gobierno de Mariano Ignacio Prado. En opinión de Baldeón (2016) esta ley transformó el régimen minero colonial al establecer el dominio eminente de los recursos minerales a favor del Estado y no de la Corona Española. Disponían los Artículos 1, 2 y 3 la creación de un impuesto de quince soles por semestre sobre cada cuadratura o pertenencia de mina en posesión o amparo de cualquier dimensión que sea, incluyéndose al carbón, terrenos auríferos, socavón, máquina y cualquier obra de arte.

Establecían los Artículo 5 y 10 que el pago puntual y continuo del impuesto eran requisito esencial para la posesión y propiedad legal de una mina, sea que se trabaje o no. El dueño que dejase de pagar en un semestre perdía indefectiblemente su derecho de posesión.

La Ley de 12 de enero de 1877 tiene la importancia y el acierto de establecer que el dominio eminente de los minerales le corresponde al Estado (Artículos 12, 13 y 23), así como de suprimir el pago de regalías mineras, que en nada contribuyó a la economía del país en la Colonia, la Emancipación y los primeros 56 años de etapa Republicana. Al derogarse la legislación minera colonial, el sistema dominial rige en el Perú por más de 127 años. Sistema que dispone que para mantener amparada o latente la concesión minera, como condición resolutoria, debe pagarse el

impuesto a las minas, canon o sobre canon y, modernamente, el derecho de vigencia y penalidad.

d.1. El dominio minero en Código de 1900

Las sustancias minerales metálicas de acuerdo al Código de Minería, se encontraban dentro del sistema del dominio eminente del Estado, al declarar el Artículo 1° que era objeto de la propiedad minera, con la amplitud que el Código determina: 1°. Los yacimientos de sustancias minerales o fósiles susceptibles de ser industrialmente utilizados; 2°. Las haciendas de beneficio, y los sitios necesarios para su construcción; 3°. Las aguas, en cuanto sean necesarias, para la fuerza motriz o cualquier otro uso en las minas y haciendas de beneficio; y, 4°. Las escorias, relaves, desmontes y demás objetos que pueden ser adquiridos según las disposiciones del Código.

Las sustancias no metálicas eran reservadas para el propietario del terreno superficial, al señalar el Artículo 2° que pertenecía 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.

Resulta entonces que el dominio que ejercía el Estado sobre los recursos minerales era relativo, pues se admitía la coexistencia del sistema de dominio eminente de los recursos minerales que le corresponde al Estado y el sistema de accesión, que establece que el propietario del terreno

superficial ejerce la propiedad por accesión de los minerales que se encuentren en la superficie.

d.2. El dominio minero en Código de 1950

El Código ha sido promulgado por la Junta Militar por Decreto Ley N° 11357 en 1950. Uno de los principios rectores del Código, señalaba en el Artículo 1º, que todo lo relativo a la explotación por los concesionarios tenía el carácter de utilidad pública, institución muy vinculada al sistema del dominio eminente de los recursos minerales que ejerce el Estado, en contraposición al sistema de accesión donde no podría hablarse de utilidad pública, al resultar exclusivo y excluyente el dominio privado.

El Código de Minería de 1950 agrega a los conceptos ya señalados sobre dominio del Estado sobre los yacimientos minerales, una distinción muy precisa entre suelo y yacimiento que llega hasta nuestros días:

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

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

Para Aranzamendi y Huamán (2015), el Código de 1950 estableció dos tipos de concesiones, las de exploración por un plazo de hasta de 5 años,

y las de explotación por un plazo indefinido. Asimismo, distinguió la diferencia entre suelo y subsuelo. Decía el Artículo 7°: “La mina es un inmueble distinto y separado del terreno superficial en el que está ubicada, aunque su concesionario sea también propietario del suelo”.

El Código estableció una clarísima preferencia a favor del concesionario minero sobre el propietario del terreno superficial que podía ser expropiado y objeto de toda clase de servidumbre en aras de la explotación minera. Asimismo se confirió al concesionario minero el libre uso del terreno superficial de la concesión para el fin económico de la misma, en el caso de ser del Estado y de las municipalidades. También otorgó el derecho a utilizar gratuitamente los terrenos eriazos ubicados fuera del perímetro de la concesión.

El Código destacó con indiscutible nitidez el dominio originario del Estado sobre las sustancias minerales, con la excepción de los derechos adquiridos. Al mismo tiempo se caracteriza por ser un instrumento legal privatista en cuanto que impulsó la actividad minera privada con exoneraciones tributarias.

El Artículo 81 del Código señalaba que en la Dirección de Minería se establecería y llevaría el Registro Especial de Concesiones y Derechos Mineros. Dicho registro sería el único para las concesiones y derechos mineros y estaría sujeto en su organización y funcionamiento a las disposiciones que para los Registros Públicos establecía el Código Civil y los reglamentos de dicha Institución, con las modificaciones de este Título.

d.3. El dominio minero en Decreto Ley N° 18880

El Decreto Ley N° 18880 o Ley General de Minería fue promulgado en 1971, en el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado. La Ley General de Minería por vez primera introduce un título preliminar que contiene los principios y filosofía de la norma en su conjunto.

El Artículo II del Título Preliminar de la Ley reiteró que “son bienes de propiedad del Estado, inalienable e imprescriptible, los yacimientos minerales, cualquiera que sea la naturaleza de las sustancias que contengan”. El Artículo IV condicionó los derechos de la concesión al sistema de amparo por el trabajo y en el Artículo V la industria minera fue nuevamente declarada de utilidad pública. El Artículo VII señaló que la “función primordial de la industria minera es coadyuvar al desarrollo económico y social del país”.

El Artículo 8 de la Ley General de Minería señaló, repitiendo las leyes precedentes, que “la concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie en donde está ubicada” en virtud de la cual se otorgaba a su titular un derecho real consistente, conforme a los Artículos 13 y 14, en el derecho a explorar por un plazo de 5 años (concesiones de exploración) y de extraer productos minerales (concesiones de explotación), para convertirse en propietario de las sustancias minerales extraídas.

Los Artículos 169, 205 al 210, diferencian los procedimientos mineros en ordinario para el otorgamiento de concesiones de exploración y explotación, y especial para licitación de área de permisos de

prospección, permiso de planta de beneficio portátil, expropiación y servidumbre.

Para Baldeón (2009), el Decreto Ley N° 18880 o Ley General de Minería se caracterizó por la acentuada injerencia del Estado a través de sus empresas en la industria minera, generando diferencias en cuanto al régimen del otorgamiento de concesiones versus los derechos especiales, éstos últimos que no se acogían al sistema de amparo por el trabajo; asimismo, los contratos entre particulares previamente debían ser visados por la autoridad minera, acentuando el dirigismo contractual.

d.4. El dominio minero en Decreto Legislativo N° 109

El Decreto Legislativo N° 109 se promulgó en 1981 para poner fin al modelo estatizante del gobierno de Velasco Alvarado. En el Artículo II del Título Preliminar de la ley se repite el anterior texto acerca de la propiedad estatal sobre los recursos mineros, con el carácter de inalienable e imprescriptible.

Para Martínez (2010), el Decreto Legislativo 109 retomó la redacción utilizada en la Constitución de 1933:

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

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

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

Las concesiones de exploración y explotación continuaron con un régimen muy parecido al anterior. La concesión minera otorgaba a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos reconocidos por la ley a favor del concesionario, terminología que se mantiene en el dispositivo minero vigente. Además se reitera la disposición de que el concesionario se convertía en propietario de las sustancias mineras extraídas.

El concesionario mantuvo sus derechos a la utilización gratuita del terreno superficial de la concesión y también fuera del perímetro de la misma, así como de imponer servidumbres y expropiar propiedades de terceros, con el único requisito de acreditar la mayor importancia de la actividad minera y de indemnizar al propietario.

d.5. El dominio minero en Decreto Legislativo N° 708⁴

El Decreto Legislativo 708 no tuvo ya que agregar más conceptos a la ley, consignando todos ellos en el texto único ordenado que fundió en un texto orgánico las normas sobrevivientes del D.L. 109 con las modificaciones del D.L. 708. Sin embargo, ninguna de estas modificaciones estuvo referida al dominio del Estado sobre los recursos minerales, concepto éste suficientemente regulado en el D.L. 109.

⁴ Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Minero publicado el 14-11-1991.

Esta Ley en su Artículo 41 otorga competencia al Registro Público de Minería para el conocimiento del procedimiento ordinario y la titulación minera, a cargo de la Oficina de Concesiones Mineras que se crea y del Jefe Institucional; sin perjuicio de continuar con la función propia de registro establecido con el Código de Minería de 1950 y modificatorias.

En cuanto a las actividades mineras, según la Ley, el acto administrativo que faculta a la exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero, es la concesión minera; en tanto que el cateo, la prospección y la comercialización son libres, sin acto administrativo previo.

En cuanto a las concesiones mineras el Estado a través de su escasa o nula actividad empresarial y los particulares, en igualdad de condiciones, pueden ser titulares de concesiones mineras, eliminándose el régimen de los derechos especiales que se convirtieron por mandato legal al régimen de concesiones mineras. Sin embargo, en cuanto al régimen de concesiones, la denominada concesión minera otorga el derecho de explorar y explotar los recursos minerales; resultando una expresión tautológica y limitativa para identificar a otras concesiones – inclusive genera problemas al momento de la inscripción de contratos de cesión para exploración -, debiendo en tal caso añadirse la actividad. Así, la concesión de beneficio, por si misma es una concesión minera.

Respecto al sistema de amparo, de protección o tutela de los derechos mineros, se establece que, las concesiones mineras deberán pagar el derecho de vigencia.

El Decreto Legislativo N° 708, introduce una reforma sustantiva a la moderna legislación minera peruana al establecer en su Artículo 20, que la unidad básica de medida superficial de la concesión minera es una figura geométrica delimitada por coordenadas U. T. M., con una extensión de 100 hectáreas, según el Sistema de Cuadrículas que oficializó el Ministerio de Energía y Minas.

d.6. El dominio minero en Decreto Supremo N° 014-92-EM⁵

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería es la norma legal que regula actualmente las actividades mineras en el Perú. El TUO de la Ley General de Minería dispone que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones (art. II del T.P).

Todas las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte, son ejecutadas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones (art. 7).

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería publicado 4-06-92.

Hasta el momento se han expedido diversas leyes modificatorias y complementarias relacionadas al otorgamiento de las concesiones mineras. El estudio con mayor profundidad de la legislación vigente se desarrolla en las unidades de investigación II y III del presente trabajo.

d.7. El Dominio minero en la Ley Orgánica de Aprovechamiento de Recursos Naturales

Para Martínez (2010), la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales N° 26821 permitió introducir a la normativa minera, en este caso al amparo de una ley de desarrollo constitucional enunciados fundamentales que permiten explicar mejor los conceptos de dominio del Estado sobre los yacimientos minerales.

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

Artículo 4.- Alcance del dominio sobre los recursos naturales

Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los

recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Artículo 19.- Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

e) El dominio minero en las constituciones políticas

La primera Carta Política que trató el tema de la propiedad estatal de los recursos mineros fue la de 1920. En el Artículo 42 quedó establecido que “la propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Solo podrá concederse la propiedad o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan”.

La segunda Carta Política que regula el tema es de 1933, que en su Artículo 37, dispuso que “las minas, las tierras, bosques, agua y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado salvo los derechos legalmente adquiridos. La Ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”.

La Constitución de 1979 incluyó todo un capítulo dedicado a los recursos naturales (el Capítulo II del Título III). El Artículo 118, que encabeza el

Capítulo II, a la letra señala que “los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierra, bosques, agua y en general todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares”. En concordancia con ese dispositivo, el Artículo 122 de la misma carta consignó lo siguiente: “El Estado fomenta y estimula la actividad minera. Protege la pequeña y mediana minería. Actúa como empresario y en las demás formas que establece la ley. La concesión minera obliga a su trabajo y otorga a su titular un derecho real sujeto a las condiciones de la ley”.

La vigente Constitución Política de 1993 responde a una visión más privatista y recorta algunos de los alcances de la Carta precedente, particularmente en lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, pero sin derogar el sistema dominalista sobre los recursos naturales. Asimismo el mandato constitucional coloca a la concesión minera en una situación legal especial dentro del ámbito de los derechos reales (Belaunde, 2011).

La Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, insistió en que el dominio reside en la Nación: Artículo 66.- Recursos Naturales. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

4.1.5 La interpretación jurídica de la propiedad de los recursos mineros

Respecto a la propiedad de los recursos naturales incluido los recursos mineros existe las siguientes interpretaciones jurídicas:

Según Roel (2011), los recursos naturales y mineros descansan, jurídicamente, en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

Sobre la titularidad de los recursos naturales, Pulgar (2001), afirma que esto está vinculado al propio texto constitucional que reserva para el Estado la propiedad de los recursos naturales y faculta su otorgamiento a particulares bajo distintas formas que no impliquen un desprendimiento del dominio.

Para Andaluz (2011), los recursos naturales son patrimonio de la Nación significa que es de interés de todos los peruanos cómo se usan estos recursos naturales, puesto que ellos nos proporciona alimentos, medicamentos, también materias primas para todas las actividades económicas destinadas a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades materiales o espirituales humanas o quizás simplemente un sentimiento de orgullo nacional.

Sobre el particular, el TC ha sostenido que “el Estado ejercerá la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y emprenderá las acciones orientadas a propiciar la equidad social. El Estado, impulsado por tal imperativo, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones” (STC. N° 0028-2008-AI/TC, f. j. 30). Para el Convenio 169 de la OIT, los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15.1). Y también el derecho a beneficiarse de las consecuencias de la explotación de los recursos naturales.

4.1.6 Posición doctrinaria

a) Elvis Salazar Niño

El sistema dominialista o el dominio eminente en sede nacional se configura atribuyendo a la titularidad originaria de los recursos minerales al colectivo jurídico, político y social denominado Nación. Esta teoría diferencia al propietario del terreno superficial (que puede ser un particular, comunidad campesina, o incluso el propio Estado) del titular originario de los recursos minerales, siendo que esta última calidad recae en la Nación, colectivo que expresa sus decisiones a través del aparato

conformado para dicho fin: el Estado. Cabe precisar que en este sistema, si bien el Estado es la cara visible de la titularidad, este funge como un representante de intereses y en una suerte de administrador y responsable de los mismos respecto del colectivo que representa.

En sede nacional el artículo 66° de la Constitución de 1993 lo acoge al indicar que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado soberano en su aprovechamiento, precepto constitucional que es complementado por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; Ley N° 26821, (“LOPASRN”) donde se enumera a los minerales como parte de dichos recursos naturales y los alcances del régimen minero establecido por el artículo I de la LGM.

El Estado no decide el aprovechamiento de los recursos minerales sobre la base de la propiedad que tiene sobre ellos (criterio patrimonial), sino como expresión de su soberanía sobre estos bienes destinados a finalidades públicas (criterio funcional).

Los límites de la soberanía para el aprovechamiento de los recursos minerales del Estado son las siguientes: Entonces ¿Cuáles serían entonces los límites a esa soberanía para el aprovechamiento de los recursos minerales por parte del Estado? Al respecto, considera las siguientes: 1) Un primer límite sería precisamente los intereses perseguidos por la Nación, los cuales en un enfoque de continuidad histórica, ameritaría una gestión de los mismos cuidando también los beneficios de las futuras generaciones; 2) Otro de los límites estaría en la forma del aprovechamiento de los recursos naturales. En efecto, nuestra

Constitución dispone que los recursos naturales deben aprovecharse dentro de un marco de sostenibilidad o de desarrollo sostenible, concepto que este último se consolidó a nivel internacional en la Conferencia de Río 92 y que en líneas generales incluye en el modelo de crecimiento no solo la arista económica sino otras variables como la ambiental y la social, considerando que el conjunto de ellas - y no solo una - puede generar un verdadero desarrollo; 3) Las normas que el propio Estado dispone para el otorgamiento y gestión de los recursos naturales. En efecto, si bien se puede sostener que dentro del marco de soberanía las reglas que el Estado prevé para el aprovechamiento de los recursos minerales son “sus reglas” y los particulares al ingresar al régimen de concesiones (y en general al régimen para el desarrollo de la actividad minera), aceptan dicho marco normativo; una vez que estas son dictadas – y en tanto vigentes por supuesto - se convierten también en un marco de garantía para quien ingresa al sistema de aprovechamiento de los recursos naturales.

El sistema en estudio también considera que siendo los recursos minerales bienes afectados a fines públicos, tienen la calidad de bienes de dominio público, de tal suerte que al excluirlos del tráfico jurídico común los dota de calidades especiales a fin de que dichos fines no sean afectados. Nos referimos en específico a la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, atributos de los bienes de dominio público conforme lo prevé el artículo 73° de nuestra Constitución y lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC.

Finalmente, si bien excluidos del tráfico común, nuestro sistema de dominio dentro del marco de Economía Social de Mercado que infunde la Constitución del 93, prevé que el desarrollo de las actividades mineras (aprovechamiento del recurso) tiene como principal actor de las particulares, habiéndose relegado en este sentido la actividad del Estado básicamente a regular la participación de los privados, verificar el cumplimiento de sus obligaciones y en la protección de interés común que subyace al aprovechamiento de los recursos naturales. Bajo los términos del sistema de Dominio Eminente y el régimen constitucional imperante, la Concesión Minera es precisamente el mecanismo jurídico base sobre el cual se sientan no solo los intereses de los particulares en el desarrollo de una actividad económica, sino también la expectativas de una Nación en su desarrollo. Allí la necesidad de reconocer un adecuado régimen que atienda ambos intereses, sin afectar uno u otro, en la medida que son indisolubles e interdependientes.

b) Millitza Franciskovic Ingunza y César Ipenza Peralta

Para ambos autores la legislación peruana adopta el sistema dominialista. La Constitución, en su artículo 66, declara que los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica, se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. El Texto Único Ordenado (art. II TP, TUO) reitera la declaración constitucional: Todos los recursos minerales pertenecen al Estado cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. Respecto a la ubicación de los

yacimientos en el dominio del Estado peruano reitera que los yacimientos pertenecen al dominio público del Estado, porque son bienes destinados al fomento de la riqueza nacional e incluso la industria minera es de utilidad pública. El artículo 73 de la Constitución declara que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

c) Lino Aranzamendi y Julio Huamán Meza

Este autor argumenta que el Estado tiene el dominio originario inalienable e imprescriptible de las minas y, en cambio, a los concesionarios o contratistas corresponde un dominio que es relativo y derivado sobre los yacimientos minerales, ya que se les permite explorar y explotar las sustancias de su concesión bajo un sistema de amparo *sui generis*. Los concesionarios logran, a su vez, la propiedad relativa sobre los yacimientos y gozan del derecho de explotar o titularidad sobre los minerales existentes en su concesión, mientras dura esta. El Estado es titular de un dominio público, pues es un dominio absoluto, vende o cede, permuta y explota por derecho propio los depósitos minerales. También, el Estado puede ejercer actividad empresarial en la actividad minera directamente, o reservarse el derecho de ejercer cierta actividad e ir a la no admisión de petitorios en ciertas zonas, a fin de evitar que terceros adquieran derechos en tales terrenos reservados.

El Estado Peruano ejerce el dominio originario mediante el sistema dominialista regalista sobre todos los recursos naturales en los se incluye los recursos minerales, y los otorga bajo el régimen de concesiones a cualquier persona natural o jurídica y al propio Estado, con la finalidad de

realizar las actividades de exploración y explotación de minerales en las áreas solicitadas. En cualquier caso, el Estado siempre tendrá el dominio eminente sobre todos los recursos naturales, porque estos son patrimonio de la Nación, y eso quiere decir que tiene la facultad, en ejercicio de su soberanía, de establecer la modalidad de otorgamiento de derechos patrimoniales: propiedad, uso, usufructo, cesión de uso, concesión, licencia, permiso, autorización, etc.

d) Juan Francisco Baldeón Ríos

Para Baldeón (2016), la disposición del artículo 27 de la Ley de 12 de enero de 1877 deroga las Ordenanzas de Minería de México y con esta derogación se cambia el sistema regalista que tenía por sustento las Ordenanzas y se asimila el sistema de dominio eminente de los recursos minerales a cargo del Estado. La Ley no estableció que el Estado asumía de manera absoluta el dominio de los minerales, porque en el Artículo 23 señalaba que las piedras de construcción, las arenas, las cales, arcillas, pizarras y demás sustancias de esta clase, pertenecían al propietario del terreno en que se encuentren y que la explotación de dichas sustancias no estaba en el ámbito de la legislación minera; asumiendo de esta modo también, el sistema de accesión.

Las normas constitucionales de 1993 hacen suyo el sistema del dominio eminente de los recursos minerales que corresponde a la nación personificada por el Estado peruano, y el otorgamiento a los particulares para su aprovechamiento sostenible es a través de un acto administrativo:

la concesión minera, que otorga a su titular el dominio útil de la sustancia mineral concedida.

La Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales en los Artículos 4 y 6 establece que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía o dominio se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ella. De otro lado, el Estado ejerce dominio de los recursos naturales al estatuir en el Artículo 17, segundo párrafo, que el beneficio gratuito y sin exclusividad que ejercen los habitantes de una zona geográfica (especialmente comunidades campesinas y nativas) sobre los recursos naturales, no puede ser opuesto a terceros, inscritos, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia de beneficio. El Artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, señala que: Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

A la luz del texto del Artículo 15, párrafo 2, del Convenio N° 169 de la OIT, el dominio eminente de los recursos minerales metálicos y no metálicos ubicados en el suelo y el subsuelo, corresponde a la Nación personificada por el Estado; por lo que resultan erradas, sin fundamento jurídico y negando la soberanía del Estado sobre los recursos minerales, las apreciaciones de algunas comunidades campesinas y nativas y de

algunas organizaciones no gubernamentales (ONGs) al considerar que los minerales pertenecen a los propietarios del terreno superficial.

En verdad, no existe en el Perú ningún pueblo indígena que utilice directamente las minas para satisfacer sus necesidades (solo utilizan los recursos no metálicos como la arcilla o la greda, sal y materiales de construcción y no los recursos metálicos). Esta clase de afirmaciones institucionales como la DP verdaderamente enardecen a los pueblos indígenas, que en puridad, siguiendo a las ciencias sociales, en el Perú no existen indígenas al haberse producido un mestizaje racial y/o cultural que trasunta en la búsqueda de nuestra identidad de país pluricultural.

4.1.7 El reconocimiento de las comunidades campesinas en el ordenamiento jurídico nacional

El ordenamiento jurídico nacional reconoce que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) señala que “Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.

La norma deben ser interpretada en conformidad con el artículo 89 de la Constitución que señala que: “Las Comunidades Campesinas y las

Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Por último, citaremos el artículo 2 del Decreto Supremo N° 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos “Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluyen a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa”. Finalmente, la referida disposición señala que “a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas”.

