



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“ Propiedad privada del subsuelo y reforma del artículo 66 de la Constitución
Política del Perú “**

PRESENTADO POR:

Bach. Torres Montalvo Kevin Johnny Iván

ASESOR:

Mag. Yzquierdo Hernández Leopoldo

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2022

Tesis denominada “Propiedad privada del subsuelo y reforma del artículo 66 de la Constitución Política del Perú” presentada para optar el TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO por:

PRESENTADA POR:



Bach. Torres Montalvo Kevin
Autor

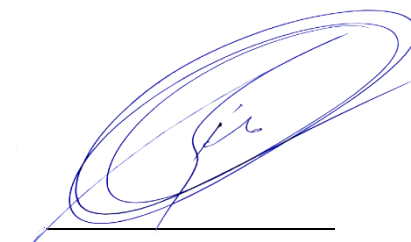


Mag. Yzquierdo Hernández Leopoldo
Asesor

APROBADO POR:



Dr. Anacleto Guerrero Victor Ruperto
Presidente



Dr. Silva Muñoz Carlos Alfonso
Secretario



Abog. Vargas Rodríguez César
Vocal

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de investigación

A mis padres Johnny Torres Castillo

E Yrma Montalvo Fernández por el apoyo
brindado

Desde siempre, por los consejos, el aliento, el
amor

Y el ejemplo de que la constancia es
fundamental para el éxito.

A mis hermanas Almendra y Yazmin; por ser las
Grandes amigas que la vida me ha dado, por su apoyo
Cuando lo he necesitado y por ser mis editoras extraoficiales.

AGRADECIMIENTO

A mi familia en su conjunto, por todo.

A Dr. Leopoldo Yzquierdo Hernández por aceptar
Ser mi asesor en este proyecto trascendental en mi vida
Por la paciencia ante mis dudas, por el aporte y respaldo.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, cuyo título es “Propiedad privada del subsuelo y Reforma del artículo 66 de la Constitución Política del Perú” constituye la tesis para la obtención del grado profesional de abogado, encarando un problema endémico de nuestra país como son los conflictos sociales debido al otorgamiento de las concesiones mineras promovidas por inversores privados y respaldadas por el gobierno central, el tratamiento de la propiedad abarcando el sobresuelo y subsuelo hasta el grado de utilidad del titular salvo se encontrasen en éste último riquezas naturales, excluyendo de esta manera los dueños de las tierras donde se asientan debido al sistema vigente en el Perú tan propio de la escuela romanística a la cual pertenece.

El análisis del sistema dominalista vigente en nuestro país es importante resaltando que entre las principales causas de la conflictividad social debido a la Minería de acuerdo a los informes de la Defensoría del Pueblo se deba al despojo de las tierras que sufren los dueños que en su mayoría comunidades campesinas o poblaciones indígenas, el estudio parcial desde el ámbito del derecho minero, administrativo o civil aisladamente resulta insuficiente.

Palabra clave: Propiedad privada, subsuelo, sistema accesitario, comunidad indígena, derecho minero, derecho civil.

ABSTRACT

This research work, whose title is “Private property of the subsoil and reform of article 66 of the Political Constitution of Peru, constitutes the thesis of obtaining the professional degree of lawyer, facing an endemic problem in our country such as social conflicts due to the granting of mining concessions promoted by private investors and backed by the central government, the treatment of the property encompassing the subsoil and subsoil up to the degree of utility of the holder unless natural resources were found in the latter, thus excluding the owners of the lands where they settle due to the current system in Peru so typical of the romanistic school to which it belongs.

The analysis of the dominalist system in force in our country is important, highlighting that among the main causes of social conflict due to mining, according to the reports of the ombudsman’s office, is due to the dispossession of the lands owned by the owners, who mostly peasant communities of the lands owned by the owners, who mostly peasant communities or indigenous populations, the partial study from the field of mining, administrative or civil law in isolation, resulting insufficient for the understanding of something as complex as popular discontent for mining activities, so it is intended through this research to show the connection between reality.

Key word: Private Property, subsoil, access system, indigenous community, mining law, civil.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN:	9
ABREVIATURA Y ACRÓNIMOS	12
CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO	13
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	13
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	16
JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	18
1.4 OBJETIVOS.	21
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.	21
1.5-HIPÓTESIS.	22
1.5.1.1 VARIABLE INDEPENDIENTE	23
1.6 POBLACIÓN Y MUESTRA.	25
1.6.1 POBLACIÓN.	25
1.7 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	25
1.7.1.1. MÉTODO DESCRIPTIVO.-	25
1.7.1.2 MÉTODO EXPLICATIVO.-	25
1.7.1.3 MÉTODO INDUCTIVO.-	26
1.7.1.4 MÉTODO DEDUCTIVO.-	26
1.7.1.5 MÉTODO ANALÍTICO.-	26
1.7.1.6 MÉTODO SÍNTESIS.-	26
1.8 ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.	27
1.9 MÉTODOS ESPECÍFICOS.	27
1.9.1 EL MÉTODO DE LA OBSERVACIÓN.-	27
1.9.2 TÉCNICAS.	27
1.9.2.1 TÉCNICA DEL FICHAJE	27
1.9.3 ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.	28
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO PROPIEDAD PRIVADA , CONSTITUCIÓN Y MINERÍA	29
2.3 BASE TEÓRICA:	39
2.4- CONCEPTOS FUNDAMENTALES	42
2.4.1 DERECHOS REALES:	42
2.4.1.1 NATURALEZA DE LOS DERECHOS REALES	43

2.4.1.1 TEORÍA CLÁSICA:	43
2.4.1.2. TEORÍA PERSONALISTA:	44
2.4.1.3. TEORÍA ECLÉCTICA:	45
2.4.2 PROPIEDAD:	45
2.4.7 LOS MINERALES:	59
2.9 TRATADOS:	73
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE CONFLICTOS SOCIALES, CAUSALIDAD Y SOLUCIONES	76
3.1.1- CONFLICTIVIDAD SOCIAL Y MINERÍA:	82
3.1.2 LAS BAMBAS	83
3.1.3 ESPINAR:	86
3.1.4 BALSAPUERTO:	90
3. 1.4.1 DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:	91
3. 1.5 TÍA MARÍA:	94
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES	103
CAPITULO V RECOMENDACIONES	105
CAPÍTULO VI BIBLIOGRAFÍA	107

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1	81
TABLA 2	98
TABLA 3	99
TABLA 4	100
TABLA 5	101
TABLA 6	102

INTRODUCCIÓN:

La minería es la principal actividad económica del Perú como fuente generadora de divisas y piedra angular del PBI ,polarizadora como ninguna otra, además de ser también el motivo causante de decenas de convulsiones sociales motivadas por el descontento de los ciudadanos que colectivamente organizados toman carreteras en exigencia de cumplir con los acuerdos suscritos por el gobierno, empresas y comunidades.

Motivado por esta realidad social, me adentré a profundizar sobre este problema para así determinar posibles soluciones para armonizar intereses comunales con los de las empresas extractivas por lo que leyendo diversos artículos, tesis, libros, además de comparar nuestra legislación con las de otros países latinoamericanos y también con la propia del Common Law donde su sector minero, petrolero o hidrocarburífero es tan importante para su economía como para nuestro país en el cual pude identificar que su tratamiento de tierra es decir su sistema de acceso o fundiario era la piedra angular que enriquecen drásticamente a los propietarios de las tierras donde se iniciaban las exploraciones, estudié también el costo de oportunidad que representaba bajo el método del análisis económico del derecho (AED) gracias al cual pude concluir que es en con una correcta distribución y reconocimiento del derecho propiedad por el cual las fuerzas vivas individual o colectivamente acordarán la máxima satisfacción de sus intereses, eficiencia y paz.

Identificando el sistema de acceso o fundidario vigente en el sistema del common law vi la necesidad de plantear una reforma al artículo 66 de la constitución política del Perú, además de indagar los tratados internacionales firmados por el Perú, el reconocimiento de sus derechos como comunidades indígenas me vi en la imperiosa necesidad de plantear la presente tesis.

CAPÍTULO I logra establecer el marco metodológico, su realidad problemática, los antecedentes, la motivación justificación e importancia de la investigación, el objetivo general y específicos, las hipótesis planteadas, la población muestral y el diseño de la investigación.

CAPÍTULO II está estructurado para el entendimiento completo de la teoría, doctrina y jurisprudencia a estudiar partiendo de las definiciones trascendentales, los estudios anteriores, los principios, la base teórica y filosófica que inspiraron a la investigación y las hipótesis propuestas además de desarrollar las teorías planteadas.

CAPÍTULO III comprende el estudio y análisis del fenómeno de los conflictos sociales, el análisis de las pretensiones de las comunidades descontentas, la contrastación con la legislación internacional, análisis de los diversos informes institucionales sobre los conflictos sociales provocados por la minoría y cómo el sistema dominalista es perjudicial para las comunidades campesinas.

CAPÍTULO IV: Conclusiones, es el resultado del análisis de los datos estudiados con respecto a la realidad problemática y validación de las hipótesis planteadas.

CAPÍTULO V: Brinda las recomendaciones a partir de las conclusiones brindadas.

CAPÍTULO VI: Referencias bibliográficas que son la totalidad de libros, revistas, jurisprudencias, artículos y páginas web que han sido consultadas para el desarrollo de la presente investigación.

ABREVIATURA Y ACRÓNIMOS

ART: Artículo

AED: Análisis Económico del Derecho

CC: Código Civil

Const: Constitución Política del Perú

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DNUPI: Declaración Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos
Indígenas.

ed: Edición

ej: Ejemplo

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas

Nº: Número

ONU: Organización de la Naciones Unidas

OIT: Organización Internacional de Trabajo

PAG: Página

PBI: Producto Bruto Interno.

PIDESC: Pacto Internacional de Derecho Internacional económicos
sociales y culturales

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional.

TPD: Toneladas por día.

CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Perú históricamente es un país minero, la importancia de esto ha trascendido en el tiempo y culturas, innegable es la influencia de la minería en el Perú antiguo desde los vestigios del Señor de Sipán, Chimúes, Incas, hasta la recordada expresión verbal en tono de elogio rezago de la época virreinal “Vale un Perú”, frase que la misma Real Academia de la Lengua Española la define como: Locución verbal, coloquial “Ser de mucho precio o estimación”¹

Los principales consorcios empresariales mineros a nivel mundial provenientes de Estados Unidos, Canadá, China, Rusia o Australia están asentados en el Perú, la apertura en el marco de las políticas liberales llevadas por el país han fortalecido a la consolidación como destino atractivo de inversión, de acuerdo a un estudio realizado por el Instituto Peruano de Economía el Perú es segundo país que más carga impositiva a nivel mundial coloca a esta actividad (Impuesto a la renta, canon minero, regalías, impuesto especial a la minería)² siendo superado solo por México, representando de esta manera en promedio el 10 % del Producto

¹ Diccionario de la Real Academia Española.

² Chavez, L (28 de Agosto del 2019) ¿Cuánto pagan de impuestos las mineras en el Perú?, El comercio. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/economia/peru/ipe-pagan-impuestos-mineras-peru-renta-regalias-canon-devolucion-igv-ipe-snmpe-noticia-669879-noticia/>

Bruto Interno durante la última década y el 60 % de las exportaciones peruanas en el mismo periodo, además del 20 % de los tributos recaudados por el estado peruano en el 2019 de acuerdo al Ministerio de Economía y Finanzas³ Sin embargo, a pesar de los miles de millones de dólares generados e ingresados a las arcas públicas, esta no ha estado libre de cuestionamiento.

Arellano Yanguas (2011), investigador peruano especializado en conflictos mineros, refiere que estos pueden dividirse en tres tipos:

- 1) Aquellos en los que la gente rechaza la minería porque defiende su medio ambiente
- 2) Aquellos en los que la gente sí acepta a la minería, pero quiere una mayor participación en los beneficios
- 3) Los que enfrentan a las poblaciones versus autoridades por el reparto minero.⁴

Estos tres supuestos señalados por Arellano Yanguas está estrictamente ligado a la vulneración derecho a la propiedad de la tierra que el estado peruano dice reconocer a las comunidades campesinas e indígenas, puesto que la empresas ingresan a tales territorios siendo titulares de la concesión otorgada por el gobierno a miles de kilómetros de los futuros yacimientos, enfocar en la importancia de la acceso de la propiedad del subsuelo y los

³Aporte de la Minería al Pbi (19 de Abril del 2018) El Peruano. Recuperado de: <https://elperuano.pe/noticia/65726-aporte-de-la-mineria-al-pbi>

⁴ ARELLANO, J (2011) Minería Sin Fronteras. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

recursos minerales al titular del terreno superficial no se limita a sacar el máximo provecho económico de éste sino también a la posibilidad de control de los recursos o la decisión del rechazo del mismo.

La contaminación de los recursos hídricos y la repartición de beneficios generados por la extracción de los recursos están entre las causas de conflictividad social, la falta de limitación siendo la propiedad del subsuelo uno de los motivos de la controversia debido a que las comunidades campesinas y nativas donde frecuentemente se asientan las concesiones se ven vulneradas al desplazarse de la actividad agraria y no participar en las utilidades generando así: insatisfacción, desconfianza de las autoridades regionales y nacionales , bloqueo de carreteras, destrucción de la propiedad pública y privada además de irreparables pérdidas humanas.

El derecho a la propiedad sobre los recursos naturales encontrados en el subsuelo por parte de los individuos es contrario a lo reconocido en la Constitución Política del Perú ya que ésta los señala como parte del patrimonio del estado , es de primigenia importancia para el desarrollo de la presente tesis hacer énfasis en esta realidad ya que siendo la actividad minera trascendental para la economía de nuestro país el autor ofrecerá una propuesta o alternativa de solución a los constantes conflictos sociales, a la inseguridad jurídica y la exclusión de los campesinos en la negociación de la concesión minera, motivado por esta problemática esta tesis propone refutar el sistema de propiedad de riqueza en el subsuelo vigente hasta

hoy: El sistema dominalista – regalista de la tierra, el cual reemplazado lamentablemente la palabra “Corona”, por la palabra “Estado” manteniendo vigente el espíritu de las ordenanzas de Castilla.

Las principales teorías del derecho a la tierra en el mundo son dos: La dominalista - regalista vigente en el Perú, latinoamérica y países de influencia jurídica grecorromana y el sistema de accesión o fundiario desarrollado por los países anglosajones del Common Law tales como: Sudáfrica, Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos, Canadá (Salvo Québec) y Nueva Zelanda; en estados unidos se le define de la siguiente manera.

“Dado que la tierra se extiende al centro del planeta, es claro que ordinariamente el propietario de la tierra también es propietario de los minerales que son parte de la tierra, y cuando la tierra es vendida el comprador usualmente adquiere tales minerales, aun cuando no hayan sido expresamente mencionados en la escritura...”⁵

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La tesis desarrollada se centra en la necesidad de cambio del tratamiento de la tierra en el Perú titulada “Propiedad privada del subsuelo y reforma del artículo 66 de la Constitución” en la que se partió desde las diferencias teóricas doctrinarias de los sistemas estudiados, las claras desventajas de continuar con el sistema dominalista –regalista vigente en el Perú, el

⁵ BELAUNDE, M. (2013). Derecho Minero y Concesión. Lima: Editorial San Marcos.

estudio de los últimos conflictos sociales en el cuál se detalla: Ubicación geografía, causas y petitorios para cesar el conflicto social.

Además de profundizar en los antecedentes históricos y la esencia de cada uno; se detalla en qué ordenamientos legales extranjeros está vigente el sistema de acceso –fundario y cómo sus comunidades nativas abandonaron la pobreza con la transferencia de sus propiedades a cambio de dinero líquido o tener acciones y participar del reparto de utilidades de las concesiones, no solo mejorando notoriamente su calidad de vida si no también brindando seguridad y estabilidad jurídica de las inversiones.

Al determinarse claramente quienes son dueños de tales tierras y de sus riquezas del subsuelo se podrá negociar directamente con ellos, apaciguando de una vez y para siempre la incertidumbre de una nueva revuelta, la paralización de la actividad limitando al Estado el cobro de tributos y la fiscalización ambiental de los proyectos, parametrado y sancionando en caso del incumplimiento de una de las normativas.

1.2.1 FORMULACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

Por ello el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

¿Es el sistema dominalista –regalista dispuesto en la Constitución Política del Perú sobre la propiedad del subsuelo la causa de los conflictos sociales mineros, de la pobreza de los propietarios y de la inseguridad jurídica?