Cuadro 1. Recursos naturales, propiedad y comunidades campesinas en la constitución política

INSTRUMENTO NORMATIVO	MATERIA	RESUMEN
<p>Constitución Política del Perú 1993</p>	<p>Régimen de acceso a los recursos naturales Artículos 66, 70, 88 y otros</p>	<p>Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Así el Estado es soberano en su aprovechamiento. Esta forma de dominio faculta al estado a otorgar derechos a los particulares sobre estos recursos, lo que hace en distintas formas, una de ellas es la concesión. Este principio tiene una excepción: el derecho de propiedad sobre la tierra para personas naturales y jurídicas. No obstante está garantizado por la Constitución, existen problemas para compatibilizar ambos derechos.</p>
	<p>Derechos fundamentales de las personas: propiedad, acceso a la información, participación, identidad cultural, ambiente sano y equilibrado.</p>	<p>La constitución los garantiza y les da el carácter de derechos fundamentales. Para el caso de actividades extractivas, estos derechos garantizan que todo ciudadano pueda por ejemplo disponer y defender su propiedad, ya sea individual o colectiva; participar e informarse de las decisiones de gobierno, desenvolverse bajo el pleno respeto a su identidad cultural, exigir el conservar un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de su vida, etc.</p>
	<p>Régimen de las comunidades campesinas y nativas. Artículo 89</p>	<p>La constitución reconoce a las comunidades campesinas como instituciones importantes en la vida nacional. Establece que las comunidades son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras; esto establece un marco de garantía para la propiedad comunal. Se mantiene el carácter imprescriptible de las tierras comunales, no obstante, se le quita el carácter de inalienables e inembargables, que estas tenían con la Constitución de 1979.</p>

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

4.2 UNIDAD DE INVESTIGACIÓN II: FUENTES DOCTRINARIAS Y NORMATIVAS DE RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA

4.2.1 El régimen normativo de concesiones mineras

a) La concesión minera en las Ordenanzas de Nueva España

En el título V de las Ordenanzas de Nueva España se determina las condiciones en que se concede a los particulares.

Artículo 3º.- “Esta concesión se entiende bajo dos condicione: La primera, que haya de contribuir a mi real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda, que hayan de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se faltan el cumplimiento de aquellas en que así se previniere y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título las denunciare”.

Esta concesión que se otorgaba, declaraba el Artículo 3º, fue bajo dos condiciones: la primera, que se contribuya a la Real Hacienda en la parte de los metales que se extrajeran; y la segunda, de que se labraren o trabajasen las minas.

Las ordenanzas de minería no contemplaron entre sus normas las concesiones de exploración, reglamentaban solamente la pertenencia en su Título V. Entregado la representación de la Corona a la Diputación de Minas, que como su nombre lo dice, era un tribunal especial minero ubicado en el respectivo asiento de minas. Las ordenanzas establecían un procedimiento para estos efectos, el cual constaba de dos etapas

fundamentalmente, la manifestación y la mensura. A la mensura debía concurrir personalmente uno de los diputados que integraban el tribunal, haciéndose acompañar por un perito y un escribano o, en su defecto por dos peritos (Ossa, citado por Farías, 2003).

b) Las concesiones mineras en la legislación republicana

En el primer Código de Minería de 1900, no hubo ningún cambio, sino más bien, la actualización de los conceptos de separación del yacimiento minero de la propiedad superficial, considerándose a la concesión como un derecho al que se compara, hoy podemos afirmar que metafóricamente y para darle la condición de derecho real, con la propiedad común:

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

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

El Decreto Ley N° 18880, precisaba: Artículo 8º.- La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie en donde esté ubicada. (...) Por la concesión se otorga al titular un derecho real.

La Ley General de Minería de 1981- DL 109, establecía: Artículo 15.- La concesión minera es un inmueble distinto y separado de la superficie

donde está ubicada. (...); Artículo 17º.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. (...)

c) La propiedad en el ordenamiento civil peruano

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

El Código Civil de 1936, concordante con la Constitución de 1933, reiteró el dominio del Estado sobre ciertos bienes, entre ellos los yacimientos minerales, excluyendo consiguientemente de la propiedad común a los yacimientos minerales: Artículo 822.- Son del Estado: 4.- Las tierras públicas, entendiéndose por tales las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron; las minas y los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión; los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveos; Artículo 854.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial, y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La regla de este artículo comprende la propiedad de lo que se encuentra bajo el suelo, excepto las minas y las aguas, que están regidas por leyes especiales.

El Código Civil de 1984 considera a los yacimientos minerales y a las concesiones mineras como inmuebles, y al igual que en el Código anterior,

expresamente excluye de la propiedad predial común a los yacimientos minerales: Artículo 885.- Son inmuebles: 3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; Artículo 954.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

4.2.2 La concesión minera en el ordenamiento minero peruano

El derecho de otorgar concesiones tiene un origen regalista y modernamente dominialista. La legislación peruana en materia de minería adopta el sistema dominialista. Según Baldeón (2016), con la promulgación de la Ley⁶ de 12 de enero de 1877, se cambia del sistema regalista que tenía por sustento las Ordenanzas y se asimila el sistema de dominio eminente de los recursos minerales a cargo del Estado.

La norma constitucional de 1993 hace suyo el sistema del dominio eminente de los recursos minerales que corresponden a la nación, personificado por el Estado peruano, y el otorgamiento a los particulares para su aprovechamiento sostenible a través de un acto administrativo: la concesión minera, que otorga a su titular el dominio útil de la sustancia mineral concedida. La Constitución Política vigente en su artículo 66,

⁶ El Artículo 27 de la Ley de 12 de enero de 1877, dispone la derogatoria de las Ordenanzas de Minería de México adaptadas al Perú, y a través del Artículo 19 se dispone que los titulares de los derechos mineros que hubiesen obtenido sus títulos mineros con la legislación colonial, debían presentar hasta el 30 de junio de 1877 las principales piezas de los expedientes, de lo contrario volverían de hecho al dominio del Estado.

declara que los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica, se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Para Rubio (2012), los recursos naturales incluido los minerales son patrimonio de la nación por su importancia para el conjunto del país. Esto quiere decir que no pueden ser propiedad privada y exclusiva de personas particulares. Sin embargo, su utilización puede ser hecha tanto por el Estado como por los particulares, según lo establezcan las leyes. Cuando se entreguen a particulares, se les darán en concesión y esta concesión les otorgará un derecho real, es decir, un derecho directo sobre los recursos naturales, aunque no será el derecho de propiedad.

También la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales⁷, en su aspecto jurídico esencial, establece que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Sin embargo, los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma que describe la ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Como se sabe, al hablar del *dominio*, la norma se está refiriendo al dominio privado, que es un conjunto de derechos patrimoniales que, en este caso, por decisión del Estado, pasan a disposición de los particulares

⁷ Ley N° 26821, publicada el 26 de junio de 1997.

a fin de asegurar directa o indirectamente el aprovechamiento económico de los recursos naturales, conservando el Estado la propiedad original.

El Texto Único Ordenado (art. II TP, TUO) de la Ley General de Minería⁸ reitera la declaración constitucional: Todos los recursos minerales pertenecen al Estado cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El Estado evaluará y preservará los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

La norma minera al establecer que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, que personifica a la Nación, de manera absoluta regula que los minerales metálicos y no metálicos que se encuentren en el suelo y/o subsuelo, son de su dominio y jurídicamente el medio para acceder a su aprovechamiento de dicho recurso en estado natural es a través del sistema de concesiones.

En la moderna doctrina y en la legislación comparada se ha adoptado este sistema y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en diversas Resoluciones ha reconocido a este sistema como concepto esencial al

⁸ El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM.

dominio, soberanía y jurisdicción que ejercen los Estados. (Vildósola, 1999).

4.2.3 La división legal de superficie y yacimiento

En la legislación peruana se distingue entre superficie y yacimiento. En efecto, el artículo 954 del Código Civil dice: La propiedad del predio se extiende al subsuelo y sobresuelo comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos ni otros bienes regidos por leyes especiales (Código Civil, 2013). El art. 9 del TUO de la LGM se refiere a esta situación: “la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada”.

La separación superficie y yacimiento no siempre es físicamente perceptible, cuando los recursos minerales (materiales de construcción o explotación a tajo abierto) se encuentran en la misma superficie. La diferencia debe ser entendida en un sentido ideal, una ficción del derecho, teniendo presente los fines a que se dedican: la superficie a la agricultura, vivienda, fábricas, etc., y el yacimiento a la explotación minera. En realidad, lo que llamamos “superficie” está compuesto de minerales y, por ello, puede utilizarse para propósitos mineros, o sea, que en unos casos es propiamente “superficie”; y en otros, “yacimiento”.

Al respecto debo señalar que en cultura de las comunidades campesinas y nativas no existe la separación ideal de tierra en su territorio que habitan. Sino por el contrario la tierra y los elementos que lo componen forman una

unidad inseparable. Mientras que el Estado – con la finalidad de propiciar el crecimiento de la inversión privada en minería y otras actividades extractivas - planteó un modelo de territorio fragmentado estableciendo diferencias entre suelo y subsuelo, los indígenas tienen una visión holística de sus territorios y sus recursos naturales. Al respecto, la conflictividad peruana – fundamentalmente socioambiental -, se debe a una confrontación de concepciones divergentes en la administración del territorio y sus recursos, entre el Estado y los pueblos indígenas (Karp-Toledo, 2014).

Las actuales legislaciones mineras Latinoamericanas exige en el plano jurídico se distinga, y en efecto lo hacen, entre el terreno superficial y la riqueza mineral que ese terreno cobija y, simultáneamente atribuyen esa riqueza al Estado. Esto no es una novedad, es una herencia de antiguas legislaciones aplicadas durante la época colonial en la América Hispana. Sin embargo, la consideración del terreno superficial y de la mina como bienes distintos e independientes, que para nosotros es casi obvia; no lo es para numerosos grupos indígenas de la región, que la resisten porque para ellos la tierra que habitan no comprende sólo el suelo superficial, sino también el subsuelo, e incluso la flora y fauna circundantes (Farías, 2003).

4.2.4 Las posiciones doctrinarias

a) Posición de Aníbal Torres Vásquez

La concesión minera es un acto administrativo emanado de la autoridad competente para autorizar a los particulares (personas naturales o jurídicas) y a las empresas estatales, la realización de actividades de

exploración y explotación de los recursos minerales. De manera que no solamente las concesiones mineras obtenidas por los particulares, como lo dice el Código civil, sino también las obtenidas por las empresas estatales son bienes inmuebles.

La concesión minera no se otorga de oficio sino a solicitud de parte interesada y confiere al concesionario un derecho real. El derecho real otorgado por la concesión minera no es un derecho real civil sino un derecho real administrativo regulado por normas de Derecho público.

b) Posición de Millitza Franciskovic Ingunza y César Ipenza Peralta

Según Franciskovic e Ipenza (2015), la concesión minera es: a) Acto administrativo mediante el cual se otorga previo cumplimiento de exigencias, el derecho a explorar y explotar; b) Posee el significado del derecho mismo que se otorga mediante el acto administrativo y así se dice la concesión minera de exploración y explotación, la cual tiene forma y extensión. Por ejemplo, la forma de un rectángulo y la extensión de 500 hectáreas.

Precisa que las notas distintivas que identifican a las concesiones mineras en el marco del régimen legal son: a) La concesión minera es un acto estatal que emana de la autoridad competente con la finalidad de autorizar el ejercicio de las actividades de exploración-explotación; b) La concesión minera es un acto estatal jurídico administrativo (art. 93, 127 del TUO); c) La concesión minera es, en primer lugar, un acto estatal jurídico, administrativo, subjetivo porque el acto que otorga la concesión crea una

situación jurídica particular. Ese acto se dirige a persona o personas determinadas; el o los solicitantes de una concesión minera. La concesión minera también es un acto condición, porque al otorgarse el solicitante es colocado dentro de un régimen legal preexistente, el de concesionario minero con los derechos y obligaciones de todo concesionario minero (art. 127 del TUO); d) Los actos administrativos se clasifican en actos obligatorios y actos discrecionales, teniendo en cuenta la relación entre la voluntad estatal que expide el acto y la ley; e) La concesión minera es un acto administrativo necesitado de coadyuvante; f) la concesión minera es un bien inmueble; g) Cuando se otorga una concesión minera, o sea, el derecho a explorar-explotar, se otorga un derecho real; h) La concesión minera es un acto irrevocable; i) Las concesiones mineras tiene Unidad de medida, forma y extensión; j) La concesión minera es divisible, lo que significa que previa solicitud de fraccionamiento, puede dividirse.

c) La posición de Xennia Forno Castro Pozo

La concesión minera es entendida como el título habilitante que permite a su titular desarrollar la actividad de exploración y explotación de los recursos minerales sobre el área concedida. Por lo tanto, dicho instrumento se convierte en la herramienta por el cual el inversionista ejercerá su derecho de libertad de empresa.

La concesión minera no representa el único instrumento habilitante para el desarrollo de un proyecto minero, necesitándose una serie de permisos y autorizaciones requeridos por los ordenamientos sectoriales tales como: Licencia de uso de agua, Certificado de inexistencia de restos

arqueológicos, Certificaciones ambientales, Certificado de uso de sustancias controladas, entre muchos otros.

Asimismo el acto administrativo que otorga la concesión minera, no es discrecional, toda vez que proviene de un mandato de la ley; es decir, una vez cumplido con los requisitos exigidos no habría forma de que la autoridad se niegue a otorgarla. Es, lo que se denomina en doctrina administrativa, un acto reglado.

Alguno de los derechos que ampara al Titular Minero, vinculado con el desarrollo de su actividad son las siguientes: a) Derecho a solicitar servidumbre sobre terreno de terceros; b) derecho de Uso de Aguas; c) Vertimiento de Aguas Industriales y Domésticas. Po lo tanto la concesión minera es el título habilitante que otorga el derecho exclusivo de exploración y explotación de recursos minerales en una determinada área. Sin embargo, para que aquella actividad pueda llevarse a cabo se requiere del inicio de procedimiento administrativo, muchas veces sometido a autoridades no mineras, a fin de poder operar en su totalidad un proyecto minero.

d) Posición de Jaime Troy Tejada Gurmendi

La concesión minera es el acto por el cual el Estado, que es dueño originario del yacimiento mineral, reconoce en virtud de una disposición expresa en la Ley, ceder a un particular una porción determinada de su dominio para extraer su riqueza, para lo cual el solicitante tendrá que cumplir con ciertas formalidades y condiciones establecidas por la Ley.

En el régimen del Derecho de Minería Peruano las concesiones nacen de un acto administrativo, regulado por normas de orden público que expide y administra el Estado en su condición de titular de la soberanía sobre los recursos mineros. Las normas en cuestión son de obligatorio cumplimiento, lo que significa que se someten a ellas tanto el Estado administrador como el particular que solicite acogerse a los procedimientos.

A la concesión minera se le brinda el status jurídico de derecho real sui generis, es decir su titular ejercerá un derecho de propiedad sobre ella, pero de naturaleza especial y condicionado al cumplimiento de las obligaciones del sistema de amparo como el pago del derecho de vigencia anual, la obligación de trabajar la concesión y acreditar una producción y/o inversión mínima o al pago de una penalidad que de incumplirse por dos años consecutivos producirá la extinción de la concesión mineral por causal de caducidad.

Asimismo, la concesión minera también es identificada como un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente – el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, en adelante INGEMMET, o los Gobiernos Regionales a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas, este último para el caso de petitorios de concesiones mineras formuladas por pequeños productores mineros o Productores Mineros Artesanales.

También es identificado como un acto administrativo motivado de parte, que requiere forzosamente de la petición del interesado formulada con

arreglo a los requisitos que establece la ley, no será otorgada de oficio (Tejada, 2014).

e) Posición de Humberto Martínez Aponte

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

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

Pero además, esa interpretación desconoce los principios constitucionales que sustentan el derecho real del título minero, el cual

proviene de una larga tradición jurídica e histórica, de la cual no podemos desatendernos por ocurrencias que pretenden dar soluciones fáciles a los falaces cuestionamientos que hacen sectores antimineros.

Sí la ¿La concesión minera otorga derecho sobre el subsuelo? Nuestra respuesta es clara: no otorga derecho sobre el subsuelo, entendido éste en su concepción de predio, ni siquiera de espacio. ¿Por qué? Pues porque el subsuelo ya tiene un propietario, que es el dueño del terreno superficial, cuya propiedad se extiende indefinidamente en el subsuelo, hasta donde le sea útil, según el ya citado artículo 954 del Código Civil. Si dicha propiedad en el subsuelo debe ser utilizada para la actividad minera, y ésta le resulta útil al propietario, entonces hay que obtener de dicho propietario la autorización para la ocupación del subsuelo, igual que debe pedirse la autorización para la ocupación de la superficie.

¿Si la concesión no otorga derecho al subsuelo, que derecho genera entonces? Pues el derecho exclusivo al aprovechamiento de las sustancias minerales, derecho que no puede ser ejercido por el propietario del predio, porque éste nunca pudo haber considerado que su derecho de propiedad alcanzaba de alguna forma al yacimiento mineral. Sin embargo, la Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales ha introducido una excepción a lo antes expuesto. La Ley Orgánica ha declarado de libre acceso la explotación por las comunidades campesinas y nativas, y sólo para ellas, los usos no comerciales que se den a los minerales de autoconsumo, pero sujeto a que no existan derechos mineros en la zona. Este libre acceso termina

legalmente en el momento en que el Estado otorga una concesión a un particular.

f) **Posición del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional al identificar la concesión señala que: En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante el cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, solo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular⁹.

4.2.5 Las características de la concesión minera

La concesión minera tiene las siguientes características: a) Es un acto jurídico administrativo emanado de la autoridad competente (Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero); b) Es un acto administrativo motivado de parte. No se otorga de oficio sino requiere de la petición del interesado formulada con arreglo a los requisitos que establece la Ley; c)

La concesión minera tiene la categoría jurídica de bien inmueble¹⁰

⁹ Expediente N° 055503-2007-PA/TC.

¹⁰ Sin embargo, es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada. Para algunos juristas, esta distinción es más ideal que material, porque en determinadas

(art.885°, inc. 3°, del Código Civil, y art. 9° del TUO de la Ley General de Minería); por encontrarse en tal condición se hace necesaria su inscripción en el Registro de Derechos Mineros de la oficina registral de la zona donde se ubica el derecho minero; d) Por su carácter físico, la concesión minera es calificada como un sólido de profundidad indefinida, un cuerpo u objeto tridimensional (largo, ancho y profundidad). La cara superior de la concesión minera está constituida por la superficie que tomará la forma de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada (cuadrícula o conjunto de cuadrículas de acuerdo a los límites del área señalados en el TUO). De esta manera, la concesión minera se constituye en una figura geométrica con la forma de cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas UTM¹¹; e) Como unidad de medida, la concesión minera es una cuadrícula de 100 hectáreas, determinada conforme al sistema de cuadrículas aprobado por el Ministerio de Energía y Minas. La concesión minera no puede tener una extensión menor a las 100 hectáreas, excepto, en las zonas de frontera y las franjas de traslape, así como los casos en que una cuadrícula se sobreponga a derechos mineros vigentes u otorgados antes del 15 de diciembre de 1991. En esa eventualidad, la o las cuadrículas se reducirán a las áreas libres a fin de respetar los derechos adquiridos. Igualmente, la concesión minera puede tener una extensión de 100 a 10,000 hectáreas en el dominio marítimo nacional; f) La concesión es irrevocable mientras el concesionario cumpla con todas las obligaciones que le obliga la Ley.

circunstancias, en las explotaciones a cielo abierto es difícil distinguir entre la superficie y el subsuelo, en tanto que la superficie misma a veces desaparece como consecuencia de la explotación.

¹¹ Las coordenadas UTM determinan la ubicación geográfica de la concesión.

El incumplimiento de estas obligaciones *supra* configura las causales de extinción; g) La concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la serie de atributos reconocidos por la Ley. Entre estos atributos se encuentran los de explorar y explotar la concesión (Aranzamendi y Huamán, 2015).

Según Baldeón (2016), la concesión minera de acuerdo a la vigente legislación minera denota las siguientes características: a) Es legal: la ley fija las condiciones de su utilización y otorgamiento a los particulares, así como a la acción empresarial del Estado; b) Es formal: el otorgamiento de la concesión minera en el derecho minero peruano está sujeto a un procedimiento reglado y formal, siendo de orden público de acuerdo al Artículo VII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; c) Es irrevocable: la concesión minera se otorga bajo condición resolutoria: obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión o producción mínima de sustancias minerales (Artículo IV del Título Preliminar, 10 – segundo párrafo -, 38 y 41 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería); d) Es de plazo indefinido: en su esencia la concesión minera no está sujeta a un plazo determinado, sino a condición resolutoria; pero conforme al Artículo 23, segundo párrafo de la Ley de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo; e) Es un derecho real: el primer párrafo del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, establece que la concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Es un derecho real porque implica facultades

de titular de la concesión en relación con una cosa: el depósito mineral, el yacimiento mineral o la mina. Estos atributos facultan al titular el uso, disfrute y propiedad del recurso mineral concedido y extraído o por extraerse; asimismo, la concesión puede ser objeto de disposición, hipoteca y cesión, tal como precisa el mismo artículo 23 de la Ley de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Minerales; f) Es un derecho patrimonial: la concesión minera es integrante del patrimonio de su titular y susceptible de valoración económica; g) Es un inmueble: la clasificación señalada se encuentra subsumida en el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, al establecer que la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada (inmueble por naturaleza). Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro (adherencia), salvo que por contrato se pacte la diferenciación de la accesoría (destinación); h) Tiene unidad básica de medida: de acuerdo al artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, la unidad básica de medida superficial de la concesión minera es una figura geométrica, delimitada por coordenadas Universal Transversal Mercator – UTM, con una extensión de 100 hectáreas, según el Sistema de Cuadrículas oficializado por el Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Ministerial N° 320-91-EM, así como a la adopción del Sistema de Coordenadas U.TM.NGS 84, dispuesta por Ley N° 30428; i) Es indivisible: la concesión minera no podrá dividirse a menos de una cuadrícula de 100 hectáreas, lo que significa que

si la concesión minera fuese de mayor extensión, podrá dividirse respetándose la unidad básica de 100 hectáreas.

4.2.6 La naturaleza jurídica de la concesión minera

En el otorgamiento de concesiones mineras no hay acuerdo de voluntades, el administrado es solo un coadyuvante. No tienen por finalidad el funcionamiento de un servicio público. Las otorga unilateralmente la Autoridad Minera a favor de un empresario privado; además, no crean una situación jurídica unilateral (Baldeón, 2016).

Para Franciskovic e Ipenza (2015), el derecho de exploración-explotación es la facultad de extraer minerales por un plazo indefinido, sin obligación de devolver el yacimiento. Si lo pierde el concesionario será por renuncia o caducidad, no entrega el bien tal como lo recibió puesto que la extracción de minerales consume el yacimiento, ni por supuesto tiene la obligación de entregar otro yacimiento u otros minerales en igual cantidad y calidad ni tampoco de pagar su valor. El derecho a explorar-explotar no es un derecho de usufructo.

En nuestro régimen legal, el concesionario de exploración-explotación no tiene un derecho de propiedad sobre el yacimiento, el subsuelo y/o la superficie. Posee un derecho a explorar-explotar que lo faculta a extraer minerales inexplorados. Respecto a estos posee el derecho a extraerlos y la expectativa de convertirse en su propietario una vez extraídos. El yacimiento, el subsuelo y/o la superficie dentro del perímetro de la concesión, permanecen en el dominio del Estado. El concesionario no

obtiene la propiedad del yacimiento aun cuando sea propietario del terreno superficial. Obtiene únicamente la facultad de extraer minerales.

En consecuencia, el derecho real de exploración-explotación es un derecho sui géneris, propio de la industria minera sujeto al tráfico comercial, es decir, puede venderse, cederse o transmitirse por herencia pero en ninguno de estos casos se transfiere la propiedad del yacimiento sino únicamente el derecho de explorar-explotar. La concesión puede extinguirse por las siguientes causales: caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación.

4.2.7 Los supuestos de pérdida de concesión minera

Las concesiones para las actividades mineras no caducan salvo que incurran en los supuestos que señala la ley. Así, por ejemplo, se produce la caducidad del petitorio y de una concesión minera cuando el titular no realiza el pago oportuno del derecho de vigencia durante dos años consecutivos. El artículo 59° de la norma minera prescribe que se produce la caducidad de denuncios, petitorios y concesiones mineras, así como de las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, por el no pago oportuno del derecho de vigencia durante dos años consecutivos. De omitirse el pago de un año, su regularización podrá cumplirse con el pago y acreditación del año siguiente, dentro del plazo previsto en el artículo 39 de la ley.

También se considera causal de caducidad de las concesiones mineras el incumplimiento de las obligaciones de producción mínima durante dos años, considerándose que la producción mínima no podrá ser inferior al

equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas. Es decir cuando no se cumple con la Producción Mínima Anual (PMA). Esta debe alcanzarse antes del final del décimo año, y de no alcanzarse se deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la PMA por hectárea hasta que se logre alcanzar dicha producción. Si no se lograra dicho objetivo hasta el final del décimo quinto año, se declarará la caducidad de la concesión.

Las causales establecidas en la legislación minera están únicamente vinculadas al pago del derecho de vigencia y a la obligación de trabajar la concesión. No se contemplan otro tipo de causales referidas al incumplimiento de otro tipo de obligaciones como la contaminación ambiental e incumplimiento de compromiso previo con las poblaciones locales donde opera la mina. De esta forma las concesiones mineras terminan teniendo vigencia indefinida no teniendo la posibilidad ser recuperadas por Estado.

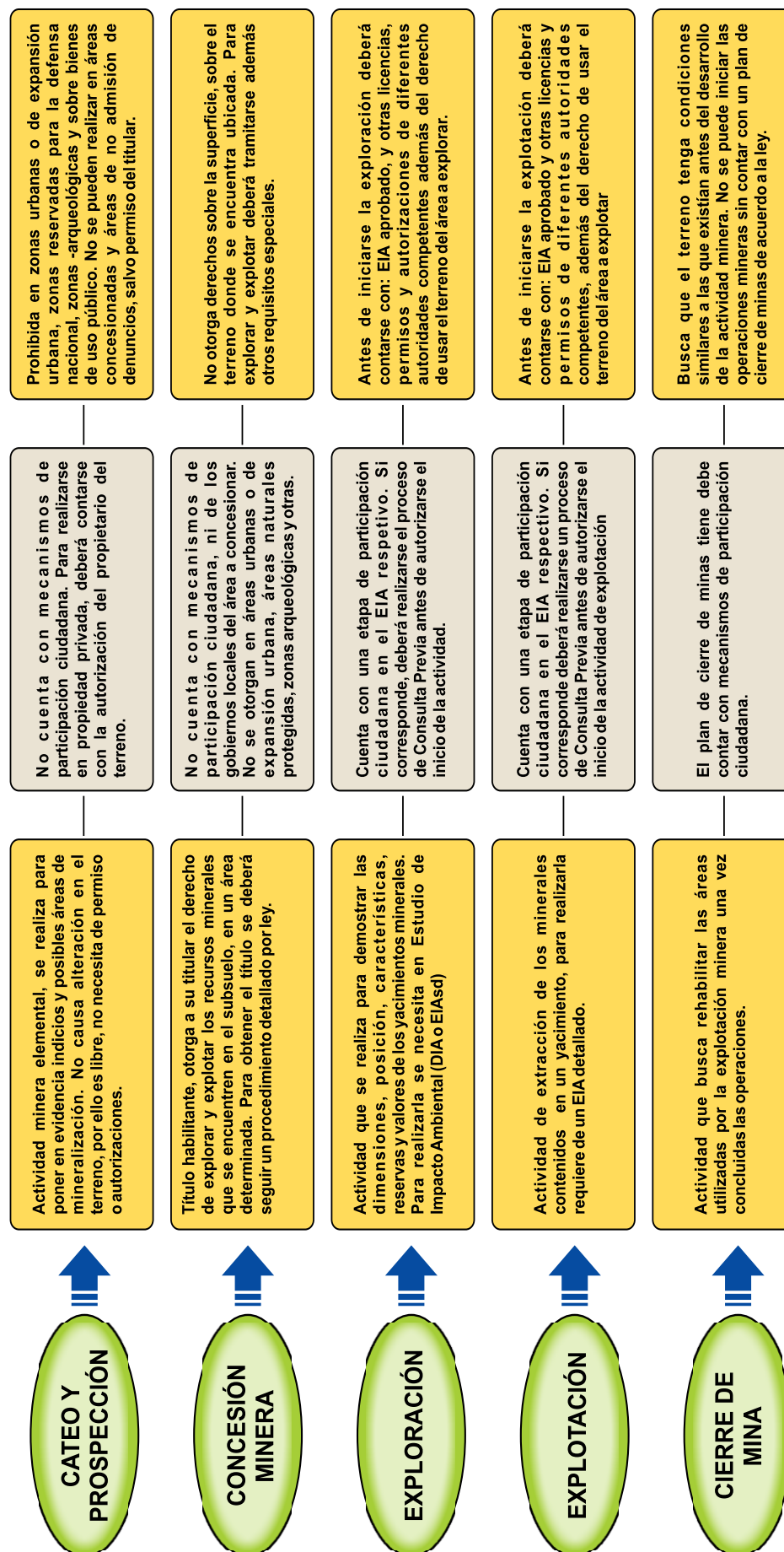


Figura 1. Actividades de un proyecto minero

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

4.2.8 El desarrollo de concesiones mineras en territorio de comunidades campesinas

Bernuy Presidente de INGEMMET en una entrevista de noviembre de 2016, informó que en el Perú se tiene 19 millones de hectáreas en concesiones mineras que representan 16%, más o menos del territorio nacional. En Puno se tiene 1 479 396 hectáreas concesionadas para la minería. El número de concesiones y su estado de concesión varían relativamente por la demanda y caducidad de las concesiones. El cuadro 01 muestra esta situación.

Cuadro 2. Estado de concesiones mineras – Región Puno

ESTADO DE CONCESIÓN	NÚMERO DE CONCESIONES	PORCENTAJE (%)
D. M. TITULADOS	1 864	58
PLANTAS DE BENEFICIO	13	0
D. M. EN TRÁMITE	1 093	34
D. M. EXTINGUIDOS	132	4
ACUMULADOS TITULADOS	9	0
CANTERAS	71	2
MEDIDA CAUTELAR	11	0
TOTAL	3 193	100

Fuente: INGEMMET, setiembre 2016.

En la base de datos administrado por el INGEMMET (2016), se agrupa en categorías el estado de concesiones mineras. Las concesiones mineras tituladas, en trámite de titulación y las extintas. La estadística indica del total de concesiones mineras el 58% se encuentran tituladas, un 34% se encuentran en proceso de titulación y sólo 4% se encuentra extintas. El resto 4% incluye las canteras y las plantas de beneficio. La región tiene

1864 concesiones tituladas y 1 093 concesiones mineras en trámite que hacen un total de 2 957 concesiones destinadas para las actividades extractivas.

4.2.9 Las concesiones mineras en territorios de las provincias

La presión de concesiones mineras sobre los territorios de las provincias de la región de Puno es la siguiente.

Cuadro 3. Área ocupada por concesiones mineras por provincias – Región Puno

PROVINCIAS	NÚMERO DE CONCESIONES	HECTÁREAS	PORCENTAJE DE HECTÁREAS
CARABAYA	826	372 157	25
SANDIA	714	243 831	16
SAN ANTONIO DE PUTINA	437	167 431	11
LAMPA	342	193 525	13
PUNO	250	123 885	8
AZANGARO	215	114 682	8
SAN ROMAN	110	43 829	3
MELGAR	106	63 070	4
HUANCANE	81	28 699	2
EL COLLAO	69	99 887	7
CHUCUITO	40	28 000	2
MOHO	3	400	0
YUNGUYO	0	0	0
TOTAL	3 193	1 479 396	100

Fuente: INGEMMET, setiembre 2016.

El cuadro 3 muestra que de un total de 1 479 396 hectáreas concesionadas en las 12 provincias el 80% de ellos se ubica en los

territorios de las siete provincias del Norte¹² de Puno y solo el 19% de hectáreas concesionadas se localiza en las cinco provincias del sur¹³ para las actividades extractivas.

Las provincias con importante concentración de concesiones mineras son Carabaya con 826 concesiones que posee 372 157 hectáreas, seguido de Sandia con 714 derechos mineros que tiene 243 831 hectáreas y San Antonio de Putina con 437 que concentra 167 431 hectáreas. La provincia sin concesión minera es Yunguyo. La provincia de Moho tiene 3 concesiones que concentra 400 hectáreas, Chucuito con 40 concesiones que concentra 28 000 hectáreas, El Collao con 69 concesiones que concentra 99 887 hectáreas y Huancané tiene 81 concesiones que concentra 28 699 hectáreas de tierra. Las diferencias de números de concesiones en las provincias se explicarían por los antecedentes de la actividad minera. Así como por el grado de aceptación y resistencia de las poblaciones campesinas frente a las actividades extractivas.

4.2.10 Los regímenes de concesión minera en la región de Puno

Los regímenes de concesiones mineras clasificados y calificados por la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM-PUNO) de la región de Puno es el siguiente:

¹² En el norte del departamento de Puno están ubicados las provincias de Carabaya, Sandia, San Antonio de Putina, Lampa, Azangaro, San Roman y Melgar. Son siete provincias cuyo territorio en su mayor parte se encuentra en posesión y propiedad de las comunidades campesinas quechuas.

¹³ En el sur del departamento de Puno se encuentra ubicadas las provincias de El Collao, Chucuito, Yunguyo y en sur-este las provincias de Huancané y Moho respectivamente. Son cinco provincias cuyo territorio se encuentra en propiedad o posesión de las comunidades campesinas aimaras.

Cuadro 4. Régimen de concesión minera – Región Puno

RÉGIMEN	TITULARES	HECTÁREAS
PEQUEÑO PRODUCTOR MINERO (PPM)	68	14 661
PEQUEÑO MINERO ARTESANAL (PMA)	0	0
REGIMEN GENERAL ¹⁴	3 125	1 464 735
TOTAL	3 193	1 479 396

Fuente: INGEMMET, setiembre 2016.

En la región de Puno existe 68 pequeños productores mineros (PPM) que concentran 14 661 hectáreas y 3 125 de régimen general que concentran 1 464 735 hectáreas de tierra regional para las actividades mineras. No existe registro de pequeño minero artesanal (PMA).

Según el funcionario de la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM-Puno) todas las peticiones de concesión minera entran en el régimen general y cada interesado tiene que tramitar su inicio de operaciones para ser calificados como pequeño productor minero (PPM), pequeño minero artesanal (PMA), gran minería o mediana minería.

4.2.11 Las consecuencias de la aplicación de la ley de concesiones mineras

Las concesiones mineras de exploración y explotación otorgadas por el INGEMMET tuvo los siguientes impactos en la región de Puno:

¹⁴ En el régimen general está considerado la gran y mediana minería.

a) La concentración de concesiones mineras en territorios de las comunidades campesinas

La Oficina de comunidades campesinas DRA-Puno (2015), tiene registro de 1 283 comunidades campesinas reconocidas y 1 071 comunidades tituladas que actualmente ocupan 2 161 567 hectáreas de tierra en la región de Puno. En esta estadística no están comprendidas las parcialidades campesinas que también ocupan importantes extensiones de tierras agrícolas y pastoriles. El problema que afronta las comunidades campesinas es la superposición de las concesiones mineras en los terrenos superficiales de propiedad familiar y colectiva.

Las concesiones mineras según áreas étnicas (quechuas y aimaras) tiene la siguiente configuración.

Cuadro 5. Concesiones mineras en áreas étnicas – Región Puno

ÁREA ÉTNICA	NÚMERO DE CONCESIONES	%	HECTÁREAS	%
QUECHUA	2 750	86	1 198 526	81
AIMARA	443	14	280 871	19
TOTAL	3 193	100	1 479 396	100

Fuente: INGEMMET, Setiembre 2016.

El cuadro 5 muestra¹⁵ que el 86% de concesiones mineras se concentra en los territorios de las comunidades campesinas quechuas y sólo 14% en los territorios de las comunidades aimaras. Esta abismal diferencia se explicaría por el historial de la actividad minera y por el temor o riesgo que conlleva petitionar concesiones mineras en las tierras de comunidades campesinas.

Haciendo una simple visualización del Mapa Catastral Minero del departamento de Puno (2015), se constata que la mayoría de las concesiones mineras por no decir todas se superponen a las tierras de comunidades campesinas que tienen posesión ancestral. Esto se corrobora con la afirmación de funcionario de la DREM-Puno (2016), quien asegura que existe superposición de concesiones mineras en tierras y territorios de las comunidades campesinas y también hay yuxtaposición a otros derechos mineros¹⁶. Esto demuestra que las concesiones mineras se otorgan en la sede administrativa y no se realiza trabajo de campo.

b) La concesión minera en la zona de frontera

La Constitución Política del Perú en el artículo 71¹⁷, contempla restricciones para que los extranjeros adquieran derechos mineros en un

¹⁵ Los datos obtenidos corresponden a cruce de información cuantitativa de concesiones mineras administradas por INGEMMET (provincias) y la estadística DRA-Puno de las comunidades campesinas reconocidas y tituladas que concentran hectáreas de tierra.

¹⁶ El funcionario de la DREM-PUNO, afirma que en setiembre 2015 se realizaron trabajos de campo durante dos meses y se encontró que existían 174 concesiones que estaban superpuestas a derechos prioritarios en la región de Puno.

¹⁷ El segundo párrafo del artículo 71 prescribe: "...dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo la pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso

rango de 50 km de la frontera internacional del país. Pero por excepción y por razones de necesidad nacional, declarada por Decreto Supremo, puede conferirse autorización al extranjero.

Mediante Decreto Supremo N° 083-2007-EM se autorizaron a empresas mineras extranjeras a través de la concesión la operación de actividades mineras de exploración en las provincias fronterizas de Yunguyo y Chucuito de la región de Puno. Para el primer caso se otorgó la concesión del Cerro Khapia a la empresa minera Patagonia Minerals S.A.¹⁸ y en segundo caso se entregó la concesión de tierras de las comunidades de Huakullani a la empresa minera Bear Creek Mining Company sucursal del Perú. Las dos concesiones mineras se ubican en las tierras de propiedades de las comunidades campesinas aimaras. Actualmente están suspendidas la admisión de petitorios mineros en los territorios de las provincias de Chucuito, el Collao, Puno y Yunguyo del Departamento de Puno a raíz del conflicto minero “aymarazo”¹⁹ que tuvo impacto internacional.

c) La especulación y testafarro en concesiones mineras

El Grupo de Propuesta Ciudadana (2014), explica que sólo en 6.07% de los derechos mineros otorgados a nivel nacional se realizan actividades

de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

¹⁸ En la provincia de Yunguyo después de un conflicto prolongado el año 2011 el gobierno peruano deroga la concesión y declara al Cerro Khapia mediante Decreto Supremo N° 008-2011-MINAM, como Reserva Paisajística Cerro Khapia – Área Natural, administrado por SERNANP .

¹⁹ DECRETO SUPREMO N° 026-2011-EM, de fecha 28 de mayo del año 2011.

de explotación y exploración minera. Esto significa que en el restante 94% de concesiones mineras no se registra ningún tipo de actividad.

El crecimiento acelerado de las concesiones mineras ha permitido el surgimiento de titulares mineros dedicados a la especulación. Es decir, son personas que solicitan la concesión con la finalidad de negociar el derecho. Al respecto un funcionario de INGEMMET asegura:

“El sistema de concesiones es bueno, pero muchos se aprovechan de ello. Hay gente que denuncia y pone concesiones para especular y aprovecharse de los mineros honestos. También hay aquellos que se aprovechan de los informales cobrándoles cupos y regalías. Muchas personas tienen concesiones en provincias y están en Lima tranquilamente sentado y esperando que los ilegales les paguen sus regalías”.

La legislación minera establece que las concesiones mineras son un derecho real que puede venderse, alquilarse o hipotecarse y en coyunturas de altos precios es normal que se generen incentivos para la especulación. Al respecto otro funcionario de INGEMMET señala:

“Muchas personas que solicitan las concesiones solo firman la primera solicitud²⁰ y después quienes vienen a seguir todos los trámites son otras personas que tienen un poder y son los verdaderos dueños. Ellos son los

²⁰ Para evitar este problema se modifica el artículo 17 del reglamento de procedimientos mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, agregándose al formulario de petitorio minero los requisitos siguientes: (1) contar con registro único de contribuyente activo; (2) adjuntar la constancia de inscripción registral de la persona jurídica y la constancia de vigencia y “alcances” del poder de su representante legal (...).

que se dedican al negocio minero y recurren a familiares, conocidos, para conseguir las concesiones...”.

En el mercado de las concesiones actúan los llamados testaferros. Al respecto otra entrevistada señala:

“El testaferraje es algo normal en las peticiones. Por ejemplo, un titular minero que dejó caducar su derecho minero está impedido de presentar pedidos por dos años, entonces lo que hace es recurrir a testaferros para adquirir otra vez su concesión. (...) hay familias enteras involucradas en trámites que trabajan con ingenieros y abogados dedicados al negocio”.

d) La expansión de la minería informal

El otorgamiento de derechos mineros también trajo como efecto la expansión de la minería informal a través de contratos de alquiler a los titulares mineros de las concesiones obtenidas de manera legal. Esta modalidad de trabajo minero informal se presenta en el norte del departamento de Puno. Según Huisa (2015), los componentes de las actividades mineras informales se concentran en las provincias de San Antonio de Putina con 1 714 unidades de producción minera informal, seguido de Sandía con 1 041 y Carabaya con 595. Las principales causas de la minería informal radicarían en el alto precio del oro en el mercado internacional, zonas de extrema pobreza en donde la minería se concibe como medio de subsistencia familiar, la ausencia del Estado y principalmente la presencia de titulares de concesiones mineras y empresas que fomentan actividades mineras informales.

Los vacíos en la legislación minera en materia de concesión y el crecimiento acelerado de concesiones mineras tuvo consecuencias en la región de Puno.

4.2.12 Las concesiones mineras y derecho de participación en la explotación de recursos mineros

De acuerdo con el análisis de la Cepal – basado en el censo del 2007 -, en el Perú existen 6.489.109 millones de ciudadanos indígenas (cifra que podría elevarse hoy debido al crecimiento demográfico y el subregistro censal). Las poblaciones indígenas se encuentran tanto en zonas rurales y urbanas de la costa, como en la sierra y la selva. Del total de indígenas, el 70% se encuentra en los Andes, el 25,8% en la costa y el 4.1% en la selva (Cepal, 2011).

La jurisprudencia interamericana ha sostenido que para asegurar la supervivencia de los pueblos, en el marco del proceso de consulta previa, los Estados deben “compartir razonablemente”²¹ los beneficios que se produzcan con la explotación de los recursos naturales y garantizar que los pueblos “se beneficien razonablemente” del plan o proyecto que se va ejecutar en sus territorios²². De igual forma el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas también se ha referido para resaltar que la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que genere un proyecto debe ser equitativa y debe tener lugar especialmente cuando se trata de la

²¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs Suriman, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párrafo 129.

²² Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C. N° 245, párrafo 157.

explotación de recursos naturales²³ en los territorios de las comunidades indígenas.

La jurisprudencia peruana reitera el contenido de las normas internacionales y se refiere al derecho de los pueblos indígenas que tienen la posesión tradicional de sus territorios a participar en los beneficios económicos derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales. Sobre el particular el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC N° 03343-2007-AA, de 19 de febrero de 2009 señala:

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente había usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

“[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según

²³ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párrafos 91 y 102.

sus costumbres y tradiciones” (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134).