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

El Perú al igual que en el resto de sus pares latinoamericanos el sistema vigente con respecto a la propiedad de los recursos naturales es el dominalista – regalista por lo que una necesidad de reforma ha sido poco investigado en la región por considerarla propia de la escuela romanística a la que pertenecen, es decir una realidad dada y perenne el tratamiento de tierras dominalista, en nuestro país los minerales tales como: oro, plata, cobre, estaño y zinc son los principales generadoras de divisas ;en países vecinos como Brasil lo es el niobio debido a que entre sus fronteras se encuentra el 90% de la reserva mundial,⁶ en Chile la exportación de cobre lidera como fuente de ingresos siendo el exportador de una de cada cuatro toneladas del cobre comercializado en el mundo , así como lo es el Petróleo para Ecuador, Colombia y Venezuela ésta última con las reservas más grandes de oro negro en el mundo y el Litio metal base para la fabricación de las baterías para los dispositivos móviles y computadoras son abundantes en los países de Bolivia y Argentina, por lo que traer al debate universitario es prístinamente importante considerando los continuos conflictos sociales tanto en el Perú como en América Latina ocasionados por la actividad minera desmeritándola ante los ojos de la población que los propietarios se ven despojadas de sus tierras y excluida

⁶ Minería una industria inhumana en Latinoamérica 22 de Agosto del 2019. Recuperado de: <https://www.ocmal.org/mineria-una-industria-inhumana-en-latinoamerica/>

del reparto de la riqueza de una actividad tan lucrativa como la minería, no menor es que entre Brasil, Chile, México y Perú concentran el 85% de la exportación minera de la región.

El propósito de este trabajo de investigación se justifica plenamente y es importante su estudio como una bocanada fresca y reparadora-preventiva de los conflictos sociales frecuentes en nuestro país, se analizó la problemática del sistema dominalista –regalista de la propiedad del subsuelo, que está amparada en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú, conocer sus causas de los conflictos sociales de los últimos años, la pobreza de los propietarios de las tierras donde se encuentran en el subsuelo los recursos naturales y la inseguridad jurídica, por tal motivo es conveniente realizar la presente investigación, para superar estos tipos de problemas y proponer el sistema de accesión fundiario, que fundamenta la propiedad del subsuelo en nuestra CP; lo que beneficiará a personas naturales, comunidades campesinas, personas jurídicas propietarias del suelo, mejorando su calidad de vida, sus ingresos y el ahorro, apareciendo nuevos empresarios y mejorando el medio ambiente.

Ante todo, la propiedad es un poder nacido del derecho, que confiere al titular del mismo cuatro grandes atributos los cuales tal como se señala en el artículo 923 del CC.

Por lo que el reconocimiento del derecho de propiedad del subsuelo como unitaria a el derecho de la propiedad de la superficie no sólo concedería

la libertad de disponer del propietario andino o rural, sino también de percibir o usar los frutos del bien, por lo que sería un óptimo aprovechamiento económico, ya que los integrantes de las comunidades campesinas o nativas tras llegar a un acuerdo podrían participar de las utilidades de las concesionarias tal como pasa en los países cuyos sistemas jurídicos pertenecen al common law.

Asimismo este trabajo de investigación es importante porque sirve de punto de partida modificar la legislación actual, abordando de manera íntegra la problemática, la posterior reforma de dicho artículo de la Constitución en pro de las libertades individuales siendo ésta esencial para la satisfacción de las expectativas de ambas partes, puesto que se ha demostrado que la propiedad es un instrumento del desarrollo humano y la prioridad del individuo, asimismo la propiedad es la expresión más clara de la racionalidad del individuo en sociedad, que ante contradicción de intereses llegan a buen puerto a través de un acuerdo, la manera más eficaz de reducción de la pobreza y de conflictividad.

Para el estudio adecuado de esta problemática la lectura de las leyes de promoción de la actividad minera y la consulta previa resultan insuficientes porque trasciende al derecho administrativo, siendo el objetivo proponer la reforma del artículo 66 de nuestra carta magna, en concordancia con los acuerdos internacionales de los que son parte el Perú, lo establecido por el Convenio N°169 de la OIT y las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso de la

comunidad indígena Yakyé Axa Vs Paraguay ,caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador y caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, el autor ha tenido a bien en analizar sin apuros cada una de las sentencias en marco de las comunidades indígenas en Latinoamérica.

1.4 OBJETIVOS.

1.4.1 OBJETIVO GENERAL.

Por ello el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

-Analizar si el sistema de propiedad dominalista – regalista dispuesto en la Constitución Política del Perú, sobre la propiedad por parte del Estado de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo, es la causante de los conflictos sociales , de la pobreza de los propietarios del suelo y de la seguridad jurídica en el Perú-

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Una vez logrado el objetivo general descrito en el párrafo anterior, se debe conseguir los siguientes propósitos específicos.

-Contrastar el sistema de propiedad dominalista – regalista dispuestas en la legislación peruana con el sistema de propiedad de acceso- fundiaria existente en la legislación extranjera

-Analizar las desventajas del sistema de propiedad dominalista –regalista y las ventajas del sistema de propiedad accesión –fundaría, entre ellas los acuerdos logrados entre empresas mineras y los propietarios del subsuelo y la reducción de la conflictividad

-Detallar las ventajas del sistema de accesión fundiario, en el cual el propietario de la superficie del suelo lo es también de los recursos hallados en el subsuelo y cómo fácticamente las comunidades campesinas en el Perú se reconocen propietario de las riquezas encontradas en sus predios, validando un cambio de sistema de propiedad de tierras en nuestro país.

-Proponer una reforma constitucional del artículo 66 de la Constitución Política del Perú, acorde al sistema de accesión –funduario , estableciendo el derecho de propiedad del subsuelo como accesorio al terreno superficial en concordancia con los tratados internacionales y su jurisprudencia

1.5-HIPÓTESIS.

Si se determina que el sistema de propiedad dominalista –regalista dispuesta en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú vigente sobre la propiedad por parte del Estado de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo es la causante de los conflictos sociales, de la

pobreza de los propietarios del suelo y de la inseguridad jurídica en el Perú; entonces es posible fundamentar la viabilidad de la reforma del artículo 66° de la Carta Magna introduciendo el sistema de propiedad de propiedad de acceso –fundario, que sustenta que el propietario del suelo es propietario del subsuelo, para superar estos problema.

1.5.1 VARIABLES.

Explicada la hipótesis se señala las variables independientes y dependientes para una correcta apreciación descriptiva y su posterior tabulación con las informaciones mostrada

1.5.1.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

Sistema de propiedad de tierra en las zonas de explotación minera

1.5.1.2Variable dependiente.

Índice de conflictividad social a causa de la extracción de recursos, causas y peticiones para la resolución de la conflictividad.

El diseño de contrastación de las hipótesis en esta investigación, se aplicó un diseño no experimental de corte transversal de nivel descriptivo, se buscó describir el comportamiento del Estado como propietario del subsuelo y de los recursos minerales como soberano en su aprovechamiento, además de la relación directamente proporcional a la vulneración de los derechos de propiedad de los titulares de los bienes.

Finalmente se realizó un estudio correlacional, al buscar la causa efecto entre la variable independiente del Sistema de Propiedad dominalista-regalista por parte del Estado en la Constitución Política y la variable dependiente vulneración del derecho de propiedad al subsuelo a los propietarios del suelo.

Se considera el diseño descriptivo o de una sola casilla

$$\mathbf{M\ 1\ =\ O1}$$

$$\mathbf{M2\ =\ O2}$$

Donde,

M: es el conjunto de información que se recogerán de las investigaciones académicas, noticias, doctrina, jurisprudencia nacional e internacional

O: es la Ficha de análisis que se aplicará para recoger la información

= Es la relación que se establecerá a partir de la comparación entre las muestras

1.6 POBLACIÓN Y MUESTRA.

1.6.1 POBLACIÓN.

Comunidades campesinas colindantes o asentadas en las proximidades de un gran proyecto minero desarrollado en el Perú

1.6.2 MUESTRA.

Comunidades campesinas de los proyectos mineros desarrollados en el Perú del 2015-2018

1.7 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

1.7.1 MÉTODOS.

1.7.1.1. MÉTODO DESCRIPTIVO.-

Se utilizó para describir y fundamentar el comportamiento o estado de la variable independiente, que es objeto de estudio.

1.7.1.2 MÉTODO EXPLICATIVO.-

Este método ha permitido, responder a la pregunta ¿Cuáles son las causas de los conflictos sociales, de la pobreza de los propietarios del suelo y de la inseguridad jurídica, por la vulneración del derecho de propiedad al subsuelo a los propietarios del suelo?, lo que implica plantear hipótesis explicativas y un diseño explicativo. Asimismo explicar las consecuencias de la reforma del artículo 66° de la Constitución

Política del Perú, con la implementación de un sistema de propiedad de acceso o fundiario

1.7.1.3 MÉTODO INDUCTIVO.-

Ha permitido analizar que la causa de los conflictos sociales, de la pobreza de los propietarios del suelo y de la inseguridad jurídica, para llegar a establecer es el sistema de propiedad dominalista- regalista dispuesto en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú

1.7.1.4 MÉTODO DEDUCTIVO.-

Que ha permitido establecer que el Estado como propietario de los recursos naturales, renovables y no renovables y soberano en su aprovechamiento ha traído como consecuencia los conflictos sociales, de la pobreza de los propietarios del suelo y de la inseguridad jurídica

1.7.1.5 MÉTODO ANALITICO.-

Se aplicado al sistema de propiedad dominalista –regalista dispuesta en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú, para fundamentar la existencia de los conflictos sociales, de la pobreza de los propietarios del suelo y de la inseguridad jurídica

1.7.1.6 MÉTODO SINTESIS.-

Este método significa composición, reunión, agrupación, se ha aplicado en la investigación unificando los datos recogidos en

la investigación en un todo armónico, los datos aislados tienen un significado particular. La síntesis llevar conocer el significado de los mismos al relacionarlos entre sí.

1.8 ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.]

Se utilizó medidas de tendencia central como es la Media Aritmética, determinación de frecuencia simple y frecuencia porcentual.

1.9 MÉTODOS ESPECÍFICOS.

1.9.1 EL MÉTODO DE LA OBSERVACIÓN.-

Se utilizó cual instrumento de análisis para describir y explicar el comportamiento de la variable independiente, al lograr obtener los datos adecuados y fiables correspondientes a conductas, eventos y/o situaciones perfectamente identificadas e insertas en un contexto teórico.

1.9.2 TÉCNICAS.

1.9.2.1 TÉCNICA DEL FICHAJE

Mediante esta técnica se recogieron los datos teóricos, de opinión y de comentario de los textos nacionales y extranjeros.

Su Instrumento serán las fichas bibliográficas, textuales y de comentarios, fichas linkográficas, etc.

1.9.2.2 TÉCNICA DEL ANÁLISIS DE DOCUMENTOS

Esta técnica se empleó para cotejar la información teórica con el contenido de las entrevistas a realizar.

El instrumento se expresa mediante una ficha de cotejo.

1.9.3 ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.

Consiste en describir cómo es analizada estadísticamente la información. El investigador debe elegir los modelos y pruebas estadísticas que le sirvan para contrastar su hipótesis y enunciar generalizaciones válidas.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO PROPIEDAD PRIVADA , CONSTITUCIÓN Y MINERÍA

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

El motor de la presente investigación se basa en la reiterada y sistemática vulneración del derecho a la propiedad que sufren las comunidades campesinas e indígenas en el Perú, violentando los tratados internacionales tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el convenio N° 169 de la OIT suscritos por nuestro país el cual es incorporado al derecho peruano de acuerdo al artículo 55 de nuestra carta magna; es decir la contraposición de fundamentos entre el derecho administrativo y el derecho de las comunidades indígenas, provocando así continuos conflictos sociales, la inacabable lucha de intereses entre las comunidades, el estado y las empresas que concluyen en levantamientos de la población.

La presente investigación no se limita al estudio del conflicto minero desde la perspectiva del derecho administrativo, civil o constitucional, sino que aborda el espíritu de las comunidades, su conexión fuertemente a la tierra y su disposición al aprovechamiento de los recursos naturales, asimismo utiliza el análisis económico del derecho (AED) para deducir el costo de la indeterminación de la propiedad de los recursos naturales y la proporcionalidad con los números de conflictos socioambientales existentes en el Perú.

Un error frecuente del desarrollo de políticas nacionales para la prevención de conflictos sociales mineros han devenido en fracaso al no integrar cada arista del problema como lo son: La pobreza, la contaminación, la falta de puestos de trabajos generados, y la fallida distribución de riquezas, obviando colocar la propiedad privada como derecho fundamental de las comunidades campesinas que siendo respetados evitaría esta situación de conflictividad permanente y descontento en la que viven, por lo que una reforma de dicho texto colocaría a tales poblaciones en una mejor posición de negociación de sus tierras hasta entonces valoradas únicamente como predios rústicos.

Para el desarrollo de la presente tesis se ha consultado entre decenas de trabajos de investigación, libros nacionales y extranjeros, columnas de opinión en español e inglés, en territorio nacional esto ha sido poco tratado en la gran mayoría de ellos no se vislumbró o estudió un posible cambio del sistema de propiedad del sistema dominalista – regalista que impera en la actual Constitución Política del Perú por el sistema de propiedad de acceso fundiaria: como un mecanismo de solución a la creciente conflictividad social y pobreza endémica de dichas comunidades junto a la reforma del artículo 66 de la Constitución Política del Perú, es decir, abandonar el sistema dominalista de la propiedad de la tierra a un sistema de acceso en cual se reconocería el derecho a la propiedad privada del subsuelo.

2.2 ESTUDIOS ANTERIORES

Gherzi, Enrique (2007) *¿De Quién Es El Subsuelo?*. Conferencia Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. En su explicación sobre la alta conflictividad social que provoca la minería por la falta de un derecho de propiedad privada sobre el subsuelo en toda Latinoamérica expone:

“...Allí donde hay violencia hay indefinición del derecho de propiedad y que allí donde existe conflictos sociales es porque existe una indefinición o una incorrecta definición de los derechos de propiedad. Es previsible que allí donde hay escenarios de violencia social lo que haya realmente sea un problema de derechos de propiedad. (...).Mi tesis entonces es que: en el caso de la propiedad minera existe violencia porque la propiedad está escindida y el propietario del suelo, los indígenas, las comunidades, los pueblos más pobres de América Latina, no son los dueños del subsuelo. Esa gente es violenta, rechaza la minería y la rechazará siempre en la medida en que no es la propietaria del subsuelo..”⁷

Al momento de estudiar las convulsiones sociales siempre se partió de las consecuencias y no de las causas, por tal motivo se tuvo una la visión parcializada del problema, enfocándose aisladamente en el daño ambiental, el canon minero, la conflictividad social y la falta de seguridad jurídicas a las inversiones debido a las constantes huelgas y bloqueos de

⁷ Gherzi, Enrique. (Enero 2007) *¿Quién es el dueño del subsuelo?* Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=IqMdWzEB0i0>

las carreteras por donde transitan las toneladas de minerales, prolongando aún más la constante zozobra entre las partes, perpetuando la pobreza y el descontento de las comunidades, que reclaman y se reconocen como propietarias de las riquezas minerales halladas debajo de sus predios o sus comunidades.

Torres, M (2015) *Potestad de los Pueblos Indígenas sobre los recursos naturales*⁸hace referencia a una petición elaborada por la propia población ACHUAR que le exige al estado el reconocimiento de la titularidad de su territorio en su totalidad incluyendo sus recursos naturales acotando en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas reconoce a tales como sujetos colectivos que preexisten al Estado y que tienen derecho a seguir existiendo, por lo cual la reforma del artículo 66 de nuestra constitución es fundamental para garantizar la permanencia de los pueblos incumpliendo de esta manera la suscripción a tratados internacionales de la cual el Perú es parte además de en virtud del artículo 55 de la constitución señala que los tratados forman parte del derecho nacional.

La autora en su conclusiones tras disgregar las fuentes del derecho, los tratados internacionales, la importancia de la tierra para las comunidades indígenas y cómo la CIDH define a los recursos naturales como indispensable para su existencia por lo que plantea la obligación de reinterpretar los derechos sobre los recursos naturales en el marco de los derechos internacionales de los pueblos indígenas por lo que prima el

⁸ Torres, María. (2015) Potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. (Tesis de Pregrado) Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

sobre la propia constitución del Perú y que el estado peruano debe entregarlos bajo el principio de inalienabilidad de acuerdo al o establecido en el artículo N° 25 de la DNUDPI.

Vásquez, IAN (2015) director del Instituto CATO en un artículo titulado **“Propuesta a los mineros del Perú”**, expresa:

“Establecer derechos de propiedad al subsuelo sería una reforma social de largo alcance, beneficiaría directamente a los campesinos propietarios, los responsabilizará por las decisiones sobre su propiedad, y reduciría la violencia social (..) Con una mejor asignación de derechos, los lugareños propietarios de minerales tendrían un incentivo poderoso para desmentir las acusaciones infundadas que suelen hacerse hoy con facilidad en contra de los proyectos mineros.”⁹

Ipanaqué y Rubio (2016) Privatización del Subsuelo, como solución a los conflictos sociales mineros y Económicos del Perú¹⁰ adjunta un cuestionario realizado por los citados tesisistas a los pobladores de la comunidad campesina de Cajas Huancabamba en el cuál el 100% de la encuestados respondieron que la propiedad del subsuelo corresponde al dueño de la superficie y respecto a la pregunta sobre las razones de los

⁹ Vásquez Ian. (26 de abril del 2015) Propuestas a los Mineros del Perú. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/propuesta-mineros-ian-vasquez-356221-noticia/>

¹⁰ Ipanaqué Katicsa & Rubio José (2016) Privatización del Subsuelo, como solución a los conflictos sociales mineros y Económicos del Perú. (Tesis de Pregrado) Universidad Señor de Sipán. Pimentel, Perú

conflictos sociales los resultados fueron abrumadores: 54 % Nos quitan nuestras tierras 24 % No respetan nuestros derechos 14 % Abusó del Estado y 8% Nos dejan sin trabajo y finalmente no se incluyen ante la interrogante de quiénes son los beneficiados de la actividad minera dejando el primer lugar para la empresa Río Blanco con 44%, el segundo para el gobierno con 20% y los dueños de la minería con 36%; respecto a la aceptación de la minería formal de ser el propietario de los recursos naturales existentes en él asegura el 94 % que sí aceptaría tal condición; siendo éste última interrogante el objetivo general de la reforma del artículo 66 de la constitución política del Perú, con respecto a cuán factible es la vigencia de un nuevo sistema de tierras en el Perú y lo beneficioso que sería tanto para las comunidades nativas y las inversiones extranjeras que al llegar a un acuerdo con los propietarios de las riquezas enterradas en el Perú le brindaría una seguridad jurídica envidiable, no solo garantizando su inversión sino delimitando de manera exacta las reglas de la extracción.

Sotomayor, K. (2017) “La naturaleza jurídica de las áreas naturales protegidas en relación al derecho de propiedad”¹¹ reconoce la importancia de inscripción en Registros públicos para la conservación y reconocimiento de las zonas naturales protegidas indicando que la zonificación ecológica económica sirve como herramienta técnica para señalar los diferentes usos que puede dar a una determinada área del

¹¹ Sotomayor, Karenth (2017) “La naturaleza jurídica de las áreas naturales protegidas en relación al derecho de propiedad” (Tesis de Pregrado) Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

territorio debido a su heterogeneidad, es decir, su formación geológica variable, por ejemplo contar con yacimientos mineros en el subsuelo es explotable en determinadas actividades económicas a diferencia de su utilización para cultivo, por ser riesgoso siendo esto de fundamental importancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación ya que nos permite limitar las zonas intangibles como las reservas naturales y saber qué otras zonas pueden ser explotadas.

Zapata Oswaldo(2017) en su tesis titulada “La conflictividad social de naturaleza socioambiental en el Perú y su incidencia en la seguridad nacional (Casos: Cajamarca. Ancash, Apurímac y Puno)” señala lo siguiente: ¹²

La conflictividad social recae en la contradicción de intereses, siendo los actores: la empresa, la comunidad y el estado. El autor de esta tesis es claro en señalar la falta de una política del trato de los conflictos sociales llevada a cabo por la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, ya que su plan de trabajo se basa tan solo en la prevención de la conflictividad social mas no en el manejo o gestión de ésta, asimismo precisa que no se reduce a la prevención de un daño ambiental, sino al control de los recursos económicos como la tierra , la cual puede generar riquezas para uno o para otro, mas no para ambos, enfatizando una concesión minera excluyente

¹² Zapata, Oswaldo (2017) “La conflictividad social de naturaleza socioambiental en el Perú y su incidencia en la seguridad Nacional: Cajamarca, Ancash, Apurímac y Puno” (Tesis de Posgrado) Centro de Altos Estudios Nacionales..Lima, Perú.

de las comunidades o propietarios de las tierras devastan con los mecanismos de subsistencia de las personas, por lo que los pueblos asentados demandan trabajo y obras; en su planteamiento de reforma del diálogo para los conflictos sociales propone una libre negociación entre las comunidades y la concesionaria en donde ambas parte acuerden voluntariamente las contraprestaciones a favor de un acuerdo, considerando el conflicto tan natural como la cooperación, adicionando que la negociación es parte de un conflicto constructivo donde se prima la razón por lo que mientras más consistente, sostenible, juicioso y deliberado menor será el daño, ampliando que tras toda conducta violenta se encuentra una persona frustrada, por lo que una verdadera autonomía de las comunidades y reconocimiento de los recursos como esenciales para subsistencia y dueñas de las mismas las colocaría en una mejor posición de negociación.

En el plano internacional, el empresario petrolero argentino, especialista en el tema petrolero, hidrocarburífero y minero, ex presidente de la Fundación de Estudios Energéticos latinoamericanos, **YEATTS, G (1996)** en su *libro El robo del subsuelo*¹³ nos relata la problemática de por qué las regiones donde yacen las riquezas petroleras de Argentina son las más afectadas por la pobreza y cómo el derecho de propiedad privada del subsuelo como accesión al superficiario mejoraría tal condición, haciendo hincapié en la sistemática violación del derecho a la propiedad mediante leyes petroleras que otorgaban el derecho de

¹³ Yeatts, Gustavo (1996) El robo del Subsuelo. Editorial Lamiere. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina.

ocupar tierras ajenas, enfatiza que es imposible hablar de tal derecho si no existe libre uso y disposición de ésta acotando que la propiedad privada mueve a los individuos a la generación de riquezas y por consiguiente la reducción eficaz de la pobreza, señalando que el dominio de los recursos minerales del subsuelo no es en beneficio de todos, si no de la élite gobernante.

En Colombia, Holguín et al¹⁴ (2001) describen la vulnerabilidad de las minorías étnicas y negritudes en Colombia al momento de la extracción de petróleo, el derecho a la igualdad, la protección de sus zonas territoriales y la delimitación de estas para establecer el derecho a la consulta y participación de la actividad para la inserción de las comunidades originarias, señalan en sus conclusiones importancia de una nueva legislación en temas sobre la negociación entre comunidades indígenas y las empresas extractivas titulares de los derechos a concesión, explotación y transporte de los recursos del subsuelo por las evidentes falencias, omisiones y fallas, ya que dichas comunidades exigen el respeto a su identidad cultural, étnica motivado por la defensa del territorio, su ambiente, además hace acotación a un caso emblemático por excepcional respecto a la legislación minera colombiana **EL CASO CUSIANA**, debido a que este la excepción a la regla del sistema dominalista vigente en el país nortño y en toda Latinoamérica, a partir del cual podremos ver la alta eficiencia de un sistema acceso en las tierras favorecen a los individuos colectivamente organizados, en este caso una

¹⁴ HOLGUÍN et al (2001) en su tesis titulada “Algunos aspecto jurídicos de la propiedad del subsuelo petrolífero frente a las minorías étnicas”(tesis de pregrado), de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

asociación de propietarios de 380 mil hectáreas de terreno en el cual yacen las más abundantes áreas petrolíferas del país.

CASO CUSIANA

El caso cusiana es único en latinoamérica debido a una situación de excepción en que el gobierno Colombiano entregó en un sistema unitario de tierras a un general debido a sus méritos en defensa del territorio Colombiano, a la fecha tales extensiones sigue siendo trascendental en la explotación petrolera de dicho país.

EL CASO CUSIANA:

En 1920, el general José Martinez Landinez descubrió un extenso territorio siendo invadido por colonos y exploradores, por lo que debido a las normas de la época en que se premiaba a los denunciantes de terreno sin dueño y de interés de la nación colombiana, el gobierno tras una intensa negociación lo recompensó con el 45 por ciento del terreno dicha recompensa quedando el 55 por ciento restante como propiedad exclusiva de la nación, en el año de 1937 el Juez Orocué sentenció que el 55 correspondiente al estado sería por el suelo y el 10% de la totalidad de las riquezas del subsuelo, el general Martinez Landiez protestó por lo que se le reconoció como copropietario con el compromiso de indivisión del predio, por lo que en 1970 una asociación de 56 privados heredera, compradora y cesionaria de dichas tierras reclamaron regalías por la extracción petrolera en sus tierras, en dicho

año el Procurador general de la república colombiana señaló que se debe reconocer que dichos propietarios actuaron de buena fe y que de quitarle sus derechos provocaría inseguridad jurídica y alejamiento de inversiones extranjeras por previsión de riesgos agregando que era menester evitar el desato de un síndrome de expropiación, en 1971 se produjo la resolución 113 del Ministerio de Hacienda en el cual se oficializa la distribución del terreno, por lo que el gobierno colombiano empezaría a desembolsar millones de peso por concepto de regalías, por los que a tal fecha tengan título perfecto de hallazgo de un yacimiento tiene la protección jurídica del estado colombiano.

2.3 BASE TEÓRICA:

Hayek, F (1973) ¹⁵“ en la explicación del origen espiritual de la constitución de los estados unidos explica la importancia de esta como poder limitativo de los gobiernos priorizando la salvaguardia institucional de la libertad individual y que una contradicción a eso, deslegitimar la naturaleza de la democracia moderna, además se opone al racionalismo en el que se sostiene que las instituciones humanas sólo pueden servir a los objetos debido a que muchas de las instituciones sociales existentes imprescindibles para alcanzar nuestros objetivos conscientes son de hecho fruto de ciertas costumbres, hábitos o práctico, por lo que en una sociedad libre el bien general consiste principalmente en facilitar de fines

¹⁵ Hayek, F (1973). Derecho, Legislación Y Libertad” Una Nueva Formulación De Los Principios Liberales De La Justicia Y De La Economía Política. Editorial Unión

individuales que no se conocen y que el interés colectivo sólo podrá convertir en general en la medida que la satisfacción del interés colectivo sea mayor al de los intereses individuales, la visión de uno de los representantes más aplaudidos del liberalismo y la escuela Austriaca describe la importancia del reconocimiento de las costumbres por sobre una política constitucionalista certificada, criticando la vaguedad del término “interés general” ya que se le declara casi por cualquier cosa (palabras de Frederich Hayek) manteniendo el término hasta hoy como un bien recalcitrante aún manteniéndose la poca precisión del concepto, debiendo este consistir en la suma de los intereses particulares, sin embargo en una sociedad que debería proponerse un gobierno no podría ser la suma de satisfacciones particulares por el hecho de que el gobierno no las conoce.

DE SOTO, H¹⁶el economista peruano más representativo del pensamiento liberal de los últimos tiempos resalta la importancia de la propiedad como mecanismo de reducción drástica de la pobreza, denominando a la posesión de riquezas que los habitantes ya tienen sin título identificable “capital muerto” tras veinte años de estudio en países subdesarrollados como Perú, Haití y Egipto logró identificar que el denominado “Capital Muerto” equivale “40 veces toda la ayuda exterior desde 1945.

¹⁶ De Soto, H. (2000) “EL MISTERIO DEL CAPITAL” Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Editorial Planeta.

Es decir que el hecho de otorgar títulos de propiedad, legalizar o simplemente visibilizar ante la ley otorga un poder de transacción y revaloriza las hasta entonces posesiones, recordemos que en el artículo 950 del Código Civil Peruano reconoce la propiedad por prescripción adquisitiva relacionándola fundamentada en la seguridad jurídica es decir se reconozca la titularidad del derecho en quien, a través de la posesión de un tiempo y con unos requisitos, aparecen pública, social y económicamente como titular.

El aporte teórico de este libro es importante para el desarrollo de la presente tesis puesto que sirve para clarificar la importancia del reconocimiento del derecho de propiedad para la reducción de la pobreza y cómo este denominado “capital muerto” que yace bajo los pies de los habitantes del ande profundo pueden ser determinantes para erradicar la pobreza y pobreza extrema, concuerda en la misma línea de la capitalización y empoderamiento de las personas más humildes del Perú.

LOCKE, J. (1689) ¹⁷ describe que la primera propiedad del ser humano es la de su propio cuerpo, por eso que la ley moral-dada por dios- destaca el derecho a la propia conservación, a la vida, a la libertad y la propiedad privada, el término “propiedad” apareció recién el derecho romano donde surge la necesidad de diferenciar la res pública (cosa pública) y los intereses individuales (propiedad privada), sin embargo no fue hasta la

¹⁷ Locke, J (1689) “Tratados sobre el gobierno civil”. Londres, Inglaterra. Editorial Awnsham Churchill

revolución industrial sucedida a finales del siglo XVIII en la que el derecho de propiedad corresponden solo a la nobleza y el clero se comienza a una transición a la propiedad de la burguesía, para después moverse hacia una sociedad liberal en el que el individuo pueda desarrollar su potencial, es este concepto de potencialidad y la importancia del derecho de propiedad vital para el desarrollo de las personas.

2.4- CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Para abordar un tema tan complejo como es el cambio de modelo de tratamiento de las tierras es necesario tener claras las definiciones de las expresiones más importantes tales como: Propiedad, comunidades campesinas o indígenas, sistema dominalista, accesorio o fundiario y el sistema de res nullius, concesiones mineras, bien común e interés social, seguridad jurídica, derechos humanos, entre otros para que a partir de esa base clarificar hasta qué punto es sostenible la idea de continuar con el sistema dominalista regalista vigente.

2.4.1 DERECHOS REALES:

Es el poder jurídico que ejerce una persona sobre una cosa, señorío que no necesariamente señala la utilización material de ella, es susceptible de hacerse valer “*erga omnes*” es decir frente a todos o contra terceros, la terminación surgió a partir de Savigny en su deseo de separar los derecho sobre las cosas con los derechos personales, asimismo el término “reales” proviene del término latín “res” que significa “Cosa” el Autor Anibal

Torres Vásquez¹⁸ Señala que este poder jurídico pertenece a la satisfacción económica de los titulares, el sujeto activo del derecho real es el titular (Propietario, usufructuario y poseedor, etc).

Díaz Picasso define al derecho como ¹⁹ Es un derecho subjetivo ya que se encarga de proteger el interés subjetivo de una persona sobre una cosa. El Derecho real al tener una esfera de implicancia sobre los bienes le otorga el derecho de persecución y preferencia.

2.4.1.1 NATURALEZA DE LOS DERECHOS REALES

2.4.1.1 TEORÍA CLÁSICA:

Es la vigente en nuestro código civil, se trata de distinguir entre los derechos obligacionales y reales.

A partir del siglo XXI nació esta teoría la cual comprende a los derechos reales como aquello que recae directamente sobre un bien el cual permite la obtención de alguna utilidad, para esta teoría los elementos del derecho:

a) Sujeto activo del derecho o titular b) objeto del derecho. Descarta al sujeto pasivo. El derecho real es de apropiación de una riqueza, el derecho personal es del aprovechamiento de servicios. Gonzáles Nerio (2012) lo define como la relación inmediata entre cosa y sujeto, la obra de Planiol Marcel señala que: “Existe el derecho real cuando la cosa esté sometida

¹⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. (2006) Derechos Reales. Lima. Editorial Idemsa

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luís. (1986) Fundamentos del derecho Civil Patrimonial. V. II, Editorial Civitas

totalmente al poder de una persona, en relación a la oponibilidad a otro sujeto”²⁰, asimismo se plantea para ésta teoría la principal diferencia entre los derechos reales y los derechos personales era una cuestión estructural: Los derechos personales se relacionaban para la ejecución de una prestación, en contraposición en los derechos reales la relación era únicamente con el bien.

2.4.1.2.TEORÍA PERSONALISTA:

También llamada obligacionista y monista, surge en contraposición de la teoría clásica, niega la existencia de los derechos reales porque considera que solo existen los derechos obligaciones, refieren que no pueden otorgarse los derechos reales sin algún tipo de deber

Kant, Immanuel (1797) ²¹ señala el error de concebir al derecho reales como recaído directamente sobre las cosas porque las relaciones jurídicas son solo entre personas y a todo derecho le es correspondiente un deber, debe ser en lugar un contenido negativo conceptuando de la siguiente manera “No es un conjunto sobre los bienes, son más bienes una zona velada a todo el mundo menos al derechohabiente”

²⁰PLANIOL, M. (1901). Tratado elemental del derecho civil: Conforme al programa oficial de las facultad de español

²¹ KANT, I (1797) Metafísica de las Costumbres y Teoría del Derecho

En defensa de esta teoría los autores definen al derecho real como la relación entre un sujeto activo y sujetos pasivos, toda obligación que surja del derecho real es negativa excepto para el titular del derecho sea propietario, poseedor o usufructuario. El sujeto activo es único y el sujeto pasivo tiene un número ilimitado.