Esta participación de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

Cuadro 6. Concesiones, procedimiento y disposición de tierras para actividades extractivas

<p>Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería</p> <p>Reglamento y normas especiales del sector minero</p>	<p>Régimen de concesiones, procedimiento y actividades mineras</p>	<p>Señala que la concesión minera le otorga a su titular el derecho a explorar y explotar los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo, en las profundidades de un área de terreno determinada. Luego, regula el procedimiento minero necesario para el otorgamiento de una concesión minera. Señala que las concesiones se solicitan de acuerdo a un sistema de cuadrículas del INGEMMET, una vez otorgada, esta es irrevocable, en tanto el titular cumpla con las obligaciones que la ley le da (pago del derecho de vigencia anual, producción mínima anual por hectárea, etc.) No prevé ningún mecanismo de participación ciudadana, ni mecanismos de participación de los gobiernos locales del área a concesionar. Como requisito para obtener la concesión, el solicitante deberá firmar un compromiso, a manera de declaración jurada, mediante el cual se obliga a adoptar mecanismos de desarrollo sostenible, excelencia ambiental, relaciones óptimas con las poblaciones locales, etc.; no obstante no existen mecanismos para exigir el cumplimiento de estos compromisos.</p>
	<p>Zonas restringidas a la actividad minera</p>	<p>Existen áreas restringidas a la actividad minera: zonas arqueológicas, proyectos especiales, áreas naturales protegidas, áreas urbanas y de expansión urbana (calificadas como tales por ordenanza municipal expedida por la Municipalidad Provincial), zonas de frontera, zonas de defensa nacional, y otras. No obstante la restricción depende de la opinión técnica del sector respectivo.</p>
<p>Ley de tierras</p> <p>Ley N° 26505</p> <p>“ Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas ”</p> <p>y otras normas especiales*</p>	<p>Régimen de disposición de tierras de las comunidades campesinas para actividades extractivas</p> <p>* El DS 015-2003-AG regula de manera específica la servidumbre minera.</p>	<p>La empresa extractiva que ya tiene una concesión llega a la comunidad y propone pagar por el uso de la superficie, o directamente ofrece comprarla. Para disponer de las tierras es necesario 2/3 de votos a favor de todos los comuneros en Asamblea General. Si la comunidad no acepta el concesionario puede pedir al Estado que le apruebe una “servidumbre forzosa” (en la práctica de carácter expropiatorio). En los últimos años, no se ha impuesto este mecanismo. Lo que sí ha sucedido es que la servidumbre minera ha sido utilizada como un mecanismo de presión para obligar a que el propietario del terreno superficial venda su tierra.</p> <p>Este acuerdo previo es posterior al otorgamiento de la concesión y debe darse antes del inicio de las operaciones de exploración (es un requisito previo). Logrado el acuerdo, es obligatorio (vinculante) para las dos partes. Debe respetarse por terceros.</p>

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

Cuadro 7. Normas de participación ciudadana y “derechos” de las comunidades campesinas

<p>Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero Decreto Supremo N° 028-2008-EM</p>	<p>Obligación de participación ciudadana en las actividades de exploración, explotación y cierre.</p>	<p>Según este reglamento el mecanismo es el siguiente: la empresa extractiva va a la comunidad con la entidad pública (MEM), entrega resúmenes ejecutivos de los Estudios Ambientales; publica avisos en medios escritos y/o radiales; realiza encuestas, entrevistas o grupos focales; distribuye materiales informativos; hace visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto, talleres participativos, audiencias públicas y otros medios. Estos mecanismos se implementan luego de aprobada la concesión. Antes, durante y después del EIA y del inicio de las operaciones en el terreno. No exige obtener el consentimiento, es sólo un mecanismo informativo que es requisito previo para el permiso de inicio de operaciones de exploración o explotación.</p>
<p>Ley General del Ambiente normas del sector ambiente</p>	<p>Diseña el sistema de protección ambiental y mecanismos de acceso a la información y de participación ciudadana para todas las fases de la actividad extractiva. Uso de los recursos naturales por parte de las comunidades campesinas y nativas</p>	<p>En los últimos años se van estableciendo diferentes y nuevas regulaciones ambientales al sector extractivo a nivel nacional. Estas regulaciones apuntan a fortalecer los mecanismos de protección de los recursos y a la fiscalización de las actividades que impactan en ellos. Este proceso es liderado por el Ministerio del Ambiente. Respecto de las comunidades campesinas y las actividades extractivas señala que los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica ni a sus valores tradicionales. No obstante si bien señala que las comunidades campesinas y nativas tienen el derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras; deben para ello estar tituladas y solo si dichos recursos no cuentan la reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros. Siendo que en ese caso, tendrían un derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos. Dichas restricciones desnaturalizan la garantía sobre los derechos colectivos de las comunidades</p>
<p>Ley de Recursos Hídricos reglamento</p>	<p>Derecho de las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas sobre el agua que utilizan</p>	<p>Establece como principio el respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad. Establece que estas se organizan en torno a sus fuentes naturales, microcuencas y subcuencas de acuerdo con sus usos y costumbres y tienen los mismos derechos que las organizaciones de usuarios.</p>

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

4.3 UNIDAD DE INVESTIGACIÓN III: CONFLICTOS SOCIALES EN COMUNIDADES CAMPESINAS POR CONCESIONES MINERAS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN

4.3.1 El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones mineras

El procedimiento ordinario minero es el procedimiento técnico y legal que tiene por objeto obtener del Estado, representado por el INGEMMET una concesión minera. La persona natural o jurídica sujeto al régimen general debe presentar su petitorio de concesión minera en la Sede Central de INGEMMET. En tanto los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales con constancia vigente, deben presentar sus petitorios de concesión minera ante el gobierno regional competente. En consecuencia el procedimiento ordinario para la titulación de la concesión minera establece un régimen general y un régimen especial.

La forma usual y principal de adquirir una concesión minera es formulando un petitorio minero. La solicitud de este petitorio minero genera un procedimiento administrativo denominado procedimiento ordinario minero. Este procedimiento está regulado en el TUO y en el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por D.S. N° 018-92-EM. El objeto principal de este procedimiento administrativo es obtener por parte del Estado, autorización de una concesión minera que otorgará el derecho para la exploración y explotación de recursos minerales en un área identificada por coordenadas UTM (Aranzamendi y Huamán, 2015).

En nuestra legislación minera vigente ya no existen por separado las concesiones de exploración y explotación. Sino de conformidad con el artículo 9 del T.U.O la concesión minera es de exploración-explotación simultáneamente. En este sentido se tiene que cumplir con una serie de permisos adicionales para obtener el título de concesión minera, de conformidad al D.S. N° 059-2008-EM que modifica el artículo 23° del Reglamento de Procedimientos Mineros.

Una vez presentada la solicitud, la Dirección de Concesiones Mineras, órgano dependiente del INGEMMET, es la encargada de tramitar y resolver los petitorios mineros y evaluarlos. Entre los requisitos exigidos están: la identificación del peticionario (nombres y apellidos, RUC, entre otros); nombre del petitorio; ubicación del petitorio; clase de concesión (metálica o no metálica); identificación de cuadrícula o la poligonal cerrada del conjunto de cuadrículas solicitadas con coordenadas UTM, indicando la ubicación del petitorio y el nombre de la carta; extensión superficial del área solicitada, expresada en hectáreas; identificación de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas colindantes, sobre las que se solicita la concesión, respetando los derechos preexistentes; nombre y domicilio del propietario del terreno superficial donde se ubica la concesión minera, en caso fuere conocido. En la figura N° 01 presentamos el procedimiento minero.

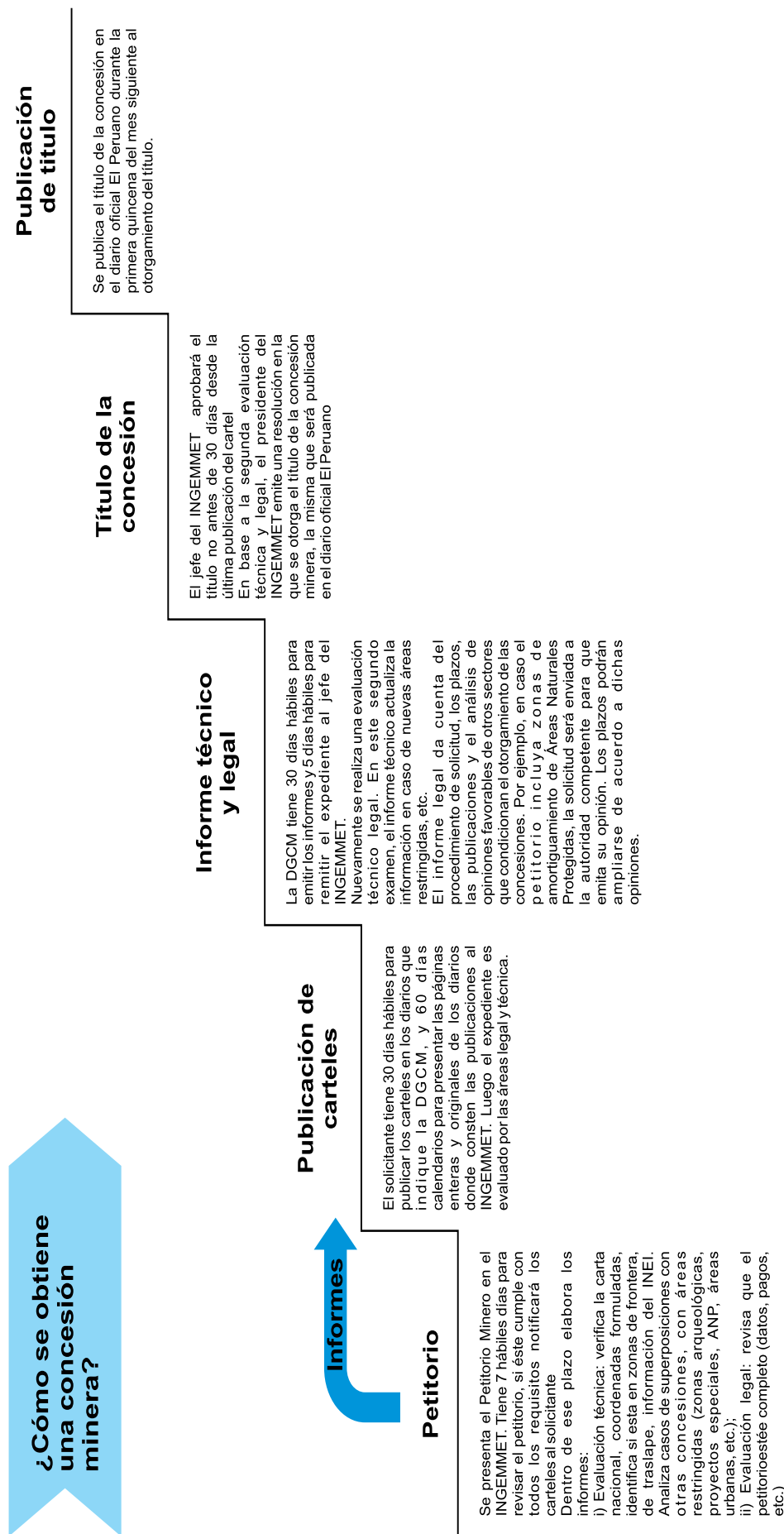


Figura 2. Procedimiento minero

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

Aparte de los requisitos mencionados se incorpora a partir del año 2003 como parte del procedimiento un *compromiso previo en forma de declaración jurada*, mediante el cual, el peticionario se compromete a cumplir con diversas acciones con el propósito de alcanzar el desarrollo sostenible. Entre los principales compromisos se encuentra: Contribuir con el desarrollo sostenible de la población ubicada en el área de influencia de la actividad minera; realizar las actividades mineras en el marco de la política ambiental del Estado; cumplir con los compromisos sociales asumidos en convenio, actas, contratos y Estudios Ambientales; respetar a las personas e instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales; fomentar preferentemente la contratación de personal local, para realizar labores de la actividad minera o relacionadas con ella; contribuir al desarrollo económico local y/o regional a través de la adquisición preferente de bienes y servicios locales y/o regionales; mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la actividad minera y sus organismos representativos.

Estos compromisos que resultan meramente declarativos deben ser materializados por los titulares mineros como parte de los compromisos sociales recogidos en sus estudios ambientales. En este sentido el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), supervisa el cumplimiento de los compromisos sociales recogidos en los Estudios Ambientales de cada uno de los titulares mineros de la gran y mediana minería.

Asimismo, como parte del proceso de tramitación del petitorio minero se exige al peticionante la publicación del petitorio en el diario oficial “El Peruano”, así como en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se encuentre ubicada el área solicitada. De no mediar oposición y con los dictámenes técnicos y legales favorables el Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET expide el título de la concesión minera.

Debe precisarse que la concesión minera no concede a su titular ningún derecho sobre la superficie del terreno bajo el cual se encuentran los minerales. Sino para realizar actividades mineras de exploración y explotación en el subsuelo el titular minero deberá obtener derechos para el uso del terreno superficial, que puede ser un derecho de propiedad, la servidumbre o el arrendamiento de las tierras.

4.3.2 Los títulos habilitantes adicionales de concesión minera

La legislación establece una serie de reglas previas adicionales que el titular debe cumplir a efecto de obtener todos los títulos legales habilitantes para el inicio de sus actividades. Estas son: a) Gestionar la aprobación por parte del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras; b) Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, con sujeción a las normas de participación ciudadana; c) Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a

la reglamentación sobre la materia; d) Obtener otras licencias, permisos y autorizaciones que son exigidos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollarse²⁴; e) Acuerdo previo con el titular del terreno superficial a través de la venta o arrendamiento.

El ordenamiento minero nacional no regula el derecho de consulta y participación de los representantes de las poblaciones campesinas en los procedimientos de otorgamiento de concesiones mineras.

Para Leyva (2015), en el Perú el otorgamiento de la concesión minera es un proceso administrativo que termina con una resolución. El procedimiento es de aprobación casi automática. El INGEMMET verifica que los requisitos señalados estén completos y que no haya impedimento para constituirlos. Para este organismo lo concesionable es todo lo que no tiene restricciones previamente establecidas. Es decir en el procedimiento no se establece restricciones al uso del suelo, ni a los recursos naturales, salvo sobre los yacimientos mineros que son materia de la concesión. En este procedimiento, la participación de quien posee el terreno superficial es poco relevante.

Este estrecho margen para la participación ciudadana y la consulta a pueblos indígenas tiene que ver con que, en el procedimiento de otorgamiento de una concesión minera, no se decide el uso del territorio.

Como hemos señalado el uso minero se presume definido y lo que se

²⁴ Otras licencias prioritarias para el desarrollo de las actividades mineras son: licencia de uso de aguas, autorizaciones de vertimiento de aguas, autorización global de explosivos, autorización de inicio de actividades, certificado de operaciones mineras.

hace en el procedimiento es asignar el derecho a explorar y explotar un área que se supone tiene uso minero. Por tanto la información que se ventila en el procedimiento tiene que ver con aquello que es necesario saber para otorgar el derecho en un lugar sin restricciones y a una persona sin impedimento. Por ello, se exige información sobre: datos del solicitante, ubicación y delimitación del área solicitada, tipo de mineral y pagos de derechos. La información que brinda el INGEMMET está orientado al usuario que generalmente son empresas mineras, abogados y persona naturales más no para los superficiarios de las comunidades campesinas.

4.3.3 Los principios del procedimiento ordinario minero

Los principios que orientan el marco de procedimiento ordinario minero en nuestro país son las siguientes: a) Principio de prioridad en el tiempo, la que se sustenta en el aforismo “*priore in tempore, priore in jure*” (primero en tiempo, primero en derecho). Es el supuesto en que se presentan dos o más personas solicitando el petitorio minero sobre una misma área. En este supuesto, la ley ampara al primero en el tiempo que presentó su solicitud; b) Principio de exclusividad, que tiene su base en el artículo 113 del TUO que señala que mientras se encuentre en trámite un petitorio de concesión minera y no haya sido resuelto definitivamente, no se admitirá ninguna solicitud de petitorio minero sobre la misma área; c) Principio de publicidad, que significa que los actos administrativos en la entidad minera son de carácter público; d) Principio de preclusión, que revela que el proceso administrativo está dividido en etapas cerradas y cada una

supone la terminación de la anterior, sin posibilidad de reabrir la (Aranzamendi y Huamán, 2015).

Los procedimientos administrativos mineros también responden a los principios siguientes: a) Principio de certeza: En el procedimiento la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley; b) Principio de simplicidad: Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir; c) Principio de publicidad: Todas las resoluciones que la autoridad administrativa emita, sin importar el tipo que fuere, deben ser publicados o notificadas conforme a ley. Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo las que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las excluidas por ley; d) Principio de uniformidad: La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámite similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados (Tejada, 2014).

4.3.4 Los actores y roles en el procedimiento minero

En el régimen de procedimiento minero se distingue tres actores bien definidos:

El Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET), que tiene entre sus funciones: 1) Recibir, admitir a trámite y tramitar petitorios de concesión minera a nivel nacional; 2) Otorgar títulos de concesión minera.

Dirección Regional de Energía y Minas (DREMs²⁵), que tiene entre sus funciones, otorgamiento de concesión minera para la pequeña minería y la minería artesanal.

El solicitante o interesado, que puede ser una persona jurídica o natural que solicita una concesión de exploración o explotación.

4.3.5 Las normas legales cuestionadas en los conflictos mineros

Tenemos el caso del Decreto Supremo N° 014-2007-EM, norma que modifica el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera y debilita los mecanismos de participación de las comunidades, como se puede comprobarlo: El Artículo 2°.- Proyecto de exploración en Áreas Naturales Protegidas; Artículo 3°.- Proyecto de exploración de la Pequeña Minería y de la Minería Artesanal; Artículo 4°.- Recursos Impugnatorios; Artículo 5°.- Información sobre proyectos de exploración; Artículo 6°.- Procedimiento en trámite; Artículo 7°.- Exclusión de alcances.

²⁵ Tiene fuente legal en la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 y mediante RM N° 139-2008-MEM/DM se transfiere las funciones a las Direcciones Regionales.

Como se puede ver, este Decreto Supremo lo que hace es dejar de lado toda consulta a las comunidades donde se van a efectuar los proyectos de exploración y reemplaza dicha consulta por la declaración que a dicho efecto se coloca en manos de una instancia administrativa.

Igual ocurre con la norma que la deroga: EL DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM (Aprueban Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera), del cual las normas pertinentes son: Artículo 3°.- Autoridad competente; Artículo N° 4.- Guías técnicas; Artículo 6°.- Responsabilidad del titular; Artículo N° 7.- Obligaciones del titular; Artículo N° 8.- participación ciudadana; Artículo N° 9.- Documentación referida a los Estudios Ambientales de Exploración; Artículo N° 17.- Informe sobre actividades de exploración; Artículo N° 18.- Obstaculización de actividades de exploración.

Como vemos, lejos del espíritu de recurrir a un consentimiento y participación efectiva de las comunidades en la formulación, gestión y supervisión de los proyectos de inversión, la tónica de esta norma es más bien restringir todo control a lo que haga la administración pública. La participación ciudadana es formulada como una cuestión administrativa y la norma no se coloca en la hipótesis de una actividad que incida negativamente sobre el medio ambiente, sino sobre actividades que impidan o limiten la actividad inherente a la exploración o explotación, donde sí se cuida la norma de redactar detalladamente dicha conducta. Dicho enfoque administrativo y limitado es confirmado en la norma a la cual hace referencia el artículo 8:

“R.M. N° 596-2002-EM/DM.- Aprueban el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas. (21.12.02)
RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 596-2002-EM/DM

(...)

Artículo 3°.- Procedimiento de consulta; 3.1. Consulta Previa; 3.2. Audiencia Pública; Artículo 11°.- Participación ciudadana para otros estudios ambientales.

Según vemos, la norma aunque habla de la consulta previa y del derecho de participación, en realidad reduce la actuación de las comunidades interesadas de modo tal que aparecen como “convidados de piedra”, sin la posibilidad concreta de participar dentro de los lineamientos del proyecto de participación y de poder establecer un diálogo en términos de igualdad y con respeto a su derecho a tener una injerencia clara y decisoria. Con ellos se consagra una perspectiva verticalista y contraria al principio de la democracia. Las comunidades “consultadas” o con derecho a “participación”, desde la regulación normativa son impedidas de tener algún poder o influencia para poder asegurar sus legítimos intereses de modo tal que aparecen más bien como incómodas pero necesarias “comparsas” a efectos que una decisión previamente adoptada, aparezca a los ojos de todos como una medida legítima y consensuada.

Finalmente, también se ha aprobado la Ley N° 28736, norma que permite la concesión de recursos naturales dentro de las reservas creadas para protegerlos, lo cual implica una amenaza para su supervivencia de las

mismas. Otras normas que afectan la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT y a la Constitución Política en materia de comunidades campesinas y nativas son:

D.L. 1064: En esta norma se ha eliminado el derecho de las comunidades propietarias de los terrenos donde se ubiquen denuncios mineros de exigir una negociación, acuerdo previo y autorización de su parte como requisito para iniciar actividades de exploración y explotación de minerales. Según esta norma es el Estado quien establece si proceden los trabajos y fijará el monto de indemnización a los afectados.

D.L. 1015 (corregido por el DL 1089): Esta norma establece que las propiedades comunales de Sierra y Selva se rigen por el mismo procedimiento, el cual simplifica y acelera los procesos de transferencia de propiedad de tierras a inversionistas privados, en particular las tierras explotables en la Selva. Esto se complementa con los decretos sobre recursos hídricos y tierras eriazas y con el DL 1064 (denominada “Ley de la Selva”), norma que facilita la apropiación de grandes extensiones de bosques (Durán, 2011).

4.3.6 Las concesiones mineras y desarrollo de los conflictos mineros

Las concesiones mineras han generado conflictos sociales en las comunidades campesinas. Según Grupo de Propuesta Ciudadana (2015), el crecimiento acelerado de la concesión minera está asociado a las políticas de promoción de las inversiones del gobierno, la demanda internacional de minerales, los altos precios de los minerales y la

existencia de la riqueza mineralógica en el territorio nacional. Las concesiones mineras existen en casi todas las regiones del Perú y estas vienen produciendo conflictos sociales. Los pueblos vecinos, las comunidades que viven encima de las concesiones mineras o cerca de los centros mineros en actividad rechazan y cuestionan el otorgamiento de derechos mineros sobre territorios que eran usados para otros fines o brindaban servicios ambientales.

Según Leyva (2015), los conflictos sociales asociados a las actividades mineras tienen su origen en el momento mismo del otorgamiento de las concesiones mineras. La Defensoría del Pueblo (2016), sostiene que el conflicto social es un proceso complejo en el que sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores o necesidades son contradictorios y esa contradicción deriva en violencia. Asimismo explica que dentro del conflicto existen actores y también estado de conflicto. Para esta institución el conflicto activo es el conflicto social expresado por alguna de las partes o por terceros a través de demandas públicas, formales o informales. El conflicto latente es el conflicto social no expresado públicamente. Permanecen ocultos, silencioso o inactivo, en el que se puede observar la concurrencia de factores que tienen un curso de colisión pero que no se manifiestan o habiéndose manifestado han dejado de hacerlo durante un tiempo considerable. Y el conflicto en observación serían los casos que pueden devenir en conflicto mineros activos. Es decir que hay suficientes hechos que muestran elementos iniciales de contradicción entre sectores de la sociedad, el Estado y el mercado.

En Puno los conflictos sociales asociados a la concesión minera de exploración y explotación se concentran en su gran mayoría en los territorios de las comunidades campesinas quechuas y en menor proporción en las comunidades campesinas aimaras de la región de Puno. La Defensoría del Pueblo en su reporte de conflictos sociales del mes de agosto de 2016, hace mención de 18 conflictos sociales, de las cuales se tiene lo siguiente: a) 12 conflictos socioambientales (incluido concesiones mineras); b) 02 conflictos por asuntos de gobierno regional; c) 02 conflictos por asuntos de gobierno local; d) 01 conflicto por asunto de gobierno nacional; e) 02 conflictos por demarcación territorial. Asimismo menciona que dentro de los conflictos sociales por concesiones mineras o socioambientales son 7 conflictos activos, 4 latentes y 1 en estado de observación. El cuadro N° 05 muestra este estado de los conflictos mineros.

Cuadro 8. Estado de conflictos sociales vinculados con las concesiones mineras – Región Puno

UBICACIÓN	ESTADO DE CONFLICTOS MINEROS		
	ACTIVOS	LATENTES	EN OBSERVACIÓN
CARABAYA	1	0	0
SANDIA	0	0	0
SAN ANTONIO DE PUTINA	1	1	0
LAMPA	2	0	0
AZANGARO	0	0	0
SAN ROMAN	0	0	0
MELGAR	1	1	1
PUNO	0	0	0
HUANCANE	1	0	0
EL COLLAO	0	0	0
CHUCUITO	1	1	0
MOHO	0	1	0
YUNGUYO	0	0	0
TOTAL	07	04	01

Fuente: Defensoría del Pueblo, agosto 2016.

4.3.7 El estado de conflictos mineros en las comunidades campesinas quechuas

a) Los conflictos activos

La actividad minera en el norte del departamento de Puno tiene una larga data y es donde se sitúa el mayor número de minas en actividad e importantes concesiones mineras. Igualmente es donde la minería informal e ilegal tiene mayor presencia generando impactos ambientales y sociales en las comunidades campesinas.