Planiol expresa que la obligación impuesta es a todos menos quien se dice el titular del derecho, por lo que deben abstenerse de realizar todo lo que puede interrumpir la posesión sobre el bien. La relación obligatoria es evidente cuando el derecho es violado, el infractor es condenado a repararlo.

Autores como Puig Brutau han logrado refutar esta teoría explicando que el llamado sujeto pasivo indeterminado no existe, lo único real es que todos estamos obligados a respetar las leyes, que la relación jurídica solo sucede en el caso de que ambos sujetos están realmente vinculados.

2.4.1.3.TEORÍA ECLÉCTICA:

Armoniza la teoría clásica y la personalista, es propuesta por Planiol y Ripert señalando que el derecho real tiene los siguientes elementos: 1) la relación de la persona con el bien por lo que tiene un poder autónomo 2) La Obligación de los terceros de no interferir la relación autónoma.

2.4.2 PROPIEDAD:

Existen múltiples definiciones de propiedad, partiendo de una realidad intrínseca de necesidad del ser humano de apropiarse para sí algo que pueda garantizar la subsistencia, es decir desde una concepción utilitaria y económica la propiedad es una institución indispensable en la que se asientan las sociedades modernas para lograr la maximización de la obtención del bienestar, de dotación de un “algo” que los individuos pueden proveerse de medios materiales.

Nerio Gonzáles (2012)²² refiere que la propiedad existe antes de toda muestra de positivismo, así como es la primera forma de organización social, terminológicamente propiedad proviene de “Propietas” que significa dominio que del tiempo Justiniano refiere al derecho de usar, gozar y abusar de su cosa, es el primer derecho real y columna básica del derecho privado.

En nuestro sistema jurídico está reconocido **en el artículo 923 del Código civil** que lo define de la siguiente manera:

ARTÍCULO 923 DEL CÓDIGO CIVIL: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

²² Gonzáles, N (2012). Lecciones del Derecho Civil Peruano. Editorial Jurista Editores.

Sin embargo limitarnos a la definición de nuestro sistema legislativo es no terminar de comprender el espíritu de la institución por lo que es necesario entender cómo surgió tal concepto y cómo ha evolucionado en el tiempo.

En condiciones naturales, antes de las primeras muestras de civilizaciones o sociedades política, tal como las conocemos en la actualidad, la tierra estaba dada al caos y no fue hasta que el hombre a través de sus acciones y trabajo empezó a limitarla con el fin de preservar para sí, en tribus, clanes, u otras proto-sociedad.

La propiedad es un poder legal y legítimo que reconoce la sociedad permitiéndole al titular ejercer su propia voluntad sobre las cosas, se establece dos enfoques claros: El del dominio (Enfoque Positivo) y el de la exclusión con respecto a terceros (Enfoque Negativo). Reafirmando que el derecho de propiedad responde imperiosamente a la necesidad económica de garantizar y proteger fines individuales sin perjudicar el interés social que la enmarca en las constituciones de los estados modernos, porque aquel que tiene capital debe hacerla respetar aumentando de ésta manera la riqueza general, la propiedad es el más importante derecho real, establece una conexión entre el titular y el bien; este derecho es erga omnes porque se ejerce contra todos y es exclusivo porque nadie más puede tener otros derechos sobre el bien, la copropiedad no es una excepción a esta regla porque el derecho es uno solo.

Cuando el citado artículo menciona los atributos de la propiedad tales como el uso (servirse del bien), disfrute (percibir el provecho económico)

y la disposición (Deshacerse del bien) hace referencia dicho artículo también al interés social en marco de la constitución de 1979 siendo la carta magna que estaba vigente cuando el código civil fue promulgado en 1984, contrastando con la expresión “bien común” que se encuentra en la carta actual en el Perú; el término interés social refiere a sólo una parte de la población por ejemplo: interés social de los pueblos jóvenes, de los comerciantes o de las comunidades; el término bien común refiere al total de la población; es decir, la propiedad al ser oponible frente a terceros, por lo que no puede señalar afectación en caso de una restricción a la explotación económica, siempre que sea una medida razonable y proporcional, garantizando el interés protegido en esta figura jurídica que es el aprovechamiento del bien.

2.4.2.1 EXTENSIONES DE LA PROPIEDAD:

Entender con precisión el concepto de propiedad abarca también las limitaciones y su extensión que tiene para sí el titular de éste derecho, sobretodo cuando el objetivo de la presente tesis es la reforma y modificación del sistema de propiedad del subsuelo, en nuestro código civil cómo está definido esto

ART. N° 954 del Código Civil:

“La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro

superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho.

La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.”

El artículo mencionado refiere que sólo se extenderá la propiedad privada del subsuelo hasta donde sea útil y no comprende los recursos naturales en marco evidentemente del sistema dominalista vigente en el país, que considero es el principal motivo de conflictividad social minera, ya que los individuos conocedores de sus necesidades, de cómo solucionar sus problemas se le excluye de lo que realmente le puede ser útil como lo es la explotación de sus recursos, la propiedad es lo más importante para garantizar la libertad y que si todo los medios de producción, en este caso “el capital de los recursos naturales” está en las manos de la llamada sociedad, es porque ésta ejerce el poder total sobre los individuos, cuando la sociedad es incapaz de satisfacer cada uno de los intereses y motivaciones que tiene cada ser humano

2.4.3 SEGURIDAD JURÍDICA:

También llamada certeza jurídica, busca la predictibilidad y confianza del ciudadano tanto en el derecho como en sus consecuencias, supone en el conocimiento del derecho, fuertemente ligada a la propiedad, es decir se acepta conocido lo previsto en nuestra legislación y sólo a partir de ahí

puede ser aceptada o reconocida las consecuencias, penas o multas por la violación o la infracción de nuestras reglas, la seguridad jurídica es indispensable para la convivencia pacífica y el control social, en el derecho privado refiere que los contratos es la ley entre las partes y que las partes se someten a lo suscrito, una sociedad sin certeza jurídica es inviable, caótica y propensa a desaparecer, está fuertemente ligado al principio de irretroactividad de la ley, principio de legalidad y principio del debido proceso.

Con respecto a la actividad minera en nuestro sistema judicial la figura de seguridad jurídica con está normada para las inversiones, sobre todo extranjeras que realizan contrato con el estado mediante la figura de los contratos ley regulados por el artículo 62 de la Constitución Política del Perú que brinda un respaldo legal ante cambios legales, tributarios, administrativos y políticos tan presentes en la sociedad latinoamericana, sin embargo es menester que sea incluido como derecho fundamental de las personas tal como sucede en los siguientes países: Brasil, Chile, Ecuador, Estados Unidos de América y España; por lo que se convierte en una institución garante de los derechos humanos y garante del ejercicio pacífico de los derechos ya sea de carácter inmaterial o material.

La seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca

asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad.

2.4.4 COMUNIDAD CAMPESINA Y NATIVAS:

Las comunidades campesinas y nativas son agrupaciones sociales históricas cuyo origen se encuentra en los pueblos originarios o “Ayllus” la cual comparte identidades, conocimientos, historias, costumbres ²³

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.

Actualmente las comunidades campesinas y nativas suelen encontrarse en el sector rural o urbano del Perú aunque al inicio este se limita solamente al Perú rural sin embargo el cambio se debe éste último producto de la migración debido a la marginación y el terrorismo vivido en la década de los ochenta, sin embargo lo anteriormente señalado remonta solamente al origen rural haciendo referencia a las comunidades campesinas las asentadas en el ande peruano y las nativas en la Amazonía.

²³ Peña, J. (2013) Las comunidades campesinas y nativas en el Perú. Un análisis exegético del artículo 89 de la constitución. Asociación Derecho Civil y Sociedad.

El Perú ha sido de los primeros estados en reconocer la existencia de las comunidades campesinas y nativas, por lo que a partir de la Constitución Política del Perú de 1920 se les señala como “Comunidades indígenas”, a pesar de la larga data de más de cien años, en la actualidad no se lleva un registro estricto y real del número y ubicación de cada una de las comunidades a pesar de su trascendencia histórica, social y económica.

De acuerdo al censo desarrollado en 2017 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática existen más de 9 mil comunidades campesinas y nativas, de las cuales 2703 son nativas siendo Loreto el departamento que registró 1170 comunidades²⁴

Así mismo se promulgó la Ley de Comunidades campesinas N°24656, su importancia histórica y cultural es innegable, la Constitución Política las reconoce en su artículo 89, el cual señala:

Artículo 89 de la Constitución Política del Perú: Comunidades campesinas y nativas: Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

La existencia de hecho de las comunidades campesinas y nativas es indiscutible, sin embargo la existencia legal en el marco del derecho

²⁴ En Perú existen más de 9 mil comunidades campesinas y nativas. (13 de Marzo del 2019) Recuperado de <https://www.rumbominero.com/noticias/economia/inei-en-peru-existen-mas-de-9-mil-comunidades-nativas-y-campesinas/>

internacional no se dio hasta el proceso de inscripción de tales agrupaciones de personas ante el estado peruano, reconocido por la Constitución Política del Perú señalando sus derechos y deberes de acuerdo al convenio 169 Organización Internacional del Trabajo aprobado en 1989 y ratificado del por nuestro país en 1994.

2.4.5 COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL:

La Organización Internacional del Trabajo, en su convenio 169 sobre el pueblo indígena y el tribales:

El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

«2. La conciencia de su identidad [indígena] o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

«3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.»²⁵

2.4.6 DERECHOS HUMANOS:

Tras el fin de la segunda guerra mundial, un cambio significativo ocurrió en el mundo del derecho tras la expedición de la carta de las Naciones Unidas, en la que el nuevo centro del sistema será el ser humano en sus diferentes etapas: Ya sea como actor público (Derechos Políticos), como actor privado (Derecho de las personas) o como actor económico, dando con ello el nacimiento del neo constitucionalismo, sobre el cual, Ferrajoli señala:²⁶

“Y bien, este cambio de paradigma que ha hecho posible el aludido papel de las Constituciones como garantía de la división de poderes

²⁵ OIT. Convenio 169.

²⁶ FERRAJOLI, L. El garantismo y la filosofía del derecho.

y de los derechos fundamentales, se ha producido con esa verdadera invención del siglo XX, que ha sido la rigidez de la constitución (O , si se quiere, la garantía de dicha rigidez) y, por tanto, la sujeción al Derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo, tanto en el plano del derecho interno como en el del derecho internacional.”

Los derechos humanos son los derechos inherentes al ser humano por su condición de tal, sin distinción de raza, sexo, cultura, condición socioeconómicas, lengua, religión o cualquier otra condición por la cual un ser humano puede ser calificado, son universales e inalienables es decir que no se puede enajenar, indispensable para el desarrollo integral de las personas.

La universalidad de los derechos humanos es la base en la que se sienta éstos, ya que trasciende a culturas y espacios, todos tenemos exactamente el mismo derecho a gozarlos, al ser inalienables, no deberían suprimirse, ni restringirse, salvo excepciones concretas como la libertad que puede limitarse si la persona es encontrada y declarada culpable por un juez.

Los derechos humanos al ser indivisibles e interdependientes significan que un grupo de derechos no pueden disfrutarse plenamente sin los otros, la no discriminación va más allá del derecho internacional, es un principio presente en los principales convenidos de derechos humanos.

El principal garante de la defensa, respeto, promoción de los derechos humanos es el Estado, sin reconocer que la sociedad también está exigida al respeto de tales, además de las empresas en el marco de los derechos laborales, ambientales y de las poblaciones indígenas.

Los derechos humanos pueden clasificarse de la siguiente manera: derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; derechos colectivos.

La dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos. Es decir, todos los seres humanos gozan de tales derechos porque son seres con dignidad. Que todo ser humano sea digno significa que siempre debe ser tratado como un fin en sí mismo y nunca como un simple medio.

Art. 1 de la Constitución Política del Perú:

Defensa de la Persona Humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La dignidad de acuerdo a Inmanuel Kant: Utiliza el concepto de dignidad para diferenciar a las cosas de las personas. Para Kant las cosas tienen un precio o valor relativo, mientras que las personas son fines en sí, vale decir, tienen dignidad. Para este autor las cosas pueden ser reemplazadas por equivalentes, mientras que las personas no.

“Lo que tiene un precio puede ser reemplazado por algo equivalente; lo que por el contrario se eleva por encima de todo precio y, por tanto, no admite un equivalente, tiene dignidad”

El TC a través de su jurisprudencia ha manifestado respecto del derecho invocado que:

“[...] **La dignidad de la persona humana** constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dínamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuerza* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”²⁷

(...) La realización del derecho a la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo

²⁷ STC 10087-2005-PA, Tribunal Constitucional del Perú. (2012) Sentencia recaída del expediente N° 10087-2005-PA Alipio Landa Herrera contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de ICA. Recuperado: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>

posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecer un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...] , que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.²⁸

²⁸ Tribunal Constitucional del Perú. (2012) Sentencia recaída del expediente N° 02101-2011-PA/TC Lid Beatriz Gonzales Guerra contra la Corte Superior de Justicia de Puno. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/021012011AA%20Resolucion.html#:~:text=%E2%80%9C5B%E2%80%A6%5D%20la%20dignidad%20de,le%20d%C3%A9%20un%20tratamiento%20instrumental>.

“La Constitución se refiere en su artículo 2, inciso 7, al derecho fundamental de toda persona “al honor y la buena reputación [...]”. De este modo, la Constitución hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición *iusfundamental* que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico, actúan en la sociedad proyectando una imagen o un nombre o una ‘razón social’” (Cfr. STC 905-2001-PA/TC, STC 4099-2005-PA/TC, entre otras).

2.4.7 LOS MINERALES:

Son sustancias inorgánicas que se extraen del subsuelo para ser aprovechadas económicamente en estado sólido o líquido, pueden ser clasificados en bienes corporales muebles cuando se extraen del yacimiento o inmuebles cuando se encuentran unidos a éste, son considerados productos ya que no son renovables

2.4.8 CONCESIÓN MINERA:

Es un acto administrativo, es decir, una expresión de voluntad expresada por el estado de acuerdo al propio texto único ordenado de La Ley General de Minería D.S N° 014-92-EM del 2 de Junio de 1992, por lo que el Estado es el representante del Perú y la colectividad, ejerce la actividad minera otorgando explotación de dominios públicos tales como los recursos naturales señalados en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú con la intención de confluir los interés de ambas partes autorizando la actividad de exploración de yacimientos, explotación, desarrollo, beneficio, labor o transporte minero; el interés principal que mueve al estado peruano para otorgar dichas concesiones es el fomento de la economía, el desarrollo, generación de oportunidades laborales y la recaudación de impuestos, el ingreso de divisas internacionales a través de la exportación y la satisfacción de la necesidad de consumo o servicios y

evidentemente el principal interés privado es la generación de ganancias para los inversionistas.

Tamaño de la Empresa	Rango de Producción
Gran Minería	Más de 5000 tpd
Mediana Minería	De 150 tpd a 5000 tpd
Pequeña Minería	Menos de 150 tpd

2.4.8.1 FASES DE LA CONCESIÓN MINERA:

2.4.8.1.1 CATEO Y PROSPECCIÓN: Es la primera etapa de toda concesión minera, se realiza la búsqueda de yacimientos mineros por métodos experimentales, todos los yacimientos mineros fueron halladas por cateadores, el cateo es libre en todo el Perú, es decir no requiere ningún tipo de permiso, solicitud o concesión.

El cateo y la prospección no pueden realizarse en áreas de expansión urbana o urbana, zonas arqueológicas y zonas reservadas por la defensa nacional, áreas naturales protegidas conforme a la legislación ambiental vigente.

La ley General de Minería en su artículo 1, lo define de la siguiente manera:

“El cateo es la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales.”

La prospección es la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas de instrumentos y técnicas de precisión.

2.4.8.1.2 EXPLORACIÓN, DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN:

Para la realización de esta parte ya se requiere autorización de concesión minera, se encuentra reglamentada por el Reglamento de Protección Ambiental para la explotación Minera D.S N°042-2017-EM, engloba las actividades de exploración, desarrollo y explotación

Artículo 8 de la Ley General de la Minería: La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los elementos materiales.

Desarrollo es la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento.

La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento.

2.4.8.1.3 BENEFICIO: Son los procedimientos químicos, físicos y físicos cuya finalidad es la concentración de la parte valiosa de los metales,

purificación y refinamiento. Comprende las etapas de preparación mecánica, metalurgia y refinación.

2.4.8.1.4 LABOR GENERAL:

Artículo 19 de la Ley General de la Minería: La labor general es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos más concesiones de distintos concesionarios.

2.4.8.1.5 TRANSPORTE MINERO:

Artículo 22 de la Ley General de la Minería : Transporte minero es todo sistema utilizado para el transporte masivo continuo de productos minerales, por métodos no convencionales.

Los sistemas a utilizarse podrán ser:

- Fajas transportadoras
- Tuberías, o,
- Cables carriles.