Según Quiñones (2011), en los distritos²⁶ de la zona norte existe mayor cuestionamiento a la actividad minera por parte de algunas autoridades, en tanto que sea una limitante a la actividad pecuaria, considerada como la más importante. Menciona que los impactos de la minería generan contaminación de las fuentes naturales de agua y degradación de los suelos y de ahí la necesidad de declarar distritos agropecuarios con el objetivo de impedir la presencia de empresas mineras en la zona. En testimonio que cita del Alcalde municipal de Macarí muestra esta preocupación:

“Estamos en pie de que el distrito, la provincia, no sea considerada como zona minera ya que nosotros tenemos una zona alta que la han concesionado a las mineras pero de ahí baja el líquido vital que es el agua y en caso de que puedan subir a hacer esa explotación en las zonas altas prácticamente toda la población estaría quedando con el líquido vital

²⁶ Macarí y Umachiri son distritos ubicados en la provincia de Melgar, al noroeste de la ciudad capital de Puno.

inutilizado...hemos visto algunas realidades como las minas en Cusco o Antauta, total que esos ríos están de color negro, rojizos, ya no hay vida en el agua entonces cosas así nos trae la exigencia de la población para no caer en esto de la minería...el distrito es netamente agropecuario, estamos en eso de poder zonificar como una zona netamente agropecuaria”.

El relato muestra las tensiones que deben manejar la autoridad local y las apreciaciones que tienen la población campesinas respecto al tema minero que se basa principalmente en la experiencia concreta. “Han visto o han escuchado”.

El primer caso de conflictos activos de la zona norte vinculado con la minería es de las poblaciones y autoridades del distrito de Crucero, Potoni, San Antonio, Asillo y Azángaro que se oponen a las actividades de la minería informal que se desarrolla en los distritos de Ananea, Cuyo y Crucero que según la población contaminan la cuenca del río Ramis. El conflicto activo se focaliza en el distrito de Ananea, provincia de San Antonio de Putina; en distrito de Macusani y Crucero, provincia de Carabaya; y en el distrito y provincia de Azángaro. El conflicto tiene como actores primarios el Frente de Defensa de los Intereses del Distrito de Crucero, el Comité de Vigilancia del Medio Ambiente del Distrito de Crucero, pobladores de los distritos de Crucero, San Antón, Asillo, Progreso y Azangaro. Y como actores secundarios está la Comisión Multisectorial para la Recuperación de la Cuenca del Río Ramis (CMCRR) integrada por los sectores Energía y Minas (MINEM), Interior (MININTER), Agricultura y Riego (MINAGRI), Salud (MINSALUD), Vivienda, Ambiente

(MINAM), la Autoridad Nacional del Agua (ANA), la Autoridad Local del Agua (ALA) Ramis, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanas (SUNAT), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN), el Gobierno Regional y las municipalidades de la cuenca; la Comisión de Usuarios Regantes Irrigación Asillo, Progreso, Orurillo, Comisión de Regantes Potoni, alcaldes distritales de Crucero, Potoni, San Antonio, Asillo, Azángaro y la Oficina Nacional de Diálogo y la Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS). Las partes en conflicto vienen desarrollando diálogos pero no se conoce los resultados de este diálogo.

El segundo caso es de la población del distrito de Paratía de la provincia de Lampa que solicita espacio de diálogo con representantes de la empresa minera CIEMSA S.A. para la reformulación del convenio marco del año 2007 entre Municipalidad Distrital de Paratía sobre reparación por daños ambientales por la empresa minera y por la posible ampliación de la explotación a través del proyecto minero Guadalupe. Este conflicto tiene como actores a la Empresa minera CIEMSA S.A., el Comité de Lucha de los Recursos Naturales y Medio Ambiente de Paratía, dirigentes del SUTEP, el Gobernador del distrito de Paratía y Alcalde de la Municipalidad Distrital de Paratía. Asimismo tiene como actores secundarios del conflicto al Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Ministerio del Ambiente (MINAM) y Gobernador Regional de Puno. El conflicto activo se encuentra en diálogo entre los actores o partes.

Un tercer caso de conflicto activo se ubica en los distritos de Antauta y Ajoyani. El primero ubicado en la provincia de Melgar y el segundo

localizado en la provincia de Carabaya. En los casos expuestos solicitan a la empresa MINSUR S.A. la compensación por los daños generados y firma de convenio marco de desarrollo a favor de la población campesina que debe expresarse en proyectos de agua y empleo local. El conflicto tiene como actores primarios al Comité de Lucha, autoridades locales y organizaciones sociales del distrito de Antauta, pobladores del distrito de Ajoyani y la empresa minera MINSUR S.A. Y como actores secundarios está el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS-PCM). Al igual que en las anteriores los actores del conflicto se encuentra en diálogo.

El cuarto conflicto minero también de importancia se localiza en el distrito de Llalli, provincia de Melgar, donde la población expresa su preocupación por la contaminación de la microcuenca Llallimayo por las actividades mineras que se desarrollan en la zona. El conflicto tiene como actores primarios a las autoridades locales del distrito de Llalli y la empresa minera Aruntani. Y como actores secundarios del conflicto está el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), Ministerio del Ambiente (MINAM), Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS-PCM). Los actores del conflicto se encuentran en diálogo pero no se conoce los resultados.

El quinto conflicto se localiza en las comunidades campesinas Hatun Ayllu, Caycho y otras aldeas cercanas al río Chacapalca del distrito de Ocuwiri de la provincia de Lampa. La población campesina imputa a la

empresa minera ARASI S.A.C. de afectar el río Chacapalca y exigen la presencia de autoridades de alto nivel. El conflicto tiene como actores al Frente de Defensa de los Intereses de Ocuvi, al Comité de Gestión del Convenio Marco, las comunidades campesinas del distrito de Ocuvi, gobernador del distrito de Ocuvi, alcalde del distrito de Ocuvi, empresa minera Arasi S.A.C. Y como otra del conflicto está el Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la Autoridad Nacional del Agua (ANA), Ministerio de Energía y Minas (MINAM) y la Oficina de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas (OGGS-MINEM), Oficina de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS-PCM), Comisión por la Paz y el Desarrollo; y el gobernador de la provincia de Lampa. Entre los actores del conflicto existen diálogos pero sin resultados.

b) Los conflictos latentes

En este grupo se tiene el caso de los pobladores del distrito de Orurillo quienes rechazan las actividades mineras de la empresa minera CIEMSA, La Poderosa y otras empresas mineras concesionarias en tanto que no se ha realizado los procesos de consulta a las poblaciones de las comunidades campesinas de Santa Cruz y Huacoto del distrito de Orurillo de la provincia de Melgar.

El segundo conflicto latente es el caso de la comunidad campesina de Condoraque que denuncian que sus captaciones de agua se encuentran contaminadas por los relaves de la empresa minera Sillustani S.A. La

comunidad se encuentra ubicada en el distrito de Quilcapuncu, provincia de San Antonio de Putina.

El tercer caso de conflicto latente se encuentra localizado en la provincia de San Antonio de Putina, Sandía y Carabaya. En el conflicto destacan los mineros informales de la Rinconada, Sandía y Carabaya quienes se movilizaron en contra de las medidas dictadas por el gobierno central orientadas a la formalización de la actividad minera informal. El argumento de los actores del conflicto es que las medidas no se ajustan a la realidad y serían difíciles de ser cumplidas.

c) Los conflictos en observación

En la región se registra un solo caso de conflicto minero en observación ubicado en el distrito de Ñuñoa, provincia de Melgar. Se trata del proyecto minero Santo Domingo de la empresa Minera MINSUR que se encuentra en trabajos de exploración. En 2016 las comunidades colindantes al proyecto minero expresaron oposición a las actividades mineras de exploración señalando que el proyecto estaría ubicado en la cabecera de cuenca y afectaría los recursos hídricos que abastece a toda la población campesina.

4.3.8 El estado de conflictos mineros en comunidades campesinas aimaras

a) Los conflictos activos

Los territorios habitados por la población aimara se caracteriza por no tener una actividad minera desarrollada en la escala de la que hace en el

norte del departamento de Puno. Quiñones (2011), ha identificado una postura crítica pero no radicalmente opuesta a la actividad minera por parte de la mayoría de autoridades y funcionarios de los gobiernos locales²⁷. Afirma que existe temor a los impactos ambientales y preocupación por las concesiones ya otorgadas que son equiparadas a la inminente presencia de las empresas mineras en los territorios de las comunidades campesinas.

El primer caso de conflicto activo se encuentra ubicado en el distrito de Cojata de la provincia de Huancané. Las comunidades alpaqueras demandan la suspensión de las actividades mineras informales en el río Suches que estarían contaminando las aguas. Asimismo denuncian la presencia de mineros informales bolivianos. El conflicto tiene como actores primarios a la municipalidad distrital de Cojata, gobernador distrital de Cojata, Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) Puno, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), Dirección Regional de la Oficina Desconcentrada del Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno Regional de Puno, Municipalidad de Peluchuco (Bolivia), Central Agraria Boliviana, Comisión de Desarrollo La Paz-Bolivia y Servicio Geológico Técnico de Minería (SERGEOTECMIN-Bolivia). Y como actores secundarios se encuentra la Comisión Técnica Binacional (CTB), Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) y Consulado de Bolivia en Puno. Los actores del conflicto se encuentran en diálogo pero no se conoce los resultados.

²⁷ Son autoridades de las municipalidades de los distritos de Platería y Pichacani de la provincia de Puno.

El segundo caso de conflicto minero activo se concentra en la comunidad campesina Sihuayro, distrito de Pomata y en la jurisdicción de la provincia de Chucuito. Los pobladores de las comunidades Sihuayro, Lampa Grande y Challa-Pampa del distrito de Pomata protestan en contra de otorgamiento de petitorios mineros ubicados en la zona arqueológica de Tanapaca. Los actores primarios del conflicto son los pobladores del distrito de Pomata y el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET). Y como actores secundarios se encuentra el Ministerio de Energía y Minas y la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS). En el caso expuesto no existe diálogo entre los actores del conflicto.

b) Los conflictos latentes

En este grupo se tiene el caso de las poblaciones campesinas que habitan los distritos de la provincia de Chucuito que se oponen a las operaciones que desarrolla la empresa minera Bear Creek Mining Corporation en el distrito de Huacullani. Las poblaciones campesinas protestaron por el riesgo de contaminación y pérdida de tierras comunales. De igual forma rechazaron toda actividad minera y petrolera por no haber sido objeto de consulta. Dentro de esta clase de conflicto también está el caso de las comunidades campesinas aimaras de Oqopampa del distrito y provincia de Moho que se oponen al otorgamiento de concesión minera en el cerro sagrado de Inka Payllita. Los dos conflictos se encuentran en situación de latentes que puede evolucionar a ser activos en la medida como se desarrollen las actividades mineras en las zonas.

4.3.9 La minería informal en los conflictos mineros de concesión

La práctica de la minería informal en las cabeceras de las cuencas es otra de las causas del conflicto social en las comunidades campesinas. El ejercicio de esta actividad está prohibido por el Estado, pero igual se desarrolla en zonas alejadas de la región de Puno afectando la salud de la población y medio ambiente de la zona.

El caso más relevante de minería informal e ilegal que ocasiona conflictos sociales son las que están ubicadas en la cuenca del Río Ramis. El río es afectado principalmente por la actividad minera aurífera artesanal e informal que se desarrolla en la zona de Chaquiminas y Pampa Blanca del distrito de Ananea, provincia de San Antonio de Putina donde los relaves, producto del lavado del material aurífero, conteniendo sólidos en suspensión, son vertidos en la naciente del río Ramis perjudicando el desarrollo de la agricultura, la ganadería y la piscicultura.

La minería informal que se practica en la cuenca del Río Suches también ocasiona conflictos sociales por los vertimientos de los relaves mineros en el mismo río que afecta la salud de la población y medio ambiente.

El Estado para garantizar la salud de la población campesina y protección de los ecosistemas frágiles promulgó Decretos Legislativos que sanciona la práctica de la minería ilegal e informal. El Decreto Legislativo N° 1105 redefine la minería ilegal y define la minería informal.

La minería ilegal es la actividad minera que se realiza en espacios prohibidos como las riberas de los ríos, lagunas, cabeceras de cuenca y las zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas. También se

considera minería ilegal a los que usan equipo y maquinaria pesada, que no corresponde a la categoría de pequeña minería o minería artesanal. El Decreto legislativo en mención define a los mineros ilegales como aquellos que no cumplen con las exigencias administrativas, técnicas, sociales y ambientales de ley, o que se realiza en zonas en las que está prohibida.

La minería informal, es la actividad minera realizada usando equipo y maquinaria que se encuentra en una o más de las siguientes situaciones:

a) no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (PPM o PMA); b) no cumple con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades; y c) es realizada en zonas no prohibidas para la actividad minera por una persona, natural o jurídica o por un grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en este decreto legislativo.

El Estado peruano con esta medida busca garantizar la salud de la población, la seguridad de las personas, la conservación del patrimonio cultural y de los ecosistemas frágiles, la recaudación tributaria y el desarrollo de actividades económicas sostenibles (Franciskovic y Ipenza, 2015).

Si bien la actividad minera formal está sujeta a una normativa más exigente, el temor a la contaminación se funda en gran parte por la mala experiencia con antiguas minas, algunas malas prácticas subsistentes y

una fiscalización no siempre oportuna y efectiva. Las actividades mineras ilegales e informales que se desarrolla en zona norte de Puno han devastado extensas zonas contaminando los ríos con sustancias como el mercurio y otros elementos perjudiciales al medio ambiente y la salud de las personas. La percepción de la población sobre los hechos de contaminación tiene una importancia central y condiciona el desarrollo de los conflictos sociales.

Las principales causas que motivan la informalidad e ilegalidad de las actividades minera serían la alta cotización del precio del oro en el mercado internacional, la existencia de zonas de extrema pobreza donde la minería es percibido por la población como un trabajo de subsistencia familiar y la ausencia del Estado y de sus instituciones en las zonas donde operan la minería informal e ilegal. Otra causa adicional pero importante es la presencia de titulares de concesiones mineras y empresas que fomentan la actividad informal alquilando o entregando el trabajo a cambio de su pago por la explotación.

El Estado tiene dificultades para controlar la minería informal e ilegal que se desarrolla en la zona debido a su aislamiento en que se encuentran las unidades de producción minera informal y la carencia de capacidad operativa (movilidad, equipos y otros) y la falta de personal preparado para su control y fiscalización. El Estado y el gobierno regional tienen débil organización institucional para controlar esta actividad informal que devasta el medio ambiente y genera conflictos socioambientales en las comunidades campesinas.

Huisa (2015), constata en su investigación la presencia de 3 896 unidades de producción minera informal (UPMI) para la región de Puno. Entre sus componentes destaca a la Mina-Planta, Chute, Mina, Planta de beneficio, Cochazo, (...) que se ubican en su mayor parte en la provincia de San Antonio de Putina, Sandia y Carabaya²⁸. Siendo en menor proporción en el resto de las provincias. El Grupo de Propuesta Ciudadana (2014) afirma que una gran parte de los productores mineros informales (pequeños y artesanales) operan en tierras alquiladas a los titulares de la concesión minera y sin cumplir los requisitos exigidos por ley. Y uno de los obstáculos para el avance de la formalización es que los mineros no pueden cumplir con la “acreditación de titularidad, contrato de cesión, acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera”. Lo que llama la atención es que el Estado hace poco para presionar a los titulares de las concesiones que se prestan para este sistema pernicioso de extracción de minerales que afectan los ecosistemas, la salud y el desarrollo de la agricultura campesina de la zona y se constituye en germen de los conflictos sociales.

4.3.10 Los actores del conflicto en las concesiones de explotación minera

Desde el gobierno se ha creado entidades para intervenir en la resolución de los conflictos sociales en el sector minero. La Defensoría del pueblo (2015), revela que las entidades del Poder Ejecutivo especializadas para

²⁸ Establece que en la provincia de San Antonio de Putina existe 166 planta mina, 656 Chute, 352 mina, 538 planta, 2 cochazo; en Sandía 426 planta-mina, 193 chute, 397 mina, 2 planta, 41 cohazo (...); en Carabaya 311 planta-mina, 102 chute, 156 mina, 26 cochazo (...).

atender la conflictividad social, son por ejemplo, la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) de la PCM; la Oficina General de Gestión Social (OGGS) de MINEM; la Oficina de Asesoramiento en Asuntos Socioambientales (OAAS), en el MINAM; la Coordinación de Gestión de Conflictos y de Cumplimiento de Compromisos Socioambientales y la Coordinación de Sistematización de Información e Investigación de Conflictos Socioambientales, en el OEFA. De igual forma algunos gobiernos regionales han creado oficinas, unidades, o áreas funcionales no estructuradas para la atención de la conflictividad social existente en sus jurisdicciones²⁹. La creación de entidades estatales para hacer frente a los conflictos mineros es el reconocimiento de la existencia y constatación de la conflictividad en el país.

En Puno como actores primarios de los conflictos destacan los Frentes de Defensa de los Intereses de los distritos afectados por la actividad minera, los Comités de Vigilancia del Medio Ambiente, los Comités de Lucha de los Recursos Naturales y Medio Ambiente y los Comités de Gestión del Convenio Marco. Son organizaciones de los ciudadanos-indígenas y poblaciones de comunidades campesinas que demandan derechos al Estado por no haber implementado mecanismos de consulta a las poblaciones campesinas afectadas por la minería. También son actores de estas movilizaciones las autoridades locales de los distritos, los tenientes gobernadores y el conjunto de la población campesinas afectadas por concesiones y actividades mineras. Como contraparte de este conflicto están las compañías mineras representadas por la empresa

²⁹ Informe N° 001-2015-DP/APCSG. Conflictos Sociales y Recursos Hídricos.

minera ARASI, la empresa minera MINSUR, la empresa minera ARUNTANI, la empresa minera CIEMSA y la empresa minera SOLEX PERÚ. El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM-PUNO).

Los actores secundarios de los conflictos mineros en la región de Puno son el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), el Ministerio del Ambiente (MINAM), Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros (ONDS-PCM), la Autoridad Nacional del Agua (ANA), Oficina de Gestión del Ministerio de Energía y Minas (OGS-MINEM), la Comisión por la Paz y el Desarrollo (CPD), la Defensoría del Pueblo (DP), la Comisión Multisectorial para la Recuperación de la Cuenca del Río Ramis (CMRR) y el gobernador. Todos son instituciones del Estado vinculados con el proceso de otorgamiento de concesiones mineras y fiscalización de actividades mineras que desarrollan las compañías mineras.

Los diversos conflictos que se desarrollan se encuentran en proceso de diálogo entre los representantes de la empresa minera y representantes de los pueblos o comunidades campesinas afectados por la minería. El Estado a través de sus representantes no aborda las causas estructurales que motiva el conflicto minero en las comunidades campesinas tampoco se reconoce la titularidad colectiva de los terrenos superficiales que fueron concesionados para la minería sin consulta previa.

4.3.11 Las concesiones mineras y derecho de consulta de comunidades campesinas

Para Durán (2011), la consulta a los pueblos interesados no ha sido la regla general del Estado al momento de llevar adelante las políticas de promoción de la inversión que afectan a las poblaciones indígenas y campesinas. Son de larga data y reiterados los problemas entre las comunidades campesinas e indígenas con las empresas mineras, dado que el Ministerio de Energía y Minas otorga en concesión el territorio de las comunidades nativas sin ningún tipo de consulta a las poblaciones afectadas, afectando su seguridad jurídica, su derecho a la tranquilidad, al disfrute de los recursos naturales y del uso de los suelos del territorio que han ocupado ancestralmente durante generaciones.

Desde un punto de vista jurídico la Ley de Consulta Previa no es un plebiscito. Tampoco es un acto electoral. Ante todo es una forma de establecer diálogos directos con los pueblos indígenas para llegar a acuerdos parciales o totales deben figurar en un acta de consulta que el Estado debería analizar para tomar una decisión (Lanegra, 2013).

En el Perú a pesar de su promulgación y vigencia desde 2011 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo³⁰, el Estado no ha dado cuenta de los resultados de dieciséis procesos de consulta que según la Defensoría del Pueblo se han llevado a

³⁰ Ley N° 29785, publicado el 07/09/2011

cabo hasta el momento. No se sabe cómo se llevó a cabo cada proceso y cuáles fueron las lecciones aprendidas en estos procesos de consulta.

Cuadro 9. Normas internacionales que regulan el derecho de consulta

Convenio N° 169 de la OIT	Declaración de las Naciones Unidas
<p>Artículo 6.1 (...) Los gobiernos deberán:</p> <p>a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;</p> <p>Artículo 6.2 Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.</p> <p>Artículo 15.2</p> <p>1. Los derechos de los pueblo interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.</p> <p>2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otro recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblo interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.</p>	<p>Artículo 19°. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.</p> <p>Artículo 32°</p> <p>(...)</p> <p>2. Los Estados celebraran consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.</p>

Fuente: Extraído del Convenio N° 169 de la OIT y Declaración de Naciones Unidas.

Uno de los ámbitos en que la consulta previa tiene mayor relevancia es en el de las decisiones administrativas que permiten o autorizan la utilización, exploración o explotación de los recursos naturales que se encuentran en el territorio de los pueblos indígenas³¹. Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que los Estados deben garantizar que no se otorgue ninguna concesión dentro de territorio indígena hasta que “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”³².

El Tribunal Constitucional al abordar el tema de consulta a los pueblos indígenas señala:

34. [...] Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los gobiernos deberá establecer procedimientos mediante los cuales se puedan consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes de sus tierras”. De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad

³¹ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2.

³² Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reglamento, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párrafo 205 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párrafo 130.

nativa o su habidad natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de exploración, informes sobre el impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recursos. Estos elementos servirán para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del dialogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia, además se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente había usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

“[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según

sus costumbres y tradiciones” (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134)³³.

De igual forma el Tribunal Constitucional en su segundo fallo sobre la intensidad de la consulta en la etapa de exploración y explotación señala:

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados³⁴.

El artículo 6 de la Ley N° 29785 señala que los pueblos u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. Asimismo el artículo 12 de la misma ley señala que corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del

³³ Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009

³⁴ Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010

proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancia, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. Finalmente en el artículo 6 del Reglamento de la Ley N° 29785, respecto a consulta previa y recursos naturales, señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación, es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa (...) que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas.

La ley de consulta, no modifica tampoco deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia³⁵. Este significa que las concesiones mineras otorgadas antes de la dación de esta norma no serían afectadas por la ley del derecho a la consulta previa.

La implementación de la Ley de Consulta Previa, aprobada por unanimidad en el Congreso de la República, es vista por las empresas y por el Ministerio de Energía y Minas como un factor que obstaculiza aún más las inversiones, por lo que ejercen presión para que la aplicación de esta ley se limite a las comunidades indígenas amazónicas, dejando de

³⁵ Segunda disposición complementaria final de la Ley N° 29785.

lado a las comunidades campesinas de la sierra. Al respecto, ha causado sorpresa la negativa del gobierno de publicar la base de datos de los pueblos indígenas y su decisión de esperar que sea la comunidad que se considere afectada por un proyecto de inversión la que solicite el reconocimiento. En otras palabras, iniciar el proceso “a pedido de parte” y atenderlo “caso por caso. No publicarla y dejar que las comunidades indígenas se autovaliden es no respetar los derechos ciudadanos y relativizar el Convenio 169 de la OIT. Las marchas y contramarchas del gobierno en esta materia contribuyen a generar mayor desconfianza, especialmente entre las comunidades campesinas del ande, en cuyos territorios se asientan muchos proyectos mineros (Grupo Propuesta Ciudadana, 2014).

4.3.12 ¿La Ley de Consulta Previa sería un mecanismo de resolución de conflictos mineros?

La Ley de Consulta Previa³⁶ de ninguna manera significa el fin de los problemas entre el Estado y los pueblos indígenas. La historia que los une, o más bien desune, es larga y llena de arbitrariedades como para pretender un fácil final feliz. Por ello, debe ser considerada como una declaración sería de intenciones que permitan construir condiciones democráticas de relación entre ellos. En el intento, sin embargo, se deberán superar números escollos, entre los cuales comienzo por

³⁶ La Ley de la Consulta Previa fue aprobada en Perú en septiembre de 2011 y entró en vigencia en abril de 2012.

mencionar los que provienen de la propia estructura de sociedad peruana, como el autoritarismo y el racismo.

Hay que recordar que la sociedad peruana está marcada por relaciones profundamente autoritarias que vienen desde la colonia. Los patronos y caudillos del pasado han cambiado de apariencia, reemplazando las formas más brutas de botas, fuetes, cepos y caballos, por leyes y discursos que encubren nuevas formas de dominio y atropello contra los pueblos indígenas. El desprecio hacia el otro es ahora expresado mediante decretos como sus instrumentos contundentes.

En la nueva Ley de Consulta los puntos preocupantes es el referido a los “criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios”, que según la norma pueden ser objetivos y subjetivos (Art. 7°). Se pone en manos del Estado (parte que se convierte en juez) la decisión de considerar o no a una colectividad como indígena. Asimismo serán los Ministerios de Energía y Minas, Agricultura, Transporte u otros quienes califiquen la condición de indígenas de los afectados. Las entidades estatales serán también quienes identifiquen si “las propuestas de medidas legislativas o administrativas (...) tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios” (Art. 9°), es decir, si éstas son o no susceptibles de ser consultadas. Otra vez el Estado tiene una cuota de poder exagerado en el proceso de cumplimiento de la consulta.

Respecto a la necesidad de cambios en el estilo de relación entre el gobierno y las organizaciones indígenas, es fundamental que el Estado

capacite a sus funcionarios para hacerles comprender el alcance de los derechos de los pueblos originarios, que son por cierto especiales y rotundos, como que su derecho a la propiedad territorial no lo genera el título sino su condición de originarios, es decir, de estar en estas tierras antes de la formación del Estado. También para que entiendan el carácter transgeneracional de sus territorios, ya que se trata de una heredad recibida de sus antepasados y que deben legar a sus descendientes (Chirif, 2011).

La iniciativa a la apertura de un mayor debate sobre la implementación de la consulta previa es incipientes. El Estado no se esfuerza por impartir el conocimiento y reconocimiento de los Derechos Indígenas sino sigue en el mismo espiral colonial de exclusión porque el sistema, la normatividad, el Estado está basado en otras fuentes precisamente contrarias a encaminar un tejido de comprensión abierta de la sociedad plural y del pluralismo del derecho.

La ley y reglamento de la consulta previa, tiene que ver con un tratamiento constitucional, no encuentra una forma de implementarse, dado que existe aún imprecisiones y vacíos en el contenido de dicha normatividad, hay que crear mecanismos consensuados de diálogo intercultural, hay que impulsar la toma de conciencia de la pluriculturalidad, y asumir el principio y derecho de la consulta previa.

La ausencia de mentalidad constitucionalista y pluralista en los abogados que desconocen sobre interculturalidad y derechos indígenas, obstaculizan una visualización amplia de los conflictos sociales.

Finalmente, hace falta ampliar la comprensión del Neoconstitucionalismo de tipo originario y sus componentes garantistas para dar viabilidad al derecho de la consulta previa (Espezúa, 2016).

La consulta previa forma parte del escenario de riesgo de la gobernabilidad democrática en la medida en que esta se ha convertido en un tema de tensión. Así, lejos de prevenir conflictos, la LCP es un tema de preocupación y discrepancia entre el Estado, el empresario y organizaciones indígenas. Es necesario evitar que la LCP siga siendo un tema de tensión. Esta debe generar confianza, cultura democrática, inclusión, prevención de conflictos y paz social. A pesar de tener vacíos e imprecisiones (Karp-Toledo, 2014).

4.3.13 El análisis de conflictos mineros de concesión en comunidades campesinas de Puno

Las movilizaciones contra las industrias extractivas son impulsadas en parte por la “demanda de derechos” que en general se oponen a la minería y buscan detenerla, en tanto que otras son movidas en parte por la “demanda de servicios”. Las preocupaciones ambientalistas en defensa de la provisión de agua o protección de los campos agrícolas, ejemplifican la categoría de movilizaciones en “demanda de derechos”, el grueso de las cuales se opone a la minería.

La percepción de que se margina y excluye a las comunidades del proceso de toma de decisiones en torno a la gobernanza de los recursos naturales también desencadena protestas importantes y estaría dentro de las “demandas de derechos”. Estas movilizaciones reclaman el derecho a

la consulta previa sobre los proyectos mineros que afectan a los pueblos indígenas. Según Arellanos-Yanguas (2010), el alza de las utilidades también estimula a las comunidades locales a exigir el “cumplimiento de promesas y acuerdos previos que ellos sienten que aún no han sido honrados” o su parte justa de las utilidades de la compañía no han sido distribuidos o revertidos a la población o comunidades (Arce, 2015).

Las principales “demandas de servicios” de la población quechua son las siguientes: a) La fiscalización ambiental de actividades mineras formales e informales que se desarrolla en la zona norte de Puno; b) La participación en las utilidades que genera la explotación de recursos mineros; c) La demanda de empleo local a las empresas minera porque consideran que la población no se beneficia de los recursos que extraen del subsuelo de sus tierras; d) Demanda de compensación por daños ecológicos a la empresa minera; e) Demanda de proyectos productivos a la empresa minera para las comunidades campesinas; f) Demanda de reformulación de Convenio Marco entre empresa minera y autoridades comunales.

Los conflictos gira en torno a la “demanda de servicios” y “demanda de derechos” de las poblaciones campesinas. Para Bebbington (2011), el territorio no es para los indígenas y campesinos-indígenas una mera fuente de recursos mineros y petroleros. Es, ante todo, un espacio de socialización, de producción y reproducción de experiencias que vinculan el mundo humano con el mundo natural y la esfera espiritual, política y económica. Las comunidades campesinas no separan física ni simbólica suelo y subsuelo como si lo regula la legislación minera. La tierra y los

recursos que existen en ella forman un todo inseparable y se considerado sagrado. La manera de entender y explicar el territorio tiene que ver con la cultura de la comunidad campesina.

Las principales “demandas de derechos” en los conflictos mineros de las comunidades campesinas aimaras son las siguientes: a) La demanda de derecho de consulta previa en la concesión minera o petitorio minero; b) Demanda de protección del medio ambiente y tierras comunales frente a las actividades de exploración de las empresas mineras; c) Demanda de suspensión de actividades de la minería informal que afecta el medio ambiente y vida de la comunidad campesina.

En las comunidades campesinas aimaras el conflicto está vinculado con la concesión minera de exploración y el riesgo que podría generar la actividad minera en el medio ambiente y en el acceso a los recursos naturales que impulsa el Estado. Para Quiñones (2011), la participación en la movilización de algunos líderes locales, se basó no solo en demandas ambientales o de conservación de la diversidad sino específicamente en el impacto que puede generar la actividad minera en sus actividades productivas, las cuales no solo sirven de sustento material sino que están ligadas a sus modos de vida y al valor no monetario sino simbólico que se les otorga a la tierra.

Cuadro 10. Derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional

<p>Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).</p> <p>Reglamento, guía metodológica para su aplicación</p>		<p>Según la ley la consulta previa es un proceso de dialogo para obtener el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas sobre una medida legislativa o administrativa que afecte su integridad como pueblo o el ejercicio de sus derechos colectivos, incluyendo la ejecución de proyectos extractivos. Se tendría que dar en un momento posterior al otorgamiento de la concesión y posterior al “acuerdo previo” y antes del inicio de operaciones de exploración o explotación</p> <p>La consulta se inicia cuando la entidad estatal (del sector de la actividad a iniciar, en el caso de la minería es el Minem) anuncia la medida y organiza proceso de diálogo intercultural con las comunidades indígenas a través de un procedimiento regulando en la Ley y su reglamento.</p> <p>Los acuerdos alcanzados son obligatorios para todos.</p> <p>Los aspectos no acordados son decididos en última instancia por el Estado (salvo en aquellos casos en que se requiere necesariamente el consentimiento indígena).</p>
NORMAS INTERNACIONALES		
<p><u>Convenio 169 de la OIT</u></p>	<p>Derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales</p>	<p>Tratado internacional que tiene rango constitucional en el Perú. Reconoce la Necesidad de protección de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas y la especial relación que guardan estos con sus territorios y los recursos naturales. Las acciones que emprendan los Estados parte deberán garantizar el ejercicio de estos derechos fundamentales.</p> <p>Aporta criterios para la identificación de los miembros de estos pueblos: elementos subjetivo (auto identificación) y elementos objetivos (lengua, organización, costumbres, etc.)</p> <p>Prevé mecanismos para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas a través de mecanismos como la consulta previa</p>

Fuente: Minería y movimientos sociales en el Perú, 2013.

4.4 CORRELACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

4.4.1 Para la hipótesis específica I

“La teoría dominialista regalista de la mina es la fuente que sustenta el dominio estatal de los recursos mineros en el Perú y también limita el ejercicio de los derechos colectivos de las comunidades campesinas sobre los recursos mineros.”

Conforme se advierte de la presente investigación la fuente doctrinaria que sustentan el dominio minero peruano es la teoría dominialista regalista. La doctrina señala que el Estado como representante político de la nación es el “propietario absoluto” o el ente que administra los recursos naturales renovables y no renovables existentes en el territorio nacional y la explotación de esta riqueza por medio de terceros o por el propio Estado debe satisfacer las necesidades de la sociedad peruana. La Constitución Política del Perú de 1993 en el artículo 66, El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería D.S. N° 014-92-EM en el artículo II del Título Preliminar, el Código Civil de 1984 en el artículo 954 y otras normas jurídica en materia minera adopta el sistema dominialista que participa del sistema regalista del señorío del Estado. La doctrina tiene su origen en el derecho indiano de la colonia en materia de minería donde el subsuelo y los recursos minerales era propiedad del rey de España y por su extracción se pagaba como tributo el quinto real. Los fundamentos del dominio real de las minas están en las Ordenanzas de Minería de Toledo y de Nueva España. La doctrina es una herencia de la colonia que

continúo aplicándose hasta los inicios de la vida republicana e incluso hoy persiste muchos institutos como regalía minera y otros que son rezagos del derecho indiano aplicado en América Hispánica.

El Código de Minería de 1900 prescribe en el art. 32 lo siguiente: “el gobierno administrativo y económico en materia de Minería corresponde al Poder Ejecutivo por el Ministerio del Ramo, al Consejo Superior de Minería, a las Diputaciones Territoriales y a los funcionarios o autoridades que hagan sus veces”.

La legislación actual mantiene el sistema dominialista. La Constitución Política en su artículo 66, declara que los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica, se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. El Texto Único Ordenado (art. II TP, TUO) reitera la declaración constitucional: Todos los recursos minerales pertenecen al Estado cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

Esta doctrina que sustenta el dominio originario de los recursos minerales por el Estado o el argumento que como representante de la Nación administra los recursos minerales que se encuentran en el suelo y subsuelo constituye para las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales un despojo de sus recursos que se encuentran en el subsuelo y esta es la razón por lo que se rechaza las concesiones mineras otorgadas en los territorios de las comunidades campesinas

generándose conflictos con las empresas concesionarias o las que después de obtener su concesión se dedican a la exploración y explotación minera no teniendo legitimidad social en las poblaciones campesinas. La Constitución Política del Perú como norma fundamental de la sociedad peruana no regula los derechos participatorios de las comunidades campesinas en las utilidades que genera la explotación de los recursos mineros por las empresas concesionarias. Asimismo no regula el derecho de preferencia de la explotación de los recursos mineros en los territorios indígenas u originarios. Las comunidades campesinas sienten que no se benefician de las actividades que desarrollan las empresas mineras. Sus condiciones sociales y económica no han cambiado siguen tal igual como fueron antes de las operaciones mineras lo que contrasta con el desarrollo económico de las compañías mineras.

Los postulados o principios de la teoría dominialista regalista entran en franca contradicción con los intereses de las comunidades campesinas. La barrera importante es la cultura de la población campesina. El Estado sustentado en la fuente doctrinaria dominialista regalista divide la superficie de la tierra ficticiamente a través de una figura jurídica en suelo, subsuelo y sobresuelo para la explotación de los recursos mineros y esta manera de fragmentar legalmente la tierra contraviene la cosmovisión de la población andina donde la tierra y los recursos que contienen forman una unidad inseparable en el que la población andina se encuentra integrada y profundamente relacionada con su territorio.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Sentencias en materia de los derechos de los pueblos indígenas u

originarios deja importante precedente que los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa sobre las medidas administrativas y legislativas que pueden afectar sus derechos sin embargo estas jurisprudencias desarrolladas no han sido aplicadas en nuestro país conforme a los estándares internacionales.

4.4.2 Para la hipótesis específica II

“La concesión minera es un acto administrativo real tanto en su génesis como en sus efectos jurídicos que constituye el Estado a favor del concesionario para el aprovechamiento y utilización de los recursos mineros y no admite el derecho de participación de las comunidades campesinas en la gestión de recursos mineros”.

Conforme se puede advertir de la presente investigación respecto a los vacíos en el procedimiento ordinario para concesiones se tiene en el primer párrafo del artículo 117 que señala que el procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones mineras se establece a través de una jurisdicción nacional descentralizada, a cargo del Registro Público de Minería. Asimismo en el artículo 118 del Capítulo II, en su párrafo primero también se establece que el solicitante deberá presentar el petitorio de la concesión minera ante cualquier Oficina del Registro Público de Minería, o ante la entidad que autorice dicho registro, abonando 10% de una Unidad Tributaria. La omisión de la consulta previa a los propietarios de los terrenos superficiales que son las comunidades campesinas también se tiene en el Reglamento de Procedimientos Mineros: Decreto Supremo

N° 018-92-EM³⁷, Capítulo III (procedimiento ordinario) en el artículo 17 que establece los requisitos y los recibos que debe presentar el petionario que generalmente son compañías mineras, abogados y personas naturales. En este procedimiento no se establece el derecho de consulta o participación de los representantes de las comunidades campesinas que serán afectados por la medida administrativa y en el caso estudiado son propietarios de los terrenos superficiales la mayoría de la población campesina. Ante este vacío en la ley y en su reglamento se ha implementado de manera progresiva y sistemática el otorgamiento de las concesiones mineras que para la región de Puno es de 3193 que ocupan 1 479 396 hectáreas de tierra en los territorios de las comunidades campesinas aimaras y quechuas. Estos hechos jurídicos causaron en las poblaciones aimaras y quechuas un rechazo y posterior conflictos por no haberse implementado la consulta previa en los procedimientos mineros.

La legislación minera no prevé en ninguno de sus artículos el derecho de consulta a las comunidades campesinas considerando que la reserva de los recursos mineros se encuentra en los territorios de las comunidades campesinas. En las 3 193 concesiones mineras otorgadas en la región de Puno no se ha realizado la consulta previa y este vacío en la ley es causa principal de los 14 conflictos vigentes que según la Defensoría del Pueblo son activos, latentes y en estado de observación que en su mayoría se concentran en los territorios de las comunidades campesinas.

³⁷ El Peruano: 08.09.92, D.S. N° 084-2007-EM, 1° D.T. Vigencia de las normas modificatorias.

4.4.3 Para la hipótesis específica III

“La omisión de consulta previa en el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras y su posterior explotación con impactos negativos de los territorios de las comunidades campesinas son las causas principales de los conflictos mineros en la región de Puno.”

La hipótesis que aquí se plantea es que en el procedimiento ordinario de otorgamiento de concesión minera no participa los representantes de las comunidades campesinas como actores en la gestión de los recursos mineros. Tampoco intervienen en la toma de decisiones constituyéndose en la causa principal de los conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno, lo que se corrobora con los informes de la Defensoría del Pueblo que monitorea los conflictos sociales: siete activos, cuatro latentes y uno en estado de observación. Las principales normas mineras que generan conflictos en las comunidades campesinas son el régimen de concesiones, procedimiento y actividades mineras y la falta de consulta previa de las concesiones otorgadas en los territorios de las comunidades campesinas.

Otra causa del conflicto social de las comunidades campesinas son las actividades de la minería informal e ilegal que se desarrolla en las concesiones de los titulares mineros quienes alquilan su concesión a los mineros informales. La minería informal como se explica en el trabajo vierten residuos sólidos que contaminan los ríos y ecosistemas frágiles, la salud de la población y el desarrollo de las actividades agrícolas y ganaderas de las poblaciones que viven en las riveras adyacente de los

ríos importantes de la región de Puno. Este es el caso de los ríos Suches y Ramis. Los componentes de actividades mineras informales se concentran en la provincia de San Antonio de Putina con 1 714 unidades de producción minera informal, seguido de la provincia de Sandia con 1 041 y Carabaya con 595.

Las concesiones mineras sea de exploración y explotación tienen impactos negativos en la zona norte de Puno donde se concentra importante población quechua que rechazan en su condición de propietarios de terrenos superficiales la explotación minería por lo que se organizaron en Comités y Frentes de Defensa para impedir el avance la minería que compite por los mismos recursos como es el agua. En los espacios donde no se practica la agricultura pero sí las actividades extractivas, las poblaciones campesinas demandan a las empresas mineras oferta de trabajo y renegociación de tierras con las compañías mineras. Las comunidades campesinas quechuas compiten por el mismo recurso agua con las compañías mineras que también necesita para sus actividades de explotación. El agua es fundamental para agricultura de subsistencia y eso se expresa en los conflictos mineros de las comunidades campesinas quechuas (Ayaviri, Azángaro, Lampa y San Antonio de Putina) y comunidades aimaras (Chucuito y Huancané). Las actividades mineras son percibidas como un riesgo para la subsistencia de la población campesina y su medio ambiente. Los actores del conflicto son las comunidades campesinas propietarios de los terrenos superficiales y las empresas mineras dedicadas a la exploración y explotación de minerales.

CONCLUSIONES

- Se ha determinado que la fuente doctrinaria que sustentan el dominio minero peruano es la doctrina dominialista regalista. Este sistema argumenta que todos los recursos minerales existentes en el territorio nacional es patrimonio de la nación y para su explotación es el Estado quién las entrega mediante la regla denominada “concesión” a personas naturales o jurídicas. El sistema separa con regímenes legales propios la superficie del yacimiento minero. Esta fragmentación del territorio para fines de extracción minera colisiona con la cultura de las comunidades campesinas.
- El ordenamiento jurídico minero no reconoce a las comunidades campesinas la titularidad de los recursos minerales que se encuentran en el subsuelo. Tampoco regula los derechos de participación directa en las utilidades que genera la explotación de los recursos mineros conforme exige el Convenio 169 de la OIT, en el artículo 15.2 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas en el artículo 26.2.

- La concesión minera es un procedimiento administrativo en el que destaca como actores del proceso el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET) representando al Estado peruano y el solicitante que son personas jurídicas y naturales que tienen intereses en la exploración y explotación de los recursos mineros.
- El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesión minera es casi automático, solo requiere cumplir los requisitos que exige la legislación minera en materia de concesión y el pago de derechos de concesión. Es irrelevante la participación y la consulta previa de las organizaciones campesinas en el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras.
- Analizando la ley y Reglamento de Procedimiento Ordinario Minero se ha determinado que en su contenido normativo no se encuentra regulado la consulta previa a las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales que serían afectados por las medidas administrativas.
- El crecimiento acelerado de las concesiones crea situaciones de conflictividad social. En Puno se otorgaron 3 193 concesiones mineras sin haberse implementado el derecho de consulta previa. De este total, 2 750 concesiones se ubican en las comunidades campesinas quechuas concentrando 1 198 526 hárs de tierra, y 443 concesiones se sitúan en las comunidades aimaras concentrando 280 871 hárs de tierras para actividades de exploración y explotación minera.

- La omisión de consulta previa en los procedimientos mineros ha desencadenado doce conflictos sociales. De este total, cinco son conflictos activos, dos latentes y uno en estado de observación las que se focalizan en las comunidades campesinas quechuas, y dos conflictos activos y dos latentes se concentran en las comunidades campesinas aimaras. Las poblaciones campesinas afectadas por la minería demandan derecho de consulta y derecho de participación en las concesiones mineras otorgadas por el Estado peruano.

RECOMENDACIONES

- Reforma institucional y legal en procedimientos mineros para que las comunidades campesinas propietarias de los terrenos superficiales tengan un auténtico derecho de consulta y participación que exigen los estándares del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.
- El gobierno nacional y regional debe reformar la legislación minera recogiendo las experiencias del sistema concesional de los países vecinos donde existen importantes pueblos indígenas a fin de adecuarlas a la realidad de las comunidades campesinas.
- El Estado a través de la Defensoría del Pueblo y de la Oficina de Diálogo Nacional y Sostenibilidad debe visibilizar la conflictividad social de las comunidades campesinas a través de la incorporación de la categoría conflicto en comunidades en las tipologías de conflictos sociales. Y monitorear los conflictos sociales en comunidades campesinas que tengan como parte del pliego o demanda la consulta previa.

- El Ministerio del Ambiente debe fortalecer los procesos participativos en casos de concesiones extractivas, teniendo como requisito de inicio de operación, la aprobación de Estudio de Impacto Ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- Andaluz, C. (2011). *Manual de derecho ambiental*. Lima: IUSTITIA.
- Aranzamendi, L., & Huamán, J. (2015). *Minería: potencialidad, problemática, derecho y legislación*. Lima: GRIJLEY.
- Arce, M. (2015). *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. Lima: PUCP.
- Arguello, L. R. (2011). *Manual de derecho romano: Historia e instituciones* (3° ed.). Buenos Aires: ASTREA.
- Baldeón, J. F. (Agosto de 2009). *Apuntes de historia del derecho minero peruano*. Santa Fe, Argentina.
- Baldeón, J. F. (2016). *Tratado de derecho minero peruano*. Lima: Jurista.
- Basadre, J. (1996). *Derecho minero peruano* (6° ed.). Lima: GRIJLEY.
- Bastos, M., Calixto, I., Canales, C., Cuno, H., Indacochea, Ú., & León, J. (2012). *Diccionario de derecho constitucional contemporáneo*. Lima: Gaceta jurídica.