2.4.8.1.6 COMERCIALIZACIÓN: A pesar de la inexistencia de una definición legal de este término , la actividad comercial puede entenderse como la colocación de minerales en el mercado nacional e internacional, pudiendo estar vinculadas con las operaciones de las bolsas de valores

ARTÍCULO 3 DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA: La comercialización de productos minerales es libre, interna y externamente y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión.

2.4.9 CANON MINERO:

Es el impuesto que se le transfiere a gobiernos regionales y locales equivalente al 50% del Impuesto a la renta proveniente de la renta de tercera categoría de la explotación minera de recursos metálicos y no metálicos que se distribuyen a los gobiernos regionales y locales donde se explotan los recursos.

Los criterios distributivos de acuerdo al Ministerio de Economía y Finanzas son los siguientes:

- 10% Otorgado a los gobiernos locales y municipalidades.
- 25% Repartido entre las municipalidades distritales y provinciales
- 40% Distribuido entre los gobiernos locales del departamento o departamentos donde se encuentra la explotación
- 25% Entregado a los Gobiernos regionales.

2.5 SISTEMA DE ACCESIÓN O FUNDIARIO:

Este sistema es propio de los países con sistema jurídico del common law (Derecho común) , otorga el dominio originario de los yacimientos al mismo dueño del terreno superficial, se aplica el principio de accesión y unidad de un solo terreno, debido a que el bien accesorio recibe los efectos

del bien principal, el titular del derecho sobre un terreno superficial se convierte inmediatamente en dueño también de las riquezas halladas debajo de este, se deriva del derecho natural, del reparto posesorio de la ocupación de las tierras, Catalano (1960) expresaba “«Por derecho natural los yacimientos que existen en un terreno forman parte de este y pertenecen al propietario, como la hierba y los cultivos» , Este sistema nació en la propia roma del siglo I. A C, Para los romanos, los minerales son productos naturales, lo que hoy en el derecho civil moderno se le denomina frutos, que pueden ser explotados y aprovechado por la autonomía privada, sin embargo no es hasta entrado el Siglo XXI que se define mediante glosas logradas por el máximo representante de la escuela de Bolonia **ACCURSIUS** “*Cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*” cuya traducción al español sería:

“El que es dueño del suelo, lo es por arriba hasta el cielo y por abajo hasta el infierno”

Este adagio es fundamental para el entendimiento del sistema de accesión de la tierra puesto que establece el más irrestricto al derecho de propiedad y utilización de los individuos causante del auge minero en países mineros y petroleros como lo son Estados Unidos, Canadá, Australia, Sudáfrica e Inglaterra y Sri Lanka

2.5.1 APLICACIÓN DEL SISTEMA DE ACCESIÓN O FUNDIARIO

2.5.1.1 CANADÁ:

El sistema de accesión o fundiario no es el único vigente al hablar sobre la propiedad de la tierra en Canadá, esto se debe a Quebec de clara influencia y tradición francesa, provincia en la cual el sistema dominalista es el que se aplica en el caso de explotaciones mineras.

Si bien pasado el siglo XXI se entregaba en propiedad los recursos minerales de manera accesoria al titular del terreno superficial, actualmente la tendencia en este país es reformar su legislación para que el Estado sea el propietario de los minerales y sea éste lo entregue en concesión, sin embargo esta corriente también presenta excepciones:

- Los derechos de terrenos superficiales que fueron otorgados hasta el siglo XX

- Los derechos otorgados en propiedad a las comunidades nativas.

2.5.1.2 INGLATERRA (SIGLO X-XX)

Inglaterra atribuye el dominio de los recursos minerales situados al dueño de la tierra “The land”, que además le facultaba otorgar otros derechos para acceder, explorar y explotar los minerales. El sistema legal accesión de acuerdo a los principios de la carta Magna de 1215,

Blackstone, W (1765) refiere²⁹

“La tierra tiene también, en su significación legal, una extensión indefinida, tanto hacia arriba como hacia

²⁹ Blackstone W. (1765) Libro 2, capítulo 2 de Comentarios Sobre las leyes de Inglaterra

abajo. *Cujus est solum, ejus est usque ad coelum*, es la máxima de la ley, hacia arriba; por lo tanto, ningún hombre puede erigir ningún edificio o similar que sobresalga de la tierra de otro; y, hacia abajo, todo lo que esté en línea directa entre la superficie de cualquier tierra y el centro de la tierra, pertenece al dueño de la superficie; como es la experiencia de cada día en los países mineros. De modo que la palabra "tierra" incluye no sólo la faz de la tierra, sino todo lo que está debajo o sobre ella. Y por lo tanto, si un hombre otorga todas sus tierras, otorga todas sus minas de metal y otros fósiles, sus bosques, sus aguas y sus casas, así como sus campos y prados.”

Analizando la realidad de la actividad minera se puede concluir lo siguiente:

Los principales tenures-estates utilizados fueron:

- 1- **Freehold Lands:** Dominio enteramente privado, de disposición del suelo para toda actividad minera, que de acuerdo a la extensión del derecho tal como “Tenant in fee simple” que era un título a perpetuidad o “Tenant in Tail” Propiedad plena del ejercicio minero limitada temporalmente o “Tenant of Life” Es la posesión vitalicia de la tierra del señor con prohibición de abrir nuevas minas para sí mismo.
- 2- **Copyhold Lands:** Denominada “Tierra de registro” es las poseídas a nivel condicional o Precario.

2.5.1.3 ESTADOS UNIDOS:

La actividad minera en los estados unidos no está completamente liberalizada, es decir para que una persona natural o jurídica pueda extraer minerales requiere permiso de explotación del mineral llamado “Mining Claim”, en la primera potencia mundial el propietario del terreno superficial sí es propietario del subsuelo y todas las riquezas halladas ahí, sin embargo, por lo que, quien tenga interés en la explotación pueda realizar tal actividad.

En el periodo de las trece colonias se aplicaba la integridad de los principios de la Carta Magna inglesa en su totalidad, pero una vez cortados las relaciones de dependencia de la corona inglesa todas las sustancias minerales pasaron a ser propiedad de los dueños de los terrenos superficiales sin excepción del oro y la plata que la corona británica siempre conservó para sí, tras la promulgación de la ley de ordenanzas de tierras (The land Ordinance) a través de la cual los estados unidos tomaba forma como nación independiente, posteriormente se descubrió oro en california y los recursos minerales pasaron a manos privadas.

La ley Federal de Administración de Territorios de Dominio Público de 1976 regula una serie de requisitos y procedimientos administrativos de la explotación minera, se resguarda los terrenos público federales con respeto al espíritu del sistema de accesión fundiario, es decir, los Estados Unidos de Norteamérica regula las limitaciones de las explotaciones minerales en

marco de la protección del medio ambiente y en caso de una negativa de explotación solicitada por un tercero, la autoridad interviene en favor del desarrollo minero, previa indemnización por los perjuicios causados al propietario del terreno superficial.

En estados unidos sigue vigente el sistema unitario de la tierra bajo el apotegma inglés “Cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos” (Aquel que es dueño del suelo lo es también por extensión indefinida hasta el cielo y al infierno) alentando de esta manera lo que se llamaría fiebre del Petróleo en Pensilvania y posteriormente en Texas que impulsó la iniciativa privada, los nuevos riesgos de inversión y la creación tecnológica expandiendo.

2.6 SISTEMA DE LAS COSAS DE NADIE O RES NULLIUS:

Denominado Sistema de Nadie, es contrario al sistema de accesión y separa la propiedad del suelo con la del subsuelo, en este sistema los yacimientos originarios no pertenecen al propietario del suelo, al estado ni a nadie, el primero que ocupa o descubre el yacimiento e inicia la explotación económica se convierte en el titular de derecho de propiedad. Este sistema no está vigente en ningún país, sin embargo fue ley durante la vigencia del código minero de Francia de 1810 vigente hasta 1919 a pesar de no pronunciarse explícitamente sobre el dominio originario de los yacimientos señalaba “Las minas constituyen una propiedad nueva y

particular, distinta del suelo, creada por el descubrimiento, pero asimilada en otros aspectos a la propiedad común.

Dalloz, reconocido jurista francés refiere a este sistema que las minas en principio no pertenecen a nadie, tampoco al estado, sin embargo éste a título de “tutor de la riqueza pública”

2.7 SISTEMA DOMINIALISTA:

En el Perú, al igual que en el resto de Latinoamérica está vigente el sistema dominalista- regalista que por derecho divino le atribuía a la Corona Española la propiedad de todos los recursos naturales hallados debajo del suelo; esto proviene del derecho impuesto por el rey, titulándose ser el propietario o el señor de las minas y propietario del subsuelo, la exigencia se remontan al Derecho medieval español expresadas en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las partidas de Alfonso X, el ordenamiento de Alcalá, las ordenanzas de Castilla y las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.

Las ordenanzas de Minería continuaron cumpliéndose en la totalidad de los países hispanoamericanos después de producida las corrientes emancipadoras y las posteriores instalaciones de las Repúblicas siendo modificadas o derogadas gradualmente en el curso del siglo XIX, sin embargo no pudieron aislar el espíritu colonialista de las novísimas naciones aún vigentes dos siglos después de sus creaciones a pesar que iban introduciendo paulatinamente diferentes derechos de acuerdo a las

corrientes intelectuales a nivel mundial y los movimientos sociales desarrollados en el país.

Tal muestra de la herencia colonial en el país está reflejo en el artículo 66 de la Constitución política del Perú, en cual señala:

ART N° 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.

Atribuye el dominio originario de los yacimientos mineros a la colectividad representada por el Estado. Esta vertiente se puede subdividir en dos grandes corrientes como lo son el sistema dominalista regalista que es el vigente el Perú donde se otorga la titularidad de los dominio de los yacimientos petroleros y mineros a favor del Estado, puede realizar su explotación a través de empresas públicas (Ejemplo: PetroPerú) O Darlas en concesión a empresas privadas a través de concesiones, contratos, licencias o permisos (Buenaventura), la segunda corriente es la sistema dominalista socialista: Reserva el dominio originario de los yacimientos exclusivamente a favor del Estado, prohibiendo la concesión a particulares un ejemplo harto conocido por la comunidad internacional es en Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA)

La propiedad privada del subsuelo como accesitario a la superficie es materia de la presente investigación, transformadora en la idea de que se reconozca una propiedad excluyente a favor de un individuo de los recursos hallados en el subsuelo de su predio.

Además de que en el articulado no define qué es considerado “grado de utilidad” o hasta qué punto se puede considerar “útil para el propietario” o “qué es el bien común” y cómo este último término vulnera los derechos individuales de los propietarios expresados en sus diversas formas incluidas las asociaciones como comunidades campesinas o pueblos indígenas, que hasta antes de un interés de la concesión minera eran inexistentes para el estado.

2.8 ESTADO:

Es una organización política e institucional establecido en un territorio y con poder legitimado para ordenar la población, su estructura, organización y la vida, sus elementos diferenciadores son: Territorio, población, soberanía y reconocimiento internacional, la definición más citada es la de Max weber (1919):

“«Asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio el legítima como medio de dominación»”

Héller, Herman (1963) expresa la siguiente definición para el Estado:

“Estructura económica, jurídica y política de dominación, independiente en lo exterior e interior, con medios de poder propios, que organiza la cooperación social territorial con base en un orden legítimo”

2.8.1 ELEMENTOS DEL ESTADO

2.8.1.1 PUEBLO:

Es la colectividad humana, el conjunto de personas estrechamente unido por vínculos culturales, jurídicos, coexistentes en una determinada zona geográfica, es imposible la existencia de un estado sin habitantes tal como pasa en el continente antártico o en Groenlandia.

2.8.1.2 TERRITORIO:

Es la determinación del espacio geográfico en el cual el estado ejerce gobierno soberano y legítimo, es ahí donde puede desarrollar su poder, es el componente físico del Ius imperium, una asociación humana tal como la población no puede ser considerado estado por sí misma por lo que necesita también tierra en el cual ejerza su poder

2.8.1.3 PODER POLÍTICO:

Es la potestad de dirección, de condición y coacción, es la facultad que dispone los gobiernos legítimos de autoridad para hacerse obedecer, es la capacidad detentada para someter por la fuerza al funcionamiento del estado asimismo limitar las acciones y regular la vida entre sujetos integrantes de la población, este elemento de existencia del estado está

muy relacionado con la soberanía, Karl Marx y Friederich Engels señala que su principal función es la estabilidad de la sociedad

2.9 TRATADOS:

Son normas jurídicas internacionales integrados al sistema legal peruano de acuerdo al artículo 55 de la Constitución y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, son vinculantes y obligatorios, estos son suscritos entre sujetos de derecho internacional o entre los organismos internacionales, estos se suscriben tras distintas etapas como lo son: la negociación, adopción del texto, autenticación y prestación del consentimiento, el máximo intérprete de nuestra constitución en la sentencia señala al respecto de los tratados sobre derechos humanos lo siguiente:

“(…) Los derechos y libertades reconocidos en la constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano.”³⁰

Señala el TC también con respecto a los tratados:

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos

³⁰ Sentencia del TC recaída en el Exp. 0217-2002-HC-TC (FJ 25-34)

tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional.

El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales (...) ³¹

2.8.1.5 PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA:

Latinazgo cuya traducción es “Lo pactado obliga”, en el marco del derecho internacional y lo suscrito por los estados en la Convención de Viena o “Convenio de los tratados” señala que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” ³² Este axioma proviene desde la antigua Roma por lo que “Los pactos deben honrarse” de esta manera velar por la seguridad jurídica de los tratados internacionales.

³¹ Sentencia del Tc recaída en el Exp: N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC

³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 26- “Pacta sunt servanda”.

En el ART. N° 27 de la Convención de Viena enfatiza que el derecho interno no puede servir de excusa para incumplir los tratados internacionales suscritos por lo que al haber contradicción se realiza un control de convencionalidad tal como pasó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gelman vs Uruguay

“Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte de la Convención Americana, todas sus autoridades públicas, y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...)”

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE CONFLICTOS SOCIALES, CAUSALIDAD Y SOLUCIONES

3.1 CONFLICTO SOCIAL:

El conflicto es propio de la vida en sociedad ya que es las conductas humanas siempre buscan la satisfacción de sus intereses y el choque o la contraposición genera conflictos, teniendo en cuenta que los bienes son escasos y las necesidades entre básicas, secundarias, superficiales y de autorrealización son innumerables, el choque de intereses, de la búsqueda de la prevalencia de la voluntad, el conflicto es tan natural como la discusión misma, sin embargo es importante saber no confundir el conflicto con la violencia puesto que no son lo mismo, la violencia es la expresión destructiva del conflicto, el desentendimiento entre las partes de una sociedad en desigualdad de posiciones, debe entenderse como un proceso complejo entre la sociedad organizada, el estado y las empresas.

La desigualdad es el principal factor que desencadena conflictos sociales, el sociólogo alemán Coser. L(1961)³³ relata que una de las principales funciones de los conflictos sociales es el desarrollo de la identidad de la comunidad, además de establecerse las fronteras con las que los rodea

³³Coser, L (1961) *“Las funciones del conflicto social”*. Editorial Fondo de Cultura Económica

sirven para reforzar los lazos de fraternidad de las agrupaciones sociales en la búsqueda de enemigos común la cohesión se intensifican.

De acuerdo a la adjuntía para la prevención de conflictos sociales de la defensoría del pueblo, existen cinco etapas claramente diferenciadas en el desarrollo de un conflicto social.

✓ Fase Temprana: Etapa inicial, los actores expresan públicamente el conflicto de valores o intereses.

✓ Fase de Escalamiento: Las acciones de violencia física incrementan la tensión entre las relaciones entre la sociedad, las empresas y el estado.

✓ Fase de Crisis: Son públicos los reclamos a través de actos violentos contra los agentes del orden, contra la propiedad pública y privada.

✓ Fase de Desescalamiento: Las acciones violentas disminuye en intensidad, las relaciones de tensión se transforman en oportunidades de diálogo.

✓ Fase de Diálogo: Etapa de proceso comunicacional donde las partes intercambian información, presentan alternativas y

opciones de acuerdo en un espacio, ordenado, igualitario y sometido a reglas.

De acuerdo al mismo informe de la adjuntía para la prevención de los conflictos sociales, la mayor incidencia de estos ocurre en Ancash (22%), Cusco (17%), Loreto (15%), Puno (13%) , Apurímac (12%), Piura (11%) y Cajamarca (11%)

Al señalarnos la motivación socio ambiental evidentemente hablamos de la gran preocupación que genera el inicio y explotación de yacimientos mineros, además de la gran expectativa defraudada por la redistribución de la riqueza en las localidades por lo que es importante saber cuánto dinero ingresan las regiones que reciben canon minero que previamente en el capítulo dos ya hemos definido aclarado los porcentajes de repartición entre los gobiernos distritales, provinciales y regionales contrastando con la clara pobreza de los distritos colindantes, a eso referimos en el segundo párrafo de este capítulo al hablar de que la desigualdad es la principal causa de los conflictos socioambientales donde la minería está involucrada.