- Bebbington, A. (2009). Actores y ambientalismos: Conflictos socio-ambientales en Perú. *Íconos*(35), 117-128.
- Bebbington, A. (2011). *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales*. Lima: IEP.
- Belaunde, M. (2011). *Derecho minero y concesión*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Bernuy, O. H. (Miércoles de 30 Noviembre de 2016). Petitorios para exploración bajan, ¿hay que preocuparse? *Gestión*, págs. 6-6.
- Cadarso, P. L. (2001). *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Madrid: XXI.
- Calafell, J. (1996). Teoría general de la concesión. *Jurídica anuario de derecho de la universidad iberoamericana*(26), 215-228.
- Capurro, F. (2011). Conflictos socioambientales, una tarea pendiente en el Perú. *ADVOCATUS*(25), 109-115.
- Catalano, E. (1999). *Curso de derecho minero*. Buenos Aires: Zavalia.
- Chamané, R. (2012). *Diccionario jurídico moderno* (8° ed.). Arequipa: ADRUS.
- Código Civil*. (2013). Lima: Jurista.
- Cooperación. (2011). *La presencia territorial de la minería y los proyectos en las fronteras peruanas* . Lima .
- Defensoría del pueblo. (2015). *Conflictos sociales y recursos hídricos N°001*. Lima: Serie de informes y adjuntía.
- Defensoría del Pueblo. (2016). *Reporte de conflictos sociales N°150*. Lima: Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad.
- Forno, X. (2009). El título minero como acto administrativo habilitante. *Revista de derecho administrativo*(8), 47-62.

- Franciskovic, M. (2009). *Derecho minero*. Lima: UIGV.
- Franciskovic, M., & Ipenza, C. (2015). *Derecho minero y el medio ambiente: Doctrina, procedimientos y legislación actualizada*. Lima: GRIJLEY.
- Galvis, M., & Ramírez, Á. (2013). *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Washington: DPLF.
- García, G. (1989). *Apuntes de derecho minero común*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Gherzi, E. (18 de Enero de 2007). ¿Quién es el dueño del subsuelo? Guatemala, Guatemala. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=lqMdWzEB0i0>.
- Grupo Propuesta Ciudadana . (2014). *Concesiones mineras en el Perú: Análisis y propuestas de política*. Lima: Grafica.
- Instituto Geológico Minero y Metalúrgico. (30 de Agosto de 2016). www.ingemmet.gob.pe. Lima: Ingemmet. Obtenido de www.ingemmet.gob.pe: <http://geocatmin.ingemmet.gob.pe/geocatmin/index.html>
- Karp-Toledo, E. (2014). *El Perú invisible: En busca de los derechos indígenas en tiempos de democracia y globalización*. Lima: Planeta.
- Lamadrid, A. (2011). *Derecho ambiental contemporáneo: crisis y desafío*. Lima: Legales.
- Leyva, A. (2015). *Concesiones y el derecho a la información*. Lima: SER.
- Martinez, H. (2010). La concesion minera: Derecho a la explotación de los recursos de la Nación. *Advocatus*(21).

- Oficina de comunidades campesinas DRA-Puno. (2015). *Directorio de comunidades campesinas tituladas del Perú*. Puno: Área de comunidades campesinas.
- Organización Internacional del Trabajo. (2010). Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales. *Arusa*, 3-31.
- Panfichi, A. (2014). *Régimen político y conflicto social en el Perú, 1968-2011: En conflicto social en los andes-protestas en el Perú y Bolivia*. Lima: PUCP.
- Pulgar, M. (2001). *Recursos naturales y lucha contra la pobreza: ¿una articulación posible? una aproximación desde el derecho ambiental y el concepto de sostenibilidad*. Lima: SEPIA.
- Quiñones, P. (2011). *Municipalidades distritales rurales del altiplano: los nudos de la política local*. Lima: SER.
- RAE. (1984). *Diccionario de la lengua española. 20a.ed.* Madrid, España: Espasa cape.
- Roel, L. A. (2011). *El medio ambiente y los recursos naturales: en manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Justicia viva.
- Rubio, M. (2012). *Para conocer la Constitución (3° ed.)*. Lima: PUCP.
- Salazar, E. (2014). La concesión minera y el derecho de aprovechamiento: buscando un equilibrio entre lo público y lo privado. *Derecho y sociedad*, 363-371.
- Shiva, V. (1997). *Recursos: diccionario del desarrollo*. Cochabamba: CAI.

- Silva, G. (diciembre de 2008). La teoría del conflicto: Un marco teórico necesario. *Prolegómenos: Derechos y valores*(22), 29-43.
- Soria, C. (2014). ¿Cómo superar los conflictos sociambientales?: El enfoque de los derechos humanos y el aporte de la ley de consulta previa en la participación normativa y administrativa de los ciudadanos/Pueblos indígenas en la gestión de los recursos naturales. *Derecho y sociedad*(42), 25-43.
- Stavenhagen, R. (2010). La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas. *Observatorio pueblos indígenas*(1), 61-99.
- Tejada, J. T. (2004). El dominio originario sobre los recursos minerales. *Jurídica, suplemento de analisis legal del diario oficial El Peruano*, 6-7.
- Tejada, J. T. (2014). Régimen legal de la titulación minera en el Perú. *Derecho y Sociedad*, 289-310.
- Velarde, C. (1919). *Historia del derecho de minería hispano americano*. Buenos Aires: Rosso .
- Vergara, A. (1989). Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras. *Revista chilena de derecho*, 777-796.
- Vildósola, J. (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en américa latina y el Caribe* . Caracas: Latina C.A. .



ANEXOS

Anexo 1. Proyecto de ley “derecho de las comunidades originarias”³⁸**TÍTULO I****Disposiciones generales****Artículo 1°.- Objetivo de la Ley**

La presente Ley establece el régimen legal, funcionamiento, derechos y obligaciones mínimos de las comunidades originarias dentro del marco de la Constitución Política del Perú y de los Convenios Internacionales suscritos por el Estado.

Dichas comunidades tendrán la condición de pueblos originarios en la medida que reúnan las características establecidas en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y se reconozcan a sí mismas como tales, conforme a la legislación sobre la materia.

Artículo 2°.- Finalidad de la Ley

La finalidad de la presente Ley es promover el desarrollo integral de las comunidades originarias del Perú.

Artículo 3°.- Definiciones

Para efectos de esta Ley se entiende como comunidades originarias:

- a) Comunidades campesinas.- Organizaciones sociales, integradas por familias que habitan y controlan un territorio, vinculadas generalmente por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua y el desarrollo de actividades agropecuarias y multisectoriales, asentadas predominantemente en la costa y sierra.

³⁸ Proyecto de ley elaborado a partir de la propuesta de AIDSESEP – CONAPA – CCP - CNA.

- b) Comunidades nativas.- Organizaciones sociales que tienen su origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva, constituidas por conjuntos de familias vinculadas por idioma o dialecto, elementos culturales y sociales, tenencia y uso común y permanente de un territorio, con asentamiento nucleado o disperso.
- c) Pueblos indígenas en aislamiento voluntario.- Son todos aquellos grupos poblacionales indígenas de tamaño variable, que no han desarrollado relaciones sostenidas con la población no indígena o que, habiéndolas mantenido con anterioridad, han optado por no continuarlas.

Artículo 4°.- Reconocimiento histórico

El Estado reconoce la existencia legal y personalidad jurídica de los pueblos originarios cuyos orígenes son anteriores a la formación de la república peruana.

TÍTULO II

Derechos colectivos de las comunidades originarias

Artículo 5°.- Derechos de las comunidades originarias

Son derechos colectivos de las comunidades originarias:

- a. Su reconocimiento jurídico;
- b. La autonomía;
- c. Su identidad cultural;
- d. El empleo de su idioma y la educación intercultural bilingüe;
- e. El derecho a la tierra;
- f. El derecho a utilizar los recursos naturales existentes en su territorio para su beneficio.

- g. El derecho a la propiedad intelectual sobre sus recursos y sabiduría tradicional.

Artículo 6°.- Reconocimiento jurídico

El Estado reconoce la existencia legal de las comunidades originarias.

Artículo 7°.- Derecho a la autonomía

Las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a regular sus propias formas de organización social, económica, cultural y espiritual, así como para aplicar su derecho consuetudinario, de acuerdo a la Constitución y la presente Ley.

Artículo 8°.- Derecho a la identidad cultural

Las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a su identidad cultural, entendida como el derecho a preservar, expresar y desarrollar libremente su propia cosmovisión.

Son derechos a la identidad cultural de los miembros de las comunidades:

- a. Emplear el nombre propio en su idioma y a su inscripción fiel en los registros civiles.
- b. Usar su idioma para garantizar que sus derechos o que su libertad de expresión no quede restringida por razones lingüísticas.
- c. Contar con procedimientos legales y administrativos adaptados a su condición cultural propia.
- d. Profesar sus creencias religiosas.
- e. Conservar su identidad familiar y al matrimonio tradicional.
- f. Educarse de acuerdo a su cultura, con enfoque intercultural.

El Estado reconoce y promueve el derecho de sus miembros a elegir y ser elegidas como dirigentes de sus organizaciones y participar con poder de decisión, a todo nivel.

Artículo 9°.- Derecho al idioma y la educación bilingüe

El Estado garantiza el uso de la lengua quechua, aymara y las lenguas amazónicas como oficiales en los territorios de las comunidades originarias, las mismas que serán empleadas en las actuaciones y procedimientos administrativos, judiciales y políticos, reconociendo que el idioma forma parte sustancial de su personalidad e identidad. Por tanto, el Estado:

- a. Garantiza que los elementos y valores culturales de las comunidades se incorporen en los planes y programas curriculares de los Centros Educativos a los que pertenecen.
- b. Impulsa la enseñanza en el propio idioma de las comunidades.
- c. Otorgará becas a los estudiantes de las comunidades originarias en las Universidades Nacionales e Institutos Superiores del Estado.

Artículo 10°.- Derecho a la tierra

El Estado garantiza el derecho de propiedad de los miembros de las comunidades originarias sobre las tierras que ocupan y recursos naturales que aprovechan en su territorio.

Artículo 11°.- Derecho a utilizar los recursos existentes en su territorio

Las comunidades originarias tienen derecho a utilizar en forma gratuita los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios.

Artículo 12°.- Derecho a la propiedad intelectual y de conocimientos colectivos

Las comunidades originarias tienen derecho a la propiedad de sus conocimientos colectivos, de los elementos biogenéticos y recursos naturales que se encuentran en sus territorios, así como a las nuevas variedades vegetales creadas por ellos.

TÍTULO III**De las comunidades originarias****CAPÍTULO I****DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS****Sub Capítulo I****Normas Generales sobre las Comunidades Originarias****Artículo 13°.- Definición de Comunidad Originaria**

Las comunidades originarias son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinado territorio, ligadas por vínculos sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal del territorio, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades económicas, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y el desarrollo de su ámbito local.

Constituyen también territorios comunales todos los sectores o anexos en los que se encuentran ubicados grupos de familias de comuneros con carácter permanente y reconocido por la Asamblea General de la comunidad.

Artículo 14°.- Competencia de las comunidades originarias

Las comunidades originarias son competentes para:

- a) Formular y ejecutar sus planes de desarrollo integral: agropecuario, artesanal e industrial, promoviendo la participación de los comuneros;
- b) Regular el acceso al uso del territorio y otros recursos por parte de sus miembros;
- c) Establecer las áreas de los centros poblados y los destinados a uso agrícola, ganadero, forestal, de protección y otros;
- d) Promover la forestación y reforestación en tierras de aptitud forestal;
- e) Organizar el régimen de trabajo de sus miembros para actividades comunales y familiares que contribuyan al mejor aprovechamiento de su patrimonio;
- f) Concertar con organismos públicos y privados, los servicios de apoyo a la producción y otros, que requieran sus miembros;
- g) Constituir empresas comunales, multicomunales y otras formas asociativas;
- h) Administrar justicia en sus territorios dentro del marco constitucional vigente y sus estatutos;
- i) Las demás que señale el Estatuto de la Comunidad.

Sub Capítulo II

De los Comuneros Originarios

Artículo 15°.- Comuneros

Son comuneros y comuneras los nacidos en la comunidad originaria, los hijos de comuneros y las personas integradas a la comunidad.

Se considera comunera o comunero integrado:

- a) Al varón o mujer que conforme pareja estable con un miembro de la comunidad;
- y,

- b) Al varón o mujer, mayor de edad, que solicite ser admitido y sea aceptado por la comunidad.

Artículo 16°.- Derechos y deberes de los comuneros

Todos los comuneros y comuneras tienen derecho a hacer uso de los bienes y servicios de la comunidad en la forma y con los requisitos que establezca el Estatuto y los acuerdos de la Asamblea General. Tiene además, el derecho a participar con voz y voto en las Asambleas Generales, así como a elegir y ser elegidos para cargos propios de la comunidad, promoviendo la participación de la mujer y la equidad de género.

Sub Capítulo III

Régimen Administrativo

Artículo 17°.- Órganos de las comunidades originarias

Son órganos de gobierno de la comunidad originaria:

- a) La Asamblea General;
- b) La Directiva Comunal; y
- c) Los Comités Especializados por actividad y Anexo.

Artículo 18.- La Asamblea es el órgano máximo de la comunidad originaria

La Asamblea General es el órgano supremo de la comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada comunidad. El Estatuto puede contemplar el funcionamiento de Asambleas Generales de Delegados, respetando la proporcionalidad.

Artículo 19°.- Atribuciones de la Asamblea General

Son atribuciones de la Asamblea General:

- a) Aprobar, reformar e interpretar el Estatuto de la comunidad;
- b) Elegir y remover por causales previstas como falta grave en el Estatuto de la comunidad a los miembros de la Directiva Comunal y de los Comités Especializados;
- c) Aprobar el Presupuesto Anual de la comunidad y el Balance General del Ejercicio con el informe de un Comité Especializado;
- d) Acordar la Constitución de Empresas Comunales;
- e) Acordar la participación de la Comunidad como socia de Empresas Multicomunales y de otras empresas del Sector Público y/o asociativo, así como el retiro de la comunidad de estas empresas;
- f) Autorizar las solicitudes de créditos y la celebración de contrato de endeudamiento con la banca y entidades financieras nacionales y extranjeras;
- g) Aprobar las solicitudes de integración de nuevos comuneros a la comunidad, con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros;
- h) Aprobar el Plan de Desarrollo Comunal, definiendo sus prioridades;
- i) Constituir, cuando lo considere necesario, Comités Especializados;
- j) Aprobar el arrendamiento, cesión, hipoteca y en general cualquier forma de disposición de las tierras comunales;
- k) Constituirse en una instancia de administración de justicia dentro del marco del artículo 149° de la Constitución;
- l) Elegir al Comité Electoral;

- m) Elegir al Agente Municipal; y,
- n) Proponer candidatos a la autoridad competente para la elección de los Jueces de Paz, así como para el nombramiento de Gobernador y Teniente Gobernador en su jurisdicción;
- o) Ejercer las demás atribuciones de su competencia, previstas en la presente ley, en el Estatuto de la comunidad, así como las facultades que expresamente le confieren otras normas legales.

Artículo 20°.- Conformación de la Directiva Comunal

La Directiva Comunal es el órgano responsable del gobierno y administración de la comunidad; está constituida por un Presidente, Vicepresidente y cuatro Directivos como mínimo. Las Directivas Comunales estarán compuestas de por los menos el 30% de comuneras y serán elegidos por un periodo máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un periodo igual.

Artículo 21°.- Requisitos para ser miembro de Directiva Comunal

Para que un comunero o comunera pueda ser elegido miembro de la Directiva Comunal se requiere:

- a) Gozar del derecho de sufragio;
- b) Estar inscrito en el Padrón Comunal;
- c) Dominio del idioma nativo predominante de la comunidad; y,
- d) Encontrarse hábil de conformidad con los derechos y deberes señalados en el Estatuto de la comunidad.

Artículo 22°.- Responsabilidad de los miembros de la Directiva Comunal

Los miembros de la Directiva Comunal son responsables individualmente de los actos violatorios de la presente ley y del Estatuto de la comunidad en el ejercicio de su cargo; y solidariamente por las resoluciones y acuerdos adoptados, a menos que salven expresamente su voto, lo que debe constar en acta.

TÍTULO IV**Del Territorio y los recursos Naturales****CAPÍTULO I****DEL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS****Artículo 23°.- Del territorio comunal**

El territorio de las comunidades originarias es la superficie terrestre, el subsuelo y el espacio aéreo comprendido dentro de los límites que señala el título de propiedad respectivo y que cubre la totalidad del hábitat que la comunidad utiliza.

Artículo 24°.- De las tierras de las comunidades

Las tierras de las comunidades originarias están integradas por:

- a) Las tierras originarias de la comunidad, es decir, las que indican sus títulos y a falta de éstos, los que la comunidad viene poseyendo.
- b) Las adjudicadas dentro del proceso de reforma agraria o adquiridas a título gratuito u oneroso, de acuerdo a la legislación común.

Artículo 25°.- Naturaleza jurídica de las tierras comunales

Las tierras de las comunidades originarias tienen el carácter de imprescriptibles conforme a la Constitución Política del Perú. Sólo pueden ser expropiadas por causa de necesidad pública, previo pago en efectivo a valor de mercado.

Artículo 26°.- Actos de disposición sobre tierras comunales

Las comunidades podrán disponer, gravar, arrendar, realizar transacciones o conciliaciones sobre tierras comunales con aprobación de la asamblea general que reúna a no menos de las dos terceras partes de sus miembros hábiles y el voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes.

Artículo 27°.- Reversión de parcelas a la comunidad

Revierten a la comunidad originaria las parcelas otorgadas en usufructo a los comuneros que injustificadamente abandonaron por más de tres (03) años.

Artículo 28°.- Preferencia para adquirir territorios colindantes

Las comunidades originarias tienen preferencia para adquirir las tierras colindantes en caso de venta o dación en pago. El propietario que desee transferirlas, deberá ofrecerlas previamente a la comunidad mediante aviso notarial, la que tendrá un plazo de sesenta días naturales para ejercer su derecho.

Artículo 29°.- De la solicitud de titulación de tierras comunales

Las comunidades originarias que careciera de títulos de las tierras que posee, o tuviere títulos de propiedad inscritos en los Registros Públicos sin el correspondiente plano de conjunto o advirtiere disconformidad entre el área real y el que indican sus títulos o éstos fueren imprecisos en cuanto a sus linderos, medidas perimétricas o extensión superficial de sus tierras, solicitará a la Dirección Regional Agraria el levantamiento del plano definitivo de las tierras de la comunidad, ofreciendo las pruebas de la posesión y los títulos de propiedad.

CAPÍTULO II

DE LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 30°.- Derecho preferencial al aprovechamiento de recursos naturales

Las comunidades originarias tienen derecho de preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras en concordancia con lo previsto en las leyes especiales, respetando los derechos de terceros legalmente establecidos a la fecha de dación de esta Ley. El Estado otorgará cuando corresponda las respectivas concesiones u otros títulos para su aprovechamiento con derechos de participación de las utilidades que genera la explotación de los recursos naturales.

Artículo 31°.- Explotación de recursos naturales en participación con terceros

En el caso de que una comunidad originaria no esté en condiciones de explotar directamente cualquiera de los recursos naturales existentes en su territorio, podrá constituir empresas con terceros en las que su participación estará de acuerdo con el volumen de la producción, el uso de los recursos o de cualquier otra forma consensual que guarde justa proporción con sus aportes.

Artículo 32°.- Concesión de recursos naturales a terceros

Si determinado recurso natural no es aprovechado por la comunidad, la explotación del recurso será otorgado en concesión por el Estado, en cuyo caso, antes de autorizar cualquier concesión de actividades mineras o de hidrocarburos, de aprovechamiento de bosques u otros recursos naturales ubicados en territorios comunales, previamente deberá consultarse a la comunidad indígena, a fin de establecerse si sus intereses serán perjudicados.

En todos los casos, se fijará una indemnización a favor de la comunidad por los daños que pudieran causar las actividades de explotación, independientemente de las responsabilidades derivadas de daños ambientales u otros.

Artículo 33°.- Procedimiento de consulta previa

La consulta previa sobre la referencia del artículo anterior se realizará en el marco de la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785 y su reglamento.

Artículo 34°.- Investigación y aprovechamiento de la biodiversidad

Las comunidades originaria pueden desarrollar actividades de aprovechamiento sostenible e investigación de los recursos naturales y de la diversidad biológica existente en sus territorios, por ellos mismos o asociados con terceros. Para tal efecto, se requerirá de la celebración de acuerdos específicos que deberán coordinar con la autoridad competente del Estado, en los que se garantizará la propiedad intelectual colectiva a favor de la comunidad. El Estado establecerá el registro correspondiente en forma descentralizada y simplificada.

Artículo 35°.- Actividades ecoturísticas

El Estado y las instituciones privadas cooperarán en la promoción del turismo en las áreas en las que se asientan las comunidades indígenas en el marco del respeto a las culturas y de preservación del medio ambiente y el manejo sostenible de los recursos naturales.

TÍTULO V**Del Desarrollo Económico Sustentable****Artículo 36°.- Formas de actuación empresarial de comunidades originarias**

Las comunidades originarias pueden ejercer su actividad empresarial bajo la modalidad siguiente:

- a) Empresas Comunales;

- b) Empresas Multicomunales; y
- c) Participando como socias en empresas del Sector Publico, Asociativo o Privado.

Artículo 37°.- Empresas comunales

La comunidad promoverá la organización empresarial de sus comuneros. Cuando todos los comuneros participan en la empresa bastará la personería jurídica de la comunidad para realizar actividades económicas. El Reglamento determinará su régimen de organización y funcionamiento.

Artículo 38°.- Empresas multicomunales

Las Empresas Multicomunales son personas jurídicas de derecho privado, de responsabilidad limitada, cuyas participaciones son de propiedad directa de las comunidades socias. Son autónomas en lo económico y administrativo. Se constituyen para desarrollar actividades económicas de producción, distribución, transformación, industrialización, comercialización de bienes y servicios requeridos por las necesidades del desarrollo comunal.

Artículo 39°.- Adquisiciones de bienes exonerados de tributos

Las importaciones de bienes de capital como maquinarias, equipos, herramientas, así como los insumos, envases y otros bienes, que efectúan las comunidades originarias y las Empresas Comunales, Multicomunales y otras formas asociativas para el desarrollo de sus actividades productivas, están exoneradas del pago de impuestos, derechos de importación, tasas y tributos, siempre que no compitan con la industria nacional.

Artículo 40°.- Inafectación tributaria a la propiedad predial

Las tierras comunales están exentas de todo tributo creado o por crearse que grave la propiedad predial.

Artículo 41°.- Actividades asociativas y empresariales

Las comunidades originarias promoverán la realización de actividades económicas en forma asociativa o empresarial por sus integrantes.

Artículo 42°.- Inversión del Estado, asistencia técnica y financiera

El Estado a través de los diferentes sectores y de los Gobiernos Regionales y Locales, implementará programas de asistencia técnica que atiendan preferentemente a las comunidades originarias facilitando el establecimiento de líneas de financiamiento especial.

Artículo 43°.- Promoción de la inversión privada

El Estado y los Gobierno Regionales y Locales promoverán las inversiones de los particulares para el aprovechamiento sostenible de los recursos y potencialidades de las comunidades originarias pudiendo otorgar los avales y garantías del caso.

Artículo 44°.- Fondo de Fomento de Desarrollo de las Comunidades Originarias

Créase el Fondo de Fomento de Desarrollo de las Comunidades Originarios (FONDECO) cuyos objetivos son:

- a. Brindar apoyo financiero descentralizado al desarrollo económico integral y sostenible de las comunidades originarias.
- b. Administrar líneas de crédito para financiar las actividades de investigación, producción, transformación y comercialización que realicen las comunidades originarias.

Artículo 45°.- Recursos económicos del FONDECO

Constituyen recursos del Fondo:

- a. Los asignados en el Presupuesto Nacional de la República.

- b. Las donaciones y legados que se hagan a su favor.
- c. Los provenientes de la cooperación técnica y financiera nacional o internacional.
- d. Los provenientes de los presupuestos y fondos de la descentralización y transferencia a los gobiernos regionales y locales.
- e. Los provenientes de los recursos destinados por el Estado, las regiones, municipios y particulares a la reposición y conservación de recursos naturales renovables y no renovables o los que se obtenga de las sanciones por infracción a las normas de aprovechamiento de recursos naturales.

Artículo 46°.- Administración del FONDECO

El FONDECO será administrado por un Directorio conformado por representantes de las organizaciones de las comunidades originarias.

TÍTULO VI

De la Autonomía, Organizaciones Representativas y Gobierno de las Comunidades Originarias

Artículo 47°.- De la participación de las comunidades originarias

El Estado reconoce y promueve la plena y libre participación de las comunidades originarias en la toma de decisiones respecto a políticas, leyes y programas que los involucren directa o indirectamente.

Artículo 48°.- Participación política

El Estado reconoce el derecho de las comunidades originarias a participar en la vida política de los Gobiernos Locales, Regionales y de la República. La legislación electoral considerará la incorporación de representantes de dichas comunidades en proporción a la población comunera existente en los ámbitos distrital, provincial y regional.

Artículo 49°.- Rol promotor de las municipalidades

Corresponde a las municipalidades provinciales canalizar los recursos financieros destinados al desarrollo de las Comunidades, para lo cual se tomará como base los Planes de Desarrollo Comunales.

En las municipalidades provinciales ubicadas en zonas con presencia importante de Comunidades originarias, un porcentaje no menor del 15% del presupuesto municipal se deberá orientar hacia la ejecución de obras en el ámbito de las comunidades originarias.

Artículo 50°.- Comunidad y gobierno local

En caso que la comunidad sea al mismo tiempo municipalidad de centro poblado la Directiva Comunal podrá ejercer el gobierno municipal.

TÍTULO VII**Del Marco Administrativo****Artículo 51°.- Del Instituto Nacional de Desarrollo y Promoción de las Comunidades Originarias**

Créase el Instituto Nacional de Desarrollo y Promoción de las Comunidades Originarias (INDEPCO) como organismo público descentralizado multisectorial, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía técnica, administrativa y económica.

El INDEPCO tendrá la capacidad de definir y de ejecutar políticas en materia de promoción del desarrollo de comunidades originarias o pueblos originarios.

Artículo 52°.- Funciones del Instituto Nacional de Desarrollo y Promoción de las Comunidades Originarias

El INDEPCO como organismo promotor del desarrollo integral de las comunidades originarias tiene las funciones siguientes:

- a. Formular la política nacional de desarrollo de las comunidades originarias.
- b. Promover el reconocimiento y respeto de las comunidades originarias.
- c. Planificar y programar en el ámbito nacional, regional y local programas y proyectos orientados al desarrollo de las comunidades originarias.
- d. Captar y canalizar los recursos económicos destinados al desarrollo de las comunidades originarias.
- e. Concertar, articular y coordinar las acciones de apoyo, fomento, capacitación y asistencia técnica, de las entidades públicas y privadas en beneficio de las comunidades originarias.
- f. Cautelar el adecuado cumplimiento de la Constitución y demás normas referidas a las comunidades originarias.
- g. Promover la adecuada explotación de las tierras de las comunidades originarias y promover su equilibrio ecológico.
- h. Cautelar y asumir la defensa de los derechos sobre sus tierras y recursos naturales, así como promover la conciliación entre las comunidades originarias en los casos que se requiera.
- i. Mantener un registro de base de datos actualizado de las comunidades originarias, así como un registro de sus territorios tierras.

- j. Proponer al Congreso de la República proyectos de reformas legales y administrativas necesarias para proteger los derechos de las comunidades originarias y velar por el cumplimiento de la presente ley.
- k. Las demás que le asignen las leyes.

Artículo 53°.- Conformación del Instituto Nacional de Desarrollo y Promoción de las Comunidades Originarias

Créase el INDEPCO tendrá un Consejo Consultivo en el que participarán representantes de las organizaciones de comunidades originarias y la Defensoría del Pueblo.

TÍTULO VIII

Del Derecho Consuetudinario y Administrativo de Justicia comunitaria

Artículo 54°.- Jurisdicción Comunal

El Estado reconoce jurisdicción a las autoridades de las comunidades originarias para ejercer su propio derecho y administrar justicia dentro de su territorio, de acuerdo a su cultura y costumbres, con respeto de los derechos fundamentales.

Las comunidades originarias son competentes para:

1. La conciliación y la solución de toda controversia donde las partes puedan disponer de sus derechos, salvo delitos o asuntos que sean competencia del Poder Judicial o no puedan intervenir por mandato de la Ley.
2. Excepcionalmente, y por acuerdo de las partes, resuelven asuntos sobre posesión de tierras y hurto de ganado que no revisten gravedad, prestación de alimentos que competan a los jueces de Paz, así como casos de violencia familiar y faltas en agravio de la persona y el patrimonio.
3. Prevenir todo tipo de delitos, faltas y daños al medio ambiente.

4. Remitir al Ministerio Público o a la Policía Nacional, según sea el caso, a los agentes activos del delito capturados por comuneros o ronderos que hayan sido sorprendidos perpetrando la infracción o sean requeridos por las autoridades.
5. Procederán a la recuperación de los bienes producto del ilícito cometido, en su caso, remitirlos a las autoridades respectivas o devolverlos a sus propietarios dejando constancia en Acta.
6. Diligenciar exhortos y oficios remitidos por las autoridades judiciales, policiales o el Ministerio Público, pudiendo delegar esta función a los Ronderos.
7. Ejecutar las conciliaciones y decisiones conforme a sus normas.
8. Conocer los casos que el derecho consuetudinario contemple.

Artículo 55°.- Derecho Consuetudinario

El derecho consuetudinario está conformado por el sistema de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres que los miembros de las comunidades originarias consideran legítimos y obligatorios y les permite regular la vida social, el orden comunal y establecer derechos y deberes.

Artículo 56°.- Información y Difusión del Derecho Consuetudinario

El Estado desarrollará acciones de difusión de la cultura y el derecho consuetudinario, en el ámbito nacional, para promover su respeto. En todas las instancias de la educación pública se incorporará materias referidas a la multiculturalidad, interculturalidad y el pluralismo legal o jurídico.

En la enseñanza del derecho y materias a afines se incorporarán de modo obligatorio el pluralismo legal y el derecho consuetudinario. Los operadores de la justicia, abogados y funcionarios encargados de aplicar la ley en zonas con predominancia comunera

originaria deberán conocer la cultura, el idioma, el derecho consuetudinario y los derechos especiales de los miembros de comunidades originarias.

Artículo 57°.- Garantías para aplicación del derecho consuetudinario

Los miembros de la comunidad que intervengan en funciones jurisdiccionales resolverán los asuntos que conozcan de acuerdo a su real saber y entender, por lo que no pueden ser denunciados por sus votos. Tampoco podrán serlo los miembros de las Rondas que apoyen tales funciones, salvo la comisión de delitos o actos que afecten los derechos humanos, en cuyo caso, los afectados harán valer sus derechos conforme a la Ley.

TÍTULO IX

Disposiciones complementarias y finales

PRIMERA.- Obligación de actualizar el Estatuto de las comunidades originarias

Las Comunidades originarias adecuarán su Estatuto considerando sus particularidades dentro del marco de la presente Ley y su Reglamento en el plazo máximo de un año.

SEGUNDA.- Inscripción de comunidades originarias en los Registros Públicos

Las Comunidades Campesinas y Nativas inscritas conforme a normas anteriores se adecuarán a la presente Ley inscribiéndose como comunidades originarias en los Registros Públicos.

TERCERA.- Reglamentación de la ley

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley en el plazo de noventa días.

CUARTA.- Conformación del INDEPCO

Transfiérase al INDEPCO el personal, infraestructura, recursos materiales y financieros, documentación y todo el acervo documentario de los pueblos originarios del Ministerio de Cultura.

QUINTA.- Normas modificadas y Normas derogadas

Deróguese la Ley N° 26505, Ley de Promoción de la Inversión en las actividades económicas en las Tierras del Territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Comunidades Campesinas de la Costa; la Ley 26570, sus ampliatorias y modificatorias, la Ley N° 28259, Ley de Reversión de Tierras y su reglamento.

Asimismo se derogan las leyes Nos. 24656, 24657 y Decreto N° 22175 y otras normas que se opongan a la presente Ley.

SEXTA.- Vigencia de la presente Ley

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

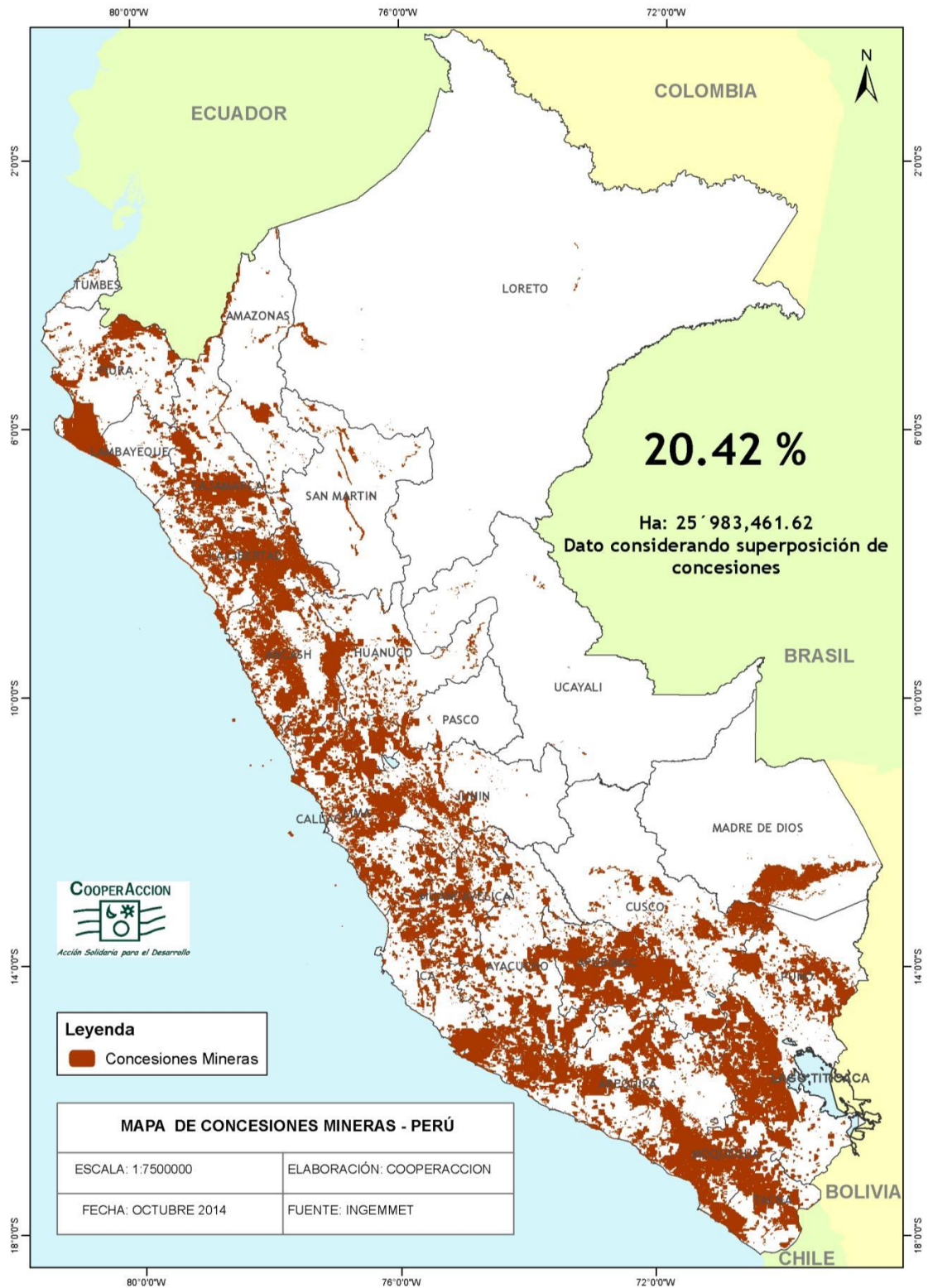


Figura 3. Mapa de superposición de concesiones mineras – Perú

Fuente: Elaborado por CooperAcción – 2014.

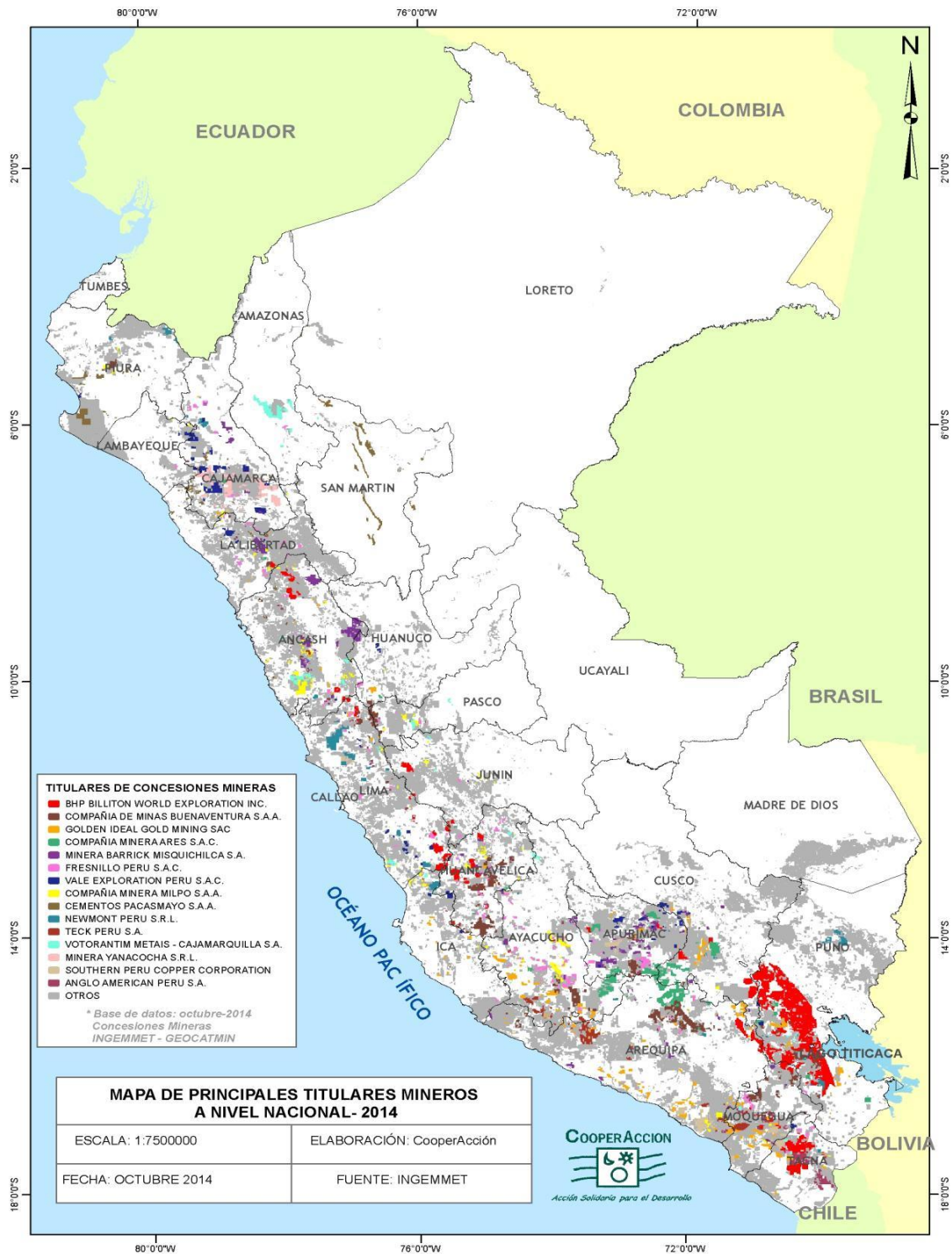


Figura 4. Mapa de principales titulares mineros a nivel nacional

Fuente: CooperAcción – 2014.

Cuadro 11. Condición jurídica de comunidades campesinas – Región Puno

PROVINCIA	COMUNIDADES RECONOCIDAS	COMUNIDADES TITULADAS	TERRENO SUPERFICIAL (Has)
AZANGARO	280	242	172,733.7779
CARABAYA	51	50	508,416.5787
CHUCUITO	143	122	291,378.7295
EL COLLAO	131	121	177,370.3261
HUANCANE	126	114	134,285.6587
LAMPA	96	65	162,703.2760
MELGAR	77	71	88,388.7523
MOHO	25	22	27,370.4043
PUNO	207	157	224,879.6172
SAN ANTONIO DE PUTINA	52	25	63,659.4604
SAN ROMAN	36	27	44,766.6624
SANDIA	38	35	244,549.7251
YUNGUYO	21	20	21,064.3700
TOTAL	1283	1071	2'161,567.3386

Fuente: Oficina de Comunidades Campesinas DRA-PUNO, 2015.

En la zona norte sólo 50 comunidades campesinas quechuas ubicadas en la provincia de Carabaya concentran 508,416.58 hectáreas de terreno superficial, seguido de Sandia con 20 comunidades campesinas que concentra 244,549.7 hectáreas y la provincia de Azángaro con 242 comunidades campesinas que concentra 172, 733.8 hectáreas de terreno superficial. En la zona sur destaca 122 comunidades campesinas aimaras ubicadas en la provincia de Chucuito que concentra 291,378.7 has de terreno superficial, seguido de Puno con 157 comunidades campesinas que concentra 224,879.6 has y provincia de El Collao con 121 comunidades campesinas que concentra 177,370.3 has de terreno superficial.

Anexo 2. Matriz de consistencia

TÍTULO: RÉGIMEN DE CONCESIÓN MINERA Y CONFLICTOS SOCIALES EN COMUNIDADES CAMPESINAS DE LA REGIÓN DE PUNO - AÑO 2015

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	UNIDADES	EJES	DIMENSIONES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Cuáles son las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros y su régimen de concesión minera que causan conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno?	OBJETIVO GENERAL: Analizar las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros y su régimen de concesión minera que causan conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.	HIPÓTESIS GENERAL: La teoría dominialista y el marco normativo son las fuentes que sustentan la propiedad estatal de las minas y su régimen de concesión minera limitando los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos mineros que causan los conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.					
PROBLEMA ESPECÍFICO: 1. ¿Qué fuentes doctrinarias y normativas sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros? 2. ¿Cuáles son las fuentes doctrinarias y	OBJETIVOS ESPECÍFICOS: 1. Analizar las fuentes doctrinarias y normativas que sustentan la propiedad estatal de los recursos mineros.	HIPÓTESIS ESPECÍFICA: 1. La teoría dominialista regalista de la mina es la fuente que sustenta el dominio estatal de los recursos mineros en el Perú y también limita el ejercicio de los derechos colectivos de las comunidades campesinas sobre los recursos mineros. 2. La concesión minera es un acto administrativo real tanto en su génesis	1.1. Dominio estatal de los recursos mineros	1.1.1. Fuentes doctrinarias 1.1.2. Fuentes normativas	1.1.1.1. Teorías de la accesión 1.1.1.2. Teoría dominialista 1.1.1.3. Teoría regalista 1.1.1.4. Sistema concesional minero en América latina (Chile, Colombia, Ecuador y Bolivia). 1.1.2.1. Constitución Política del Perú. 1.1.2.2. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (D.S. N° 014-92-EM). 1.1.2.3. Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. N° 018-92-EM).	<ul style="list-style-type: none">• Análisis bibliográfico de datos.• Observación documental.• Observación documental.• Observación documental.• Observación documental.• Observación documental.• Análisis bibliográfico de datos.• Observación documental.• Observación documental.• Análisis bibliográfico de datos.	<ul style="list-style-type: none">• Fichas de análisis bibliográfico.• Ficha de recolección de datos.• Ficha de recolección de datos.• Fichas de análisis bibliográfico.• Ficha de recolección de datos.• Fichas de recolección de datos.• Fichas de recolección de datos.

<p>normativas que sustentan el régimen de concesión minera en el Perú?</p>	<p>2. Analizar las fuentes doctrinarias y que sustentan el régimen de concesión minera en el Perú.</p>	<p>como en sus efectos jurídicos que constituye el Estado a favor del aprovechamiento y utilización de los recursos mineros y no admite el derecho de participación de las comunidades campesinas en la gestión de recursos mineros.</p>	<p>2.1. Régimen de concesión minera</p>	<p>2.1.1. Fuentes doctrinarias</p> <p>2.1.2. Fuentes normativas</p> <p>2.1.3. Derecho de los pueblos indígenas.</p>	<p>2.1.5.1. Características</p> <p>2.1.5.2. Naturaleza jurídica</p> <p>2.1.5.3. Elementos y principios.</p> <p>2.1.5.4. Diferencias con otros actos administrativos.</p> <p>2.1.2.1. Constitución Política del Perú.</p> <p>2.1.2.2. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (D.S. N° 014-92-EM).</p> <p>2.1.2.3. Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. N° 018-92-EM).</p> <p>2.1.3.1. Convenio 169 de la OIT.</p> <p>2.1.3.2. Ley de consulta previa.</p> <p>2.1.3.3. Jurisprudencias de Corte IDH (sentencias).</p> <p>2.1.3.4. Jurisprudencia de TC (sentencias).</p> <p>3.1.5.1. Provincias, distritos y Comunidades Campesinas.</p> <p>3.1.5.2. Activos, latentes y en observación.</p> <p>3.1.5.3. Actores, estado, y fases.</p> <p>3.1.5.4. Derecho de consulta y participación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos. • Fichas de recolección de datos.
<p>3. ¿Cómo el régimen de concesión minera causa conflictos en las comunidades campesinas de la región de Puno?</p>	<p>3. Analizar el régimen de concesión minera que causa conflictos sociales en las comunidades campesinas de la región de Puno.</p>	<p>3. La omisión de consulta previa en el procedimiento de otorgamiento de concesiones mineras y su posterior explotación con impactos negativos de los territorios de las comunidades campesinas son las causas principales de los conflictos mineros en la región de Puno.</p>	<p>3.1 Conflictos sociales en comunidades campesinas de la región de Puno.</p>	<p>3.1.1. Concesiones mineras en Puno.</p> <p>3.1.2. Tipología de conflictos.</p> <p>3.1.3. Componentes del conflicto.</p> <p>3.1.4. Demanda de derechos.</p> <p>3.1.5. Ubicación geográfica.</p>		