De acuerdo al INEI en su último estudio realizado a 2018 los 20 distritos más pobres del Perú están ubicados en regiones tradicionalmente mineras como lo son: Uchuraccay (Ayacucho) Oxamarca (Cajamarca) Anguía (Cajamarca) Pucapolpa (Ayacucho) Pichos (Huancavelica) José Sabogal (Cajamarca) Cachachi (Cajamarca) Sallique (Cajamarca) Cujillo (Cajamarca) Huasmin (Cajamarca) Miguel Iglesias (Cajamarca) Callayuc

(Cajamarca) Encañada (Cajamarca) Chetilla (Cajamarca) Cospán
(Cajamarca) Miracosta (Cajamarca) La Ramada (Cajamarca) Chaca
(Cajamarca) Cortegana (Cajamarca) Sitacona (Cajamarca)³⁴

Un caso emblemático es Cajamarca, región con el yacimiento aurífero más importante de Sudamérica “Yanacocha” tiene 16 de 20 de los distritos más pobres del Perú de acuerdo al mapa de pobreza monetaria en el Perú, es decir que 16 de 20 distritos no obtienen los ingresos suficientes para la satisfacción de sus necesidades alimentarias y no alimentarias (Educación, salud y vivienda).

De acuerdo a datos del propio MEF a 2020 Cajamarca solo había gastado el 39% del presupuesto asignado a pesar de las apremiantes necesidades, otras de las regiones que también destacan por ineficientes son Huancavelica 61% y Ayacucho con el 54% de ejecución del presupuesto de las regiones, es decir a pesar de las transferencias obtenidas por las regiones tal como se señala en el siguiente cuadro:

TRANSFERENCIA DE CANON MINERO 2020				
N°	DEPARTAMENTO	GOBIERNOS	GOBIERNOS	TOTAL
	S	LOCALES	REGIONALES	
1	ANCASH	572,229,155.83	190,742,065.85	762,972,221,68

³⁴ INEI ESTOS SON LOS DISTRITOS MÁS POBRES DEL PERÚ (25 de Febrero del 2020) Recuperado de: <https://rpp.pe/economia/economia/inei-estos-son-los-20-distritos-mas-pobres-del-peru-noticia-1247810>

2	TACNA	255,775,688.69	85,258,562.47	341,034,251.16
3	AREQUIPA	186,539,377.10	62,179,791.75	221,747,391.53
4	CUSCO	166,310,544.31	55,436,847.22	221,747,391.53
5	CAJAMARCA	142,269,237.15	47,423,078.19	189,692,315.34
6	MOQUEGUA	134,657,006.81	44,485,668.85	179,542,675.66
7	ICA	133,204,427.38	44,401,475.53	177,605,902.91
8	LA LIBERTAD	129,761,676.00	42,253,891.05	173,015,567.05
9	PUNO	78,451,198.62	26,150,398.48	104,601,597.10
10	LIMA	53, 259,071.67	17,753,022.67	71,012,094.34
11	AYACUCHO	40,558,606.88	13,519,534.48	54,078,141.36
12	JUNÍN	26,011,058.53	8,457,840.29	34,468,898.82
13	PASCO	21,417,988.59	6,846,972.13	28,264,960.72
14	APURIMAC	12,823,137.12	4,274,378.25	17,097,515.37
15	PIURA	4,650,073.20	1,550,023.60	6,200,096.80
16	HUANCANELICA	1,786,046.08	595,287.83	2,381,333.91
17	HUÁNUCO	1,786,046.08	595,287.83	2,381,333.91

18	MADRE DE DIOS	1,684,392.55	549,464.18	2,197,856.73
19	SAN MARTIN	749,736.85	249,911.67	999,648.52
20	AMAZONAS	1,540.76	513,04	2,053.80
21	LAMBAYEQUE	1,462.98	487.29	1,950.37
22	TUMBES	681.05	435.00	1,116.65
23	LORETO	415.90	138.21	554.11
24	UCAYALI	153.13	51.04	204.17 ³⁵

Tabla 1

Del cuadro precedente podemos ver que a Ancash lidera la lista de regiones que más ingresos perciben por concepto de canon minero, cuadruplicando los ingentes ingresos percibidos por Cajamarca en donde se encuentra un yacimiento tan importante como lo es Yanacocha, asimismo podemos visualizar que la explotación minera no es una actividad económica importante para regiones como la de Lambayeque y Piura a pesar de que su población comparativamente tiene menor índice de pobreza a territorios como lo es Ancash, Cajamarca o Huancavelica.

³⁵ Fuente: MEF- SETIEMBRE 2020. Elaboración Propia

3.1.1- CONFLICTIVIDAD SOCIAL Y MINERÍA:

La conflictividad social estudiada parte de una realidad evidente en nuestro país, la minería abarca el 64% de todos los casos de convulsiones sociales, en parte a los peligros ambientales, al desentendimiento de las partes, las demandas generadas por las poblaciones aledañas a las tierras donde se desarrollan los proyectos y sumado el ineficiente gasto público incapaz de surtir de los servicios más esenciales a la población desencantan en este descontento que no ha sido entendido en la totalidad por las diferentes entidades del gobierno.

Para entender qué conflictos sociales son de resistencia y rechazo y cuáles son de coexistencia minera es necesario tomar como muestra los principales conflictos sociales desarrollados entre 2015 y 2018 además de los cuadros de la defensoría pública y otras instituciones especializadas para determinar si los conflictos son de rechazo o de coexistencia de la minería con otras actividades, tomando en cuenta las variables que son el sistema de tratamiento de tierras vigente en el Perú que es sistema dominalista y cuándo es el grado de causalidad para perpetuar este descontento en población y cómo la migración a un sistema de acceso, de acuerdo a la población muestral estudiada de los conflictos sociales entre 2015 y 2018 encontramos los siguientes casos representativos para así comprender sus demandas, comparar realidades con legislaciones donde se aplica el common law y el sistema de acceso o fundiario y concluir si la hipótesis planteadas son correctas.

3.1.2 LAS BAMBAS

Ubicado entre el Distrito de Chalhuanhuacho y Progreso, entre Apurímac y Cusco.

El área está comprendida por botaderos de 140 mil toneladas diarias y componentes auxiliares, el mineroducto propuesto por la empresa recorría 206 km que finaliza en Tintaya en la Provincia de Espina en la Región de Cuzco donde se realizaría el proceso de concentración de molibdeno y cobre, el primer informe del Estudio de Impacto ambiental fue modificado cinco veces, la dueña que se adjudicó era la empresa suiza Xtrata que posteriormente transfirió sus derechos a manos del gigante chino Minmetals Corporation que decidió no construir el mineroducto sino trasladar el mineral de la explotación a través de una carretera comunal que pasaría a ser carretera nacional, generando polvo, ruido y contaminación a las comunidades asentadas a orillas del camino, por lo que éstos hechos terminaron por despertar el descontento de la población además del incumplimiento de diecisiete condiciones que en la licencia social se señalaba.

Las principales demandas de la población se basan en exigir la demolición de las plantas de molibdeno, anular las modificaciones del estudio de impacto ambiental, la creación de un impuesto del 10% de las ganancias para un fondo social que favorezca a las comunidades y la renegociación de las tierras comunales de la zona de influencia minera e inclusión de

otras comunidades por donde pasará los beneficios de influencia de la concesión

Las demandas antes señaladas plantean dos contraposiciones claramente diferenciadas por un lado el interés de la compañía china minera en reducir sus costos al transportar los minerales a través de una carretera nacional desistiendo de la construcción del mineroducto y los planteamientos de los pobladores, por ejemplo en el punto de renegociación de las tierras donde pasar, del reparto de un porcentaje de utilidades fácilmente podría ser mejorado en favor de los propietarios de la tierra en el marco de la modificación del artículo 66 de la constitución política del Perú, al desistir de la construcción del mineroducto y la intención de la empresa de transportar el mineral por lo que era carretera comunal a carretera nacional vía por donde se trasladará diariamente 300 camiones repletos de minerales generando ruido, polvo, temblores; de acuerdo al enfoque normativo del análisis económico del derecho que estudia las conductas ajenas al enfoque de mercado, se puede evitar la explosión de estos estallidos sociales si ambas partes buscan la máxima eficiencia de sus conductas y para lograrse la institución de la propiedad es indispensable ya que solo cuando todo es propiedad de alguien la el logro de mayor eficiencia parte de la maximización de la riqueza³⁶

Sometiendo al equilibrio del precio los actos dispuestos por las personas de manera individual o colectiva y brindando certeza jurídica se podría

³⁶ Calabressi “Economics and Analysis of Law”

resolver las discordancia y cómo lo definiría el AED lograr la mayor eficiencia al menor costo de oportunidad, por ejemplo en el caso de Las Bambas la empresa minera se quejó que la comunidad Nueva Fuerabamba los demandó exigiendo el pago de USD 450 millones de dólares por concepto de daños y perjuicios además de anular los acuerdos antes firmados³⁷, esta indefinición de derechos de propiedad de dar a cada quien lo que le corresponde evitaría la explosión de estas convulsiones sociales ya que cada comunero individual o colectivamente tuviera potestad de las riquezas halladas en el subsuelo, tal como sucede en los Estados Unidos, Canadá, Australia y Sri Lanka ya que de acuerdo a STC :

“Los recursos naturales son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales”³⁸

El planteamiento de cambiar el sistema de propiedad d de la tierra por uno de accesión o fundiario otorgaría el derecho de propiedad de los recursos naturales a las comunidades campesinas más pobres del Perú, por lo que también decantaría en la derogación del párrafo 2 del artículo 954 del CC. Tal como pasó la fiebre del petróleo en Texas en los Estados Unidos de América, por lo que el sistema de tierra sería unitario en el

³⁷ Comunidad de Fuerabamba reclama 450 millones de dólares (30 de Julio del 2018) Recuperado de: <https://energiminas.com/comunidad-de-fuerabamba-reclama-la-modesta-suma-de-us450-mlls-a-operadora-de-las-bambas/>

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC.

marco del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas del convenio 169 de la OIT suscrito por el Perú.

3.1.3 ESPINAR:

Espinar es una provincia de Cusco cuyo territorio en 84% está destinado para el pastoreo, 10 % a áreas de cultivo y 6% que desarrolla otras actividades, en Espinar existen 74 comunidades campesinas descendientes de los K'ana, en dicha localidad opera la minera Xstrata Tintaya, a partir del año 2016 la empresa deseaba empezar otro proyecto cuprífero: Antapaccay por USD 1400 millones de dólares.

Las protestas surgieron a partir de la muerte de ganados por lo que la comunidad de Tintaya Marquiri fue la primera en reclamar, por lo que exigió que la empresa eleve el aporte del 3 al 30% de las utilidades generadas de la extracción del metal, la empresa denegó las pretensiones y el gobierno señaló que todos los acuerdos medioambientales fueron cumplidos y que la muerte del ganado motivo de los alzamientos se debe a un proceso de mineralización natural y que las cuencas no presentaban daños y el agua era apta para el consumo humano.

En el marco de la crisis económica provocada por la pandemia del Covid-19 las comunidades de Espinar exigían a la mina un pago de un bono de S/. 1000 soles para cada adulto elector, sin embargo la empresa se comprometió solamente a dar ayuda alimentaria y médica, los pobladores se encuentran en clara posición de desventaja de negociación ya que

cuando se otorgó la concesión se les excluyó de una participación de utilidades directamente tal como pasa en Texas Estados Unidos o en Canadá, debido a la vigencia del artículo 66 de la Const y el artículo 954 del Código Civil donde justamente el estado excluye de la propiedad de los comuneros a los recursos naturales.

En esta situación es correcto analizar el costo del daño de acuerdo al artículo escrito por Ronald Coase³⁹ Sería hallar el daño equivalente en moneda el daño causado a ocurrir ,el negocio que daña debe pagar todo el daño causado y el sistema de precios funciona correctamente.

Esto en concordancia con lo señalado por Bullard (2011): “La propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible..”⁴⁰ Es decir si la comunidad de Espinar tuviera asignada la propiedad sobre las tierras donde se asientan estas sabrían perfectamente qué hacer y cómo defender sus intereses, por eso la reforma del artículo 66 de la const. para entregar la riqueza cuprífera a las comunidades que siempre estuvieron ahí, Hayek especificaba al respecto por qué los intereses individuales y la propiedad debe ser prioridad para las naciones que defenestra al interés social calificando que se le quita en nombre de terceros lo que le corresponde legítimamente a unos, es el derecho del individuo y su protección jurídica la base para garantizar una satisfacción generalizada de

³⁹ Coase “The federal Communications Commision” Journal of Law and Economics

⁴⁰ Bullard, Alfredo “”Parchando el Código a “Media Caña” del Libro de Reales”

la sociedad y no al revés, no son los gobiernos capaces de conocer cómo cubrir las demandas y descontentos de la población.

A pesar de las políticas establecidas en marco de la responsabilidad social de las empresas extractivas, de la promulgación de la ley del derecho a la consulta Previa de los pueblos indígenas u Originarios Ley 29785 y el aprobado por D.S N° 001-2012-MC en el cual la República del Perú se adhiere a cumplir el convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Las comunidades campesinas y nativas han mantenido firme su rechazo a la actividad minera destacando que ésta realiza en una clara vulneración al derecho de la autodeterminación, el respeto a sus costumbres y mecanismo de subsistencia basadas principalmente en la agricultura y ganadería, asimismo denuncian la exclusión de la participación de las riquezas generadas en las tierras donde sólo ellos habitaban, por lo que su defensa de dicho títulos de propiedad entran en contraposición con la explotación económica de los recursos naturales ubicados debajo de sus territorios, por lo que es evidente que dicha minera ha causado descontento en tales poblaciones que ven afectado, no solo por la afectación a sus principales actividades económicas que no pueden seguir desarrollándose en armonía con las concesiones mineras extractivas, la poca capacidad de toma de mano obra y la nula mejora en su calidad de vida.

Por lo que las empresas mineras al realizar sus labores de cateo,

prospección, exploración, explotación, beneficio y comercio no son una isla alejada de la realidad de una población profundamente pobre y carente de servicios básicos por lo que además de garantizar los salarios a sus trabajadores y el pago de impuestos a los gobiernos locales y al central, ésta debe buscar la mayor participación posible de la comunidad.

En el desarrollo de la concesión minera además de desenvolverse en un marco respetuoso con el medio ambiente, para lograr así una relación amigable con los miembros de la comunidad, sin embargo no limitando su enfoque social a la realización de obras de beneficencia tales como construcción de colegios, hospitales, iglesias o campos deportivos, sino que también comprometerse con la población para un desarrollo de actividad en beneficio mutuo de sus intereses, sin embargo esta responsabilidad social aparentemente es insuficiente, debido a que las comunidades campesinas y nativas no ven mejoradas las condiciones de vida y se sienten excluidas de la participación de las utilidades ya que las regalías concebidas como canon minero tampoco logran transformar o mejorar su realidad.

Por lo que evaluar los conflictos sociales como positivo o negativo concurre en un error, por eso la Defensoría del Pueblo lo trata como una oportunidad para la mejora social, por lo que no se debería ver el conflicto como una enfermedad de la sociedad, sino una expresión de la misma de sus deseos, demandas y críticas a los gobiernos, al estado y al mercado en

su afán de mejorar la realidad, la sociedad y la convivencia entre todas las partes

3.1.4 BALSAPUERTO:

Los pueblos Shawi y Awajun claramente preocupados para la intención del gobierno central de empezar una exploración minera en la Cordillera Escalera-Loreto buscan obtener la titulación de sus propiedades como comunidades indígenas y nativas emitiendo un comunicado donde se le exige una consulta previa al Ministerio de Energía y Minas en marco del artículo 66 de la Const. del Perú:

De acuerdo a lo establecido (..) 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 (...) antes de aprobar la medida administrativa (..) que faculte al inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican los pueblos indígenas.

Recordemos que de acuerdo a la Resolución N° 26253, El Perú integra a su ordenamiento jurídico el Convenio 169 de la OIT cuyos principios fundamentales son:

- ✓ **Identificar a los Pueblos Indígenas y Tribales:** Bajo el criterio de autoidentificación bajo sus propios estilos tradicionales de vida y organización.
- ✓ **No discriminarlos:** Los pueblos Indígenas tienen derecho a gozar en plenitud sus derechos y libertades sin discriminación ni obstáculos.
- ✓ **Medidas Especiales:** Adaptación de medidas para salvaguardar trabajos y culturas.
- ✓ **Reconocimiento Cultural:** La identidad y el uso de la tierra forman parte íntegra de su vida y son diferentes a las de la población dominante, se debe reconocer las diferencias y garantizar su integridad.
- ✓ **Consulta y Participación:** Establece el derecho de los pueblos nativos, indígenas y tribales a ser consultados de cada tema que los afecte, a la búsqueda de diálogo, a una consulta oportuna y real, a todo nivel: formulación, implementación y examen de las medidas tomadas que les afecten.

3. 1.4.1 DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

El derecho a la libre determinación de los pueblos es un derecho humano, por lo que todos los estados están en la obligación de reconocer a los pueblos, así mismo es reconocido por la Carta de la ONU en el PIDESC , en el que se señala que los pueblos pueden establecer su condición política

y proveer su desarrollo económico, social y cultural.

ART. N° 1 PIDESC:

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

No se puede igualar el derecho a la libre determinación con el divisionismo de territorios o segregación de nuevos estados.

La Jurisprudencia en el caso de Saramaka vs Surinam⁴¹ de la Corte IDH en el que se reconoce que estos tienen derecho a establecer sus prioridades de desarrollo, en la medida que afecte su existencia, cultura, instituciones, bienestar espiritual y sus territorios por lo que la potestad para su propio desarrollo económico, social y cultural. Para la OIT el derecho a la libre autodeterminación está estrechamente ligado al territorio definiéndolo como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados

⁴¹ Corte IDH. Caso Saramaka vs Surinam, párrafo.93 “

ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁴²

El TC respecto al derecho a la libre determinación y reconocimiento de éste a los pueblos indígenas señala:

“(…) No implica, desde luego proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas, por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo.”⁴³

La relación de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios es de especial tratamiento porque éste va más allá de la explotación del lucro, patrimonial e individual a la que tenemos en la cultura occidental, para la Corte IDH en el caso comunidad Indígena Yaky Axa vs Paraguay :

“(…) La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su

⁴² Convenio 169. Artículo 13. Inciso 2.

⁴³ STC EXP N° 01126-2011-HC/TC

preservación y transmisión a las generaciones futuras”.⁴⁴

3. 1.5 TÍA MARÍA:

Proyecto minero de extracción de cobre en la Provincia de Islay en la Región de Arequipa con inversión superior a USD 1400 Millones, en el distrito donde se asientan los yacimientos se llama Cocachacra cuya actividad principal es la agrícola representando el 46.71 de la población económicamente activa, este distrito cuenta con 52 034 habitantes, el proyecto consistiría en explotación a tajo abierto a cargo de la empresa mexicana Southern Peru Copper Corporation, la hostilidad empezó cuando la población entendió afectada hidricamente el valle del tambo, los defensores de la mina señalaron que el proyecto se desarrollará en un desierto sin posibilidades agrícolas y que el agua a utilizar por la mina sería agua marina que será desalinizada por ósmosis inversa y que el 60% de esto sería devuelta al mar y que lo convierte al valle agrícola.

Las inversiones mineras no se limitan solo a la fase de exploración o explotación si no tan bien a la reputación de la nación de brindar certeza y estabilidad jurídica.

Sin embargo los sectores hostiles al proyecto minero señalan el problema reputacional de la empresa Southern Copper en Sonora México y que realmente afectaría al valle del tambo, a pesar que gran parte de la población y de Arequipa se mostraba en mayoría a favor del desarrollo del

⁴⁴ Corte IDH, Caso. Comunidad Indígena Yakyc vs Paraguay.

proyecto, inclusive parte de los actores hostiles al proyecto señalaban que el problema no era la explotación de la mina en sí si no que la desarrolle Southern Copper Perú por su historial de incumplimiento de los Estudios de Impacto ambiental. El alcalde de Islay Richard Ale Cruz señalaba que están en contra de proyectos irresponsables, contra la empresa y no contra la minería.

Este continuo choque entre las comunidades campesinas y el gobierno central parte del sistema de tratamiento de tierras, serían los propios comuneros que podrían decidir si tal o cual proyecto minero se desarrolla, cuales son las condiciones y los porcentajes a recibir del concepto de cambio, siendo los recursos naturales la principal riqueza que poseen no tienen el justo derecho a título de reeditar a su beneficio, por lo que es necesario ver qué sucede en los países del common law donde se aplica el sistema de accesión o fundirlo en concordancia de los tratados por los derechos de los indígenas suscritos en el Perú .

La propuesta de cambiar el sistema vigente a uno accesitario – fundiario trasciende a lo meramente económicos y al beneficio al que podrían acceder los propietarios de dichas tierras, considerando que entre los ítem de las causas de los conflictos sociales motivados por la industria minera se debe a los daños medioambientales generados por ésta, estando los pueblos indígenas tan arraigados a su territorio como a sus costumbres, la exclusión de ser considerados y participar directamente de los beneficios de las concesiones o de siquiera decidir aprobar o rechazar el abandono de

sus propiedades para dar paso a la actividad económica atenta contra el Derecho de la autodeterminación de los pueblos indígenas que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ocasionando conflictos políticos, sociales, jurídicos y económicos.

En el Derecho Internacional de los pueblos indígenas se reconocen como preexistentes a los estados modernos.

El derecho internacional precisa a través de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, donde se concluye que los pueblos indígenas son los propietarios y tienen la potestad de decidir sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios que son necesarios para su subsistencia⁴⁵, además de establecer que cuando se trate de megaproyectos de inversión o desarrollo que pudieran impactar de manera significativa en su vida, en el Perú se desarrolló la ley de consulta previa basada en esta sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos interpretada de conformidad al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo a pesar de que en el mismo texto legislativo señala en su artículo 15 :

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay.

para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

3.2 ANÁLISIS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

Los casos antes mencionados reflejan una verdad generalizada entre los conflictos sociales acontecidos entre 2015-2018, de 129 casos entre activos, inactivos y en proceso de diálogo a través de mesas de negociación en todo el territorio peruano, este estudio muestral parte de diversos informes realizados por la Defensoría del Pueblo, la PCM del Perú, estudios monográficos especializados en los casos emblemáticos y también la indispensable consulta en la web del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL) y también las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual ve que el principal motivo de la conflictividad socio ambiental es la minería con respecto a otras actividades de explotación.

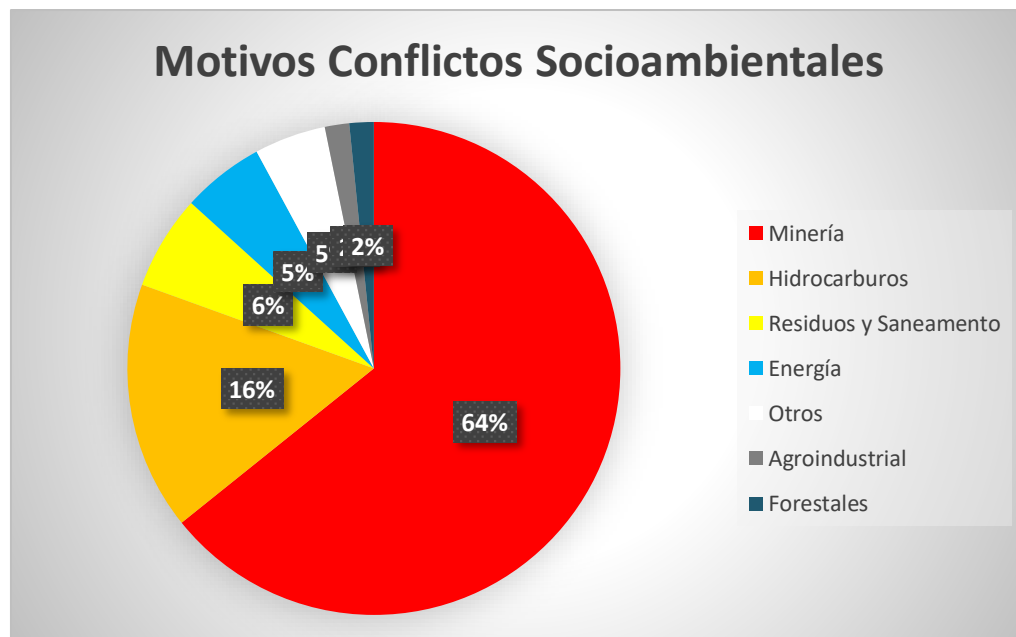


Tabla 2

Después de leer con cautela al mapa de distribución geográfica de conflictos sociales mineros elaborados por la Presidencia del Consejo de Ministro del Perú si segmentamos el territorio nacional en grandes unidades territoriales en el cual la unidad norte está conformada por Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash y Cajamarca, la unidad territorial del sur conformada por Puno, Cusco, Apurímac, Arequipa y Tacna; unidad territorial Amazonía que conforma Amazonas, Loreto y San Martín; unidad territorial centro comprendiendo las regiones de Ucayali, Huanuco, Cerro de Pasco, Junín, Huancavelica y Ayacucho, Unidad Territorial Lima comprendido entre Lima, Callao e Ica, Multirregional comprendido entre varias unidades regionales,

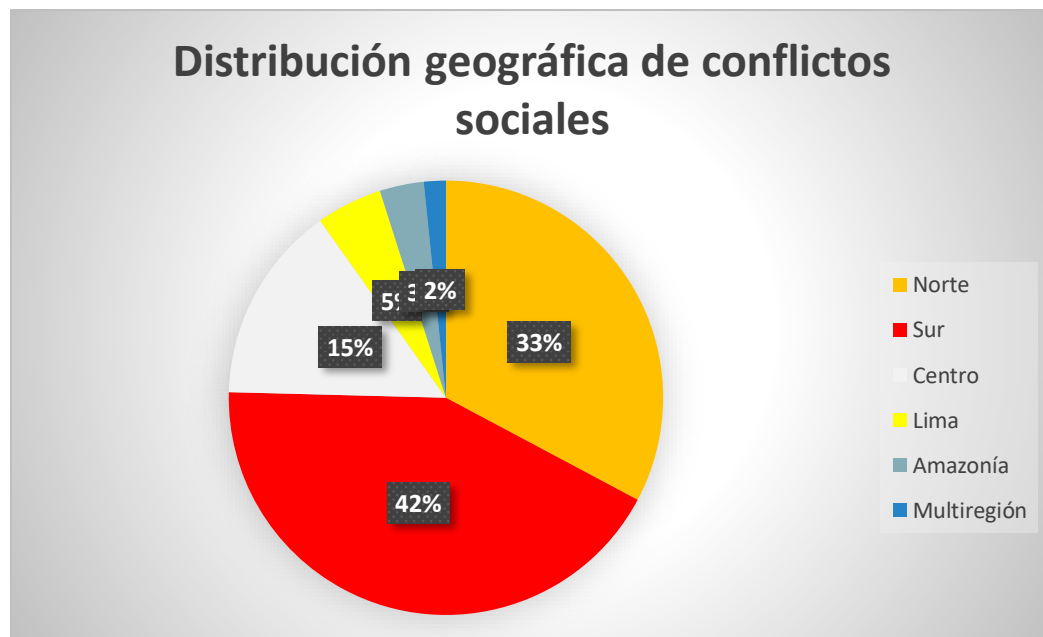


Tabla 3

En la región norte la zona con mayor número de conflictos sociales es Ancash con 13, en el Sur es Puno con 9 conflictos socioambientales, en el centro Junín con tres conflictos, en la unidad territorial de amazonía es Amazonas con 3, en la unidad territorial de Lima es la región de Ica con 2 conflictos, la multiregión comprende solo un conflicto.

Si separamos solamente los conflictos sociales mineros en el periodo estudiado vemos cuál es la actitud de los ciudadanos ante las explotaciones mineras y su firme voluntad al diálogo por lo que de ninguna manera podría calificarse a las poblaciones que reclaman sus derechos como extremistas, anti mineros o radicales, el siguiente cuadro lo demuestra con claridad.

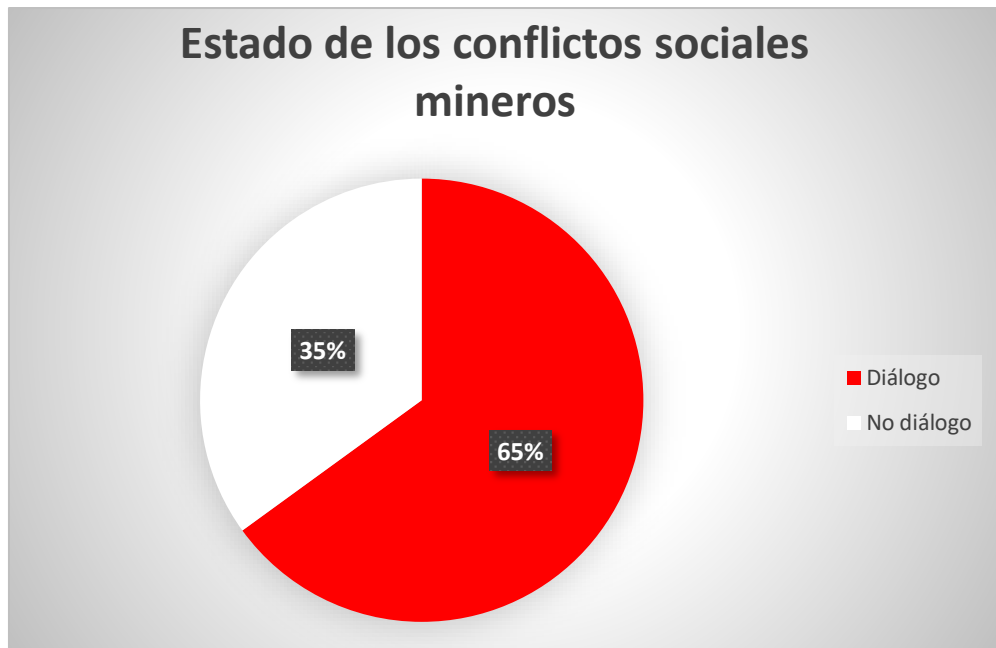


TABLA 4

Entendiendo la amplia disposición de los ciudadanos para entablar diálogos debemos entender cuáles son sus propuestas, reclamos o preocupaciones, por lo que tras estudiar caso por caso, esquema tras esquema realizado por las instituciones del gobierno peruano, vemos que la conflictividad social incrementó aritméticamente a partir del 2008 cuando el canon minero y las rentas percibidas se incrementaron los petitorios de demanda social lo hicieron proporcionalmente a sus expectativas ,la temática de los petitorios son los siguientes:

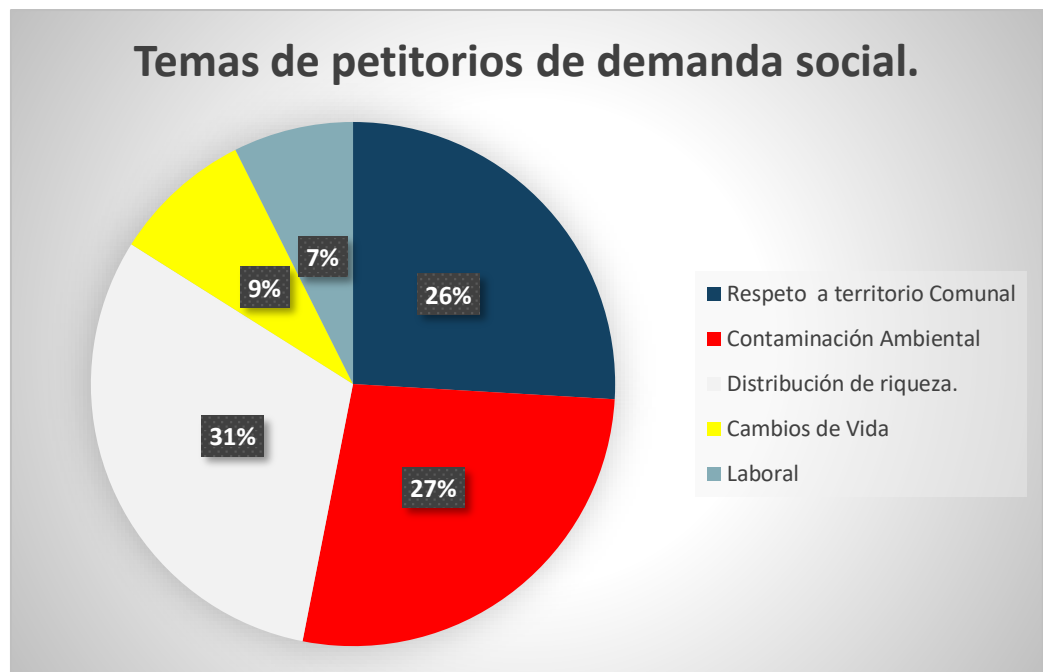


TABLA 5

Del anterior cuadro podemos ver que las principales preocupaciones de los pobladores donde se asientan las explotaciones mineras están estrechamente ligadas al derecho de propiedad haciendo referencia que las poblaciones ven con preocupación cómo se vulnera los límites de sus comunidades debidamente reconocidas e inscritas ante el estado peruano a pesar de suscribir el convenio 169 de la OIT y los derechos políticos y sociales de las poblaciones indígenas, la contaminación ambiental recae también la posibilidad de disposición de sus tierras y del poder de decisión de no dar continuidad los proyectos que pueden ser perjudiciales al cuidado ambiental y la distribución de la riqueza refiere al deseo de obtener mayores utilidades, ganancias o beneficios a partir de la explotación minera.



TABLA 6

Del grado de participación que las comunidades campesinas y nativas con respecto a la actividad minera podemos ver que tal como se señala en el cuadro precedente sólo la minoría representada en un 16% está en contra de un tipo participar o llevar a cabo la explotación minera de manera innegociable, mientras que el resto desea participar directamente en la toma de decisiones, tener representantes con voz y voto para el diálogo directo con los empresarios mineros y las autoridades del gobierno y evidentemente obtener una mayor rentabilidad a la explotación, ejemplificador es que tras sentadas las mesas de diálogos la voz mayoritaria ante es la exigencia de mayores presupuestos y un mayor porcentaje de la utilidad generada por las empresas mineras para proveer servicios de agua, saneamiento, educación y salud a la comunidad.

CAPITULO IV CONCLUSIONES

- De acuerdo a la realidad estudiada los conflictos sociales mineros se incrementaron en medida que las rentas aumentaban sin lograr incluir a los integrantes de la comunidad, que las principales demandas son el derecho a la disposición sobre sus tierras y el discurso anti minero reducirá en proporción a que los ciudadanos puedan gozar el aprovechamiento económico para sí y los integrantes de su comunidad, éstas demandas en los conflictos sociales están estrechamente ligados a un deseo de propiedad privada de los recursos naturales en favor de los dueños de las tierras.
- Las principales regiones mineras a pesar de recibir ingentes cantidades de dinero por concepto de canon no logran reducir drásticamente la pobreza ni atender adecuadamente la población a pesar que sus ingresos por habitantes son por encima del promedio nacional, su ineficiencia es alta y los ciudadanos desean recibir directamente los beneficios de las minas.
- Tras detallar la realidad minera de los países donde está vigente el sistema de acceso de la tierra donde la propiedad es unitaria, y donde la minería es tan importante como para el Perú podemos ver que el otorgar la propiedad de los recursos naturales al dueño de la superficie incentivó la eficiencia y la competencia, desapareciendo en totalidad los conflictos sociales porque las personas individual o colectivamente.

- A partir del caso Cusiana en Colombia podemos ver que es posible un amalgamamiento del sistema de acceso a la tierra dentro de los regímenes inspirados en el derecho romano, que el estado colombiano no dejó de percibir tributos y que en dichos yacimientos petroleros la eficiencia ha aumentado año tras año.
- Comparando ambos sistemas de tratamiento de la tierra podemos apreciar que el sistema dominalista regalista vigente en el Perú presenta claras desventajas frente al sistema de acceso donde se priorizará la libertad individual, el respeto a la propiedad privada y el empoderamiento de los principales afectados de la minería, que deberán ser los motores interesados en el desarrollo de una explotación moderna.
- Las comunidades campesinas y nativas inclusive desconociendo la existencia del sistema de acceso o fundiario comparten el mismo espíritu de países tan diferentes como lo son los de la escuela anglosajona, desean tener capacidad de disposición y disfrute de las riquezas de sus tierras.

CAPITULO V RECOMENDACIONES

- A partir de las variables del sistema dominalista podemos ver la causalidad con la exclusión de los comuneros de la participación de las riquezas de la explotación minera por lo que es necesario replantear el cambio de sistema por uno que priorice el respeto a la propiedad privada y la capacidad de decisión de los individuos de las comunidades y éste solo será posible por el sistema de acceso o fundiario.
- Reformar el artículo 66 de la constitución política del Perú en el cual establece que los recursos naturales y no renovables son patrimonio del propietario. El estado solo puede poner limitaciones por motivos ambientales o de seguridad nacional.
- En marco de la reforma previamente mencionada será necesario también la reforma del artículo 954 del Código Civil en el que se habla de la extensión de la propiedad su párrafo segundo establecer que la propiedad del subsuelo no comprende los restos arqueológicos.
- Detener la deslegitimación de los reclamos de las comunidades campesinas y nativas ya que eso solo provoca aún mayor descontento en la población, educar a las instituciones de gobierno que los comuneros no están en contra de la minería, ellos quieren participar activamente, tener voz y voto y esto se dará siguiendo el desarrollo éxito de países como Canadá, Sudáfrica, Estados Unidos y Australia.

- Completar el proceso de formalización de las comunidades campesinas y nativas para brindar seguridad jurídica revalorar el precio comercial de la tierra que brindará instrumentos de capitalización a personas siempre marginadas del sistema bancario y financiero.

CAPITULO VI BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- BALDEÓN RÍOS, Juan Francisco. *Tratado de derecho minero peruano*. Primera Edición. Lima, 2016.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero peruano*. Lima. Editora Villanueva. Primera edición. Lima, 1974.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho de Minería y del Petróleo*. Editorial San Marcos. Lima, 2001
- BELAUNDE MOREYRA, Martin. *Derecho minero y concesión análisis de la legislación vigente, incluyendo la minería ilegal e informal y las últimas reformas*. Sexta Edición. Lima, 2018
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Análisis económico del derecho*. Ediciones Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima, 2018.
- CASTRO SALVADOR, Sofía. *Pobreza, minería y conflictos socioambientales en el Perú*. Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima, 2013
- CHAU PUNCHIN, Gustavo; GONZÁLES CONCEPCIÓN; Javier y LUNA CAMPODÓNICO, José. *Impacto del Régimen Tributario en la Evaluación de Proyectos Mineros en el Perú y Chile*. ESAN Ediciones. Lima, 2011.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Propiedad y Derechos Humanos (Superación del Modelo Liberal y Codificación de Propiedad)*. Editora Jurista Editores. Primera edición. Lima, 2011.

- HAYEK, FRIEDERICH. *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial. Segunda Edición. Madrid, 2014.
- HERNANDEZ CANELO, Rafael. *HISTORIA DEL DERECHO PERUANO*. Editora Jurista Editores. Primera Edición. Lima, 2013.
- DE SOTO POLAR, Hernando. *El misterio del Capital (Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo)*. Editorial Planeta. Primera Edición. Lima, 2000.
- FERREIRA CAMILO, TINCOPA FERNANDO. Análisis Estratégico del Conflicto Tía María. Edital Publicaciones Wiñaq. Prima Edición. Lima.2019
- GONZÁLES BARRÓN, Gunther, COMPORTI, Marco. *LA PROPIEDAD: UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL*. Primera Edición. Lima, 2018
- ÑOPO ODAR, Hernán. *Régimen legal de la minería en el Perú*. Editora Perú Gráfico. Primera Edición. Lima, 1983
- SAAVEDRA VELAZCO, RENZO.Análisis económico y comparado del derecho privado.Editorial Fogueras. Lima, 2016
- TOMATIS CHIAPPE, Catalina. “Áreas naturales protegidas, zonas de amortiguamiento”. En sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Lima, 2002.
- VICENTE SOLA, Juan. *Constitución y Economía*. Editorial Abelot-Perrot. Primera Edición. Buenos Aires, 2004.

TEXTOS LEGALES

- Constitución Política de 1993.
- Código Civil.
- Código Procesal Civil.
- Decreto Legislativo N°1064, que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario.
- Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. D.S. N°014-92-EM
- Ley de Regalía Minera. Ley N°28258.
- Ley del Canon. Ley N°27506
- Ley que Regula los pasivos ambientales de la Actividad Minera Ley N°28271
- 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) Ley N° 29785.
- Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales.
- 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. Ley N° 26505.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de Agosto del 2001.
- Comunidad Moiwana vs Suriname. Excepciones Preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de Junio del 2005.
- Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de Junio de 2005.
- Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de Marzo del 2006.
- Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de Noviembre del 2008.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de Agosto del 2010.
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de Junio del 2012

CORTE SUPREMA DEL PERÚ

Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116. 13 de Noviembre del 2009

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp- N°05312-2009-PA/TC, 29 de Noviembre del 2019

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N°02436-2012-PA/TC, 22 de Noviembre del 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 00005-2006-PI/TC, 26 de Marzo del 2007

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 00011-2010-PI/TC, 3 de Setiembre del 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP N° 03932-2015-PA/TC, 14 de Marzo del 2017

PLENOS CASATORIOS CIVILES

Cas N° 2229-2008- II PLENO CASATORIO

REVISTAS

- MENESES GÓMEZ, Alberto. “El Tribunal Constitucional resguardando el derecho de propiedad expropiación directa e indirecta”. Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 124. Lima, 2018. Págs. 15-28
- RIMASCCA HUARANCA, Ángel. “Las limitaciones del derecho de propiedad y su control constitucional ante su vulneración.” Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 124. Lima, 29-47
- AVENDAÑO VALDEZ, JORGE. “Definición de Propiedad. Artículo 923”. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Tomo IV. Lima, 2020. Págs. 225-227
- GUTIERREZ CAMACHO, WALTER. “Restricciones Legales de la Propiedad. Artículo 925. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Tomo IV. Lima, 2020. 236-239

-MARTIN MEJORADA, CHAUCA. “Régimen Legal de la Expropiación. Artículo 928. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Tomo IV.Lima, 2020.271-275.

-FEDRICO G. MESINAS, MONTERO. MURO ROJO, MANUEL. “Transferencia de Propiedad de Bien Inmueble Artículo 949. Código Civil Comentado. Tomo IV.Lima, 2020.354-361.

-RIVERA BUSTAMANTE, RAÚL. Extensión del derecho de propiedad. Artículo 954. Código Civil Comentado. Tomo IV. Lima, 2020. 386-392.

-RIVERA BUSTAMANETE, RAÚL. Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo. Artículo 955. Código Civil Comentado. Tomo IV. Lima, 2020. 393-395.

PAGINAS WEB

- <https://peru21.pe/opinion/recursos-casa-jodiste-469316-noticia/>
“¿Recursos bajo tu casa? Te jodiste. ROMAÑA, Andrés. 30 de Agosto del 2019
- <https://hayderecho.com/2011/09/28/%C2%BFde-quien-es-el-subsuelo/>
¿De quién es el subsuelo? GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. 5 de Diciembre de 2019
- <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-10-%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/> “¿Quién es el dueño del subsuelo? GHERSI SILVA, Enrique. 30 de Noviembre del 2019
- <https://www.ugc.edu.co/sede/centroinnovacion/index.php/component/content/article/91-eventos/377-por-que-hay-que-privatizar-el-subsuelo-en->

colombia?Itemid=972 . *¿Por qué hay que privatizar el subsuelo en Colombia?* CLIFFORD GRAF, Eric. 6 de Enero del 2020

- <https://netnews.com.ar/nota/1945-De-quien-son-las-riquezas-del-subsuelo-en-Argentina>. *¿De quién son las riquezas del subsuelo en Argentina?*10 de Febrero del 2020

- <https://revistaideele.com/ideele/content/memorias-del-subsuelo>. *Memorias del subsuelo*. SARAVIA, Gerardo. 16 de Febrero del 2020

- <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/709/web/pagina02.html> /. *La Seguridad Jurídica y la constitución peruana*. RIVERA CERVANTES, Florencio17 de Mayo del 2020

- <https://www.ocmal.org/mineria-una-industria-inhumana-en-latinoamerica/>. *Minería, una industria inhumana en Latinoamérica*. 20 de Mayo del 2020

- <https://www.dw.com/es/am%C3%A9rica-latina-riqueza-minera-y-conflicto-social/a-50391043> . *América latina, riqueza minera y conflicto social*.1 de Junio del 2020.

- <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2017/documento-de-trabajo-05-2017.pdf>. *Determinantes de los conflictos sociales de Producción Minera*. CASTALLARES, Renzo. FOUCHÉ, Morgane. 8 de Junio del 2020



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA DE SUSTENTACIÓN

A C T A DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL N° 21-2022-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de don: **Kevin Johnny Iván Torres Montalvo**. Siendo las 17:00 p.m. del día martes 10 de mayo del 2022 se reunieron vía Plataforma Virtual MEET de Google Suite de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO Y REFORMA DEL ARTÍCULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**", designados por Decreto N° 129-2020-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 04 de diciembre del 2020, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : **Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO.**
SECRETARIO : **Dr. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ.**
VOCAL : **Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ**

La tesis fue asesorada por Mag. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ, nombrada por Decreto N°129-2020-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 04 de diciembre del 2020.

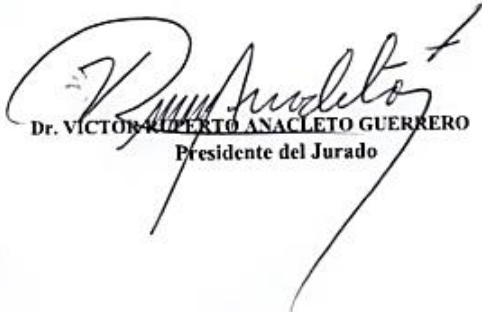
El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N°104-2022-VIRTUAL-UI-FDCP-UNPRG de fecha 05 de mayo del 2022.

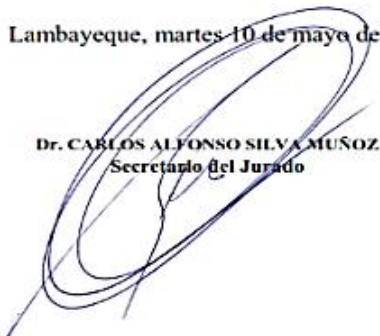
La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Kevin Johnny Iván Torres Montalvo** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: **APROBADO con la nota de 16.70 (dieciséis y 00/70) en la escala vigesimal, mención de BUENO.**

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 18:05 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado el Acta; quedando registrado el video en el link: <https://drive.google.com/file/d/1veHtd7KHmAFE1mwcB5iUqFyJ0CbAVOT0/view?usp=sharing>

Lambayeque, martes 10 de mayo del 2022


Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
Presidente del Jurado

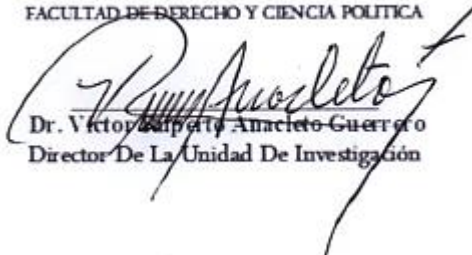

Dr. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
Secretario del Jurado


Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ
Vocal del Jurado.

Certificación: El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, certifica la veracidad del contenido del Acta de sustentación de tesis Virtual N° 21-2022-UI-FDCP correspondiente a Kevin Johnny Iván Torres Montalvo, evento que se ha realizado de manera virtual el día martes 10 de mayo del 2022 y aparece registrada en el archivo correspondiente.

Lambayeque, 28 de setiembre del 2022

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

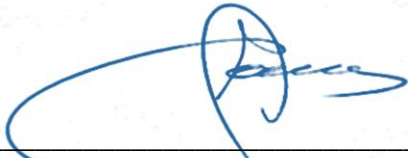

Dr. Victor Ruperto Anacleto Guerrero
Director De La Unidad De Investigación

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, **Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ**, Asesor de tesis¹, del
Bachiller: **KEVIN JOHNNY IVÁN TORRES MONTALVO**, Titulada ***“PROPIEDAD
PRIVADA DEL SUBSUELO Y REFORMA DEL ARTÍCULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DEL PERÚ”***, luego de la revisión exhaustiva del documento, constató que la misma
tiene un índice de similitud de **16 %** verificable en el reporte de similitud del
programa Turnitin.

El suscrito analizo dicho reporte y concluyo que cada uno de las coincidencias
detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con
todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad
Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 25 de enero de 2022



MAG. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ
D.N.I. 16667328
ASESOR

Se adjunta:
Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)
Recibo digital.

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO Y REFORMA DEL ARTÍCULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

INFORME DE ORIGINALIDAD

16%

INDICE DE SIMILITUD

15%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru	1 %
	Trabajo del estudiante	
2	repositorio.uss.edu.pe	1 %
	Fuente de Internet	
3	repositorio.uigv.edu.pe	1 %
	Fuente de Internet	
4	tesis.pucp.edu.pe	1 %
	Fuente de Internet	
5	www.mcultura.gob.pe	1 %
	Fuente de Internet	
6	hdl.handle.net	1 %
	Fuente de Internet	
7	repositorio.unprg.edu.pe	1 %
	Fuente de Internet	
8	documents.mx	1 %
	Fuente de Internet	

9	site.inali.gob.mx	Fuente de Internet	<1 %
10	docplayer.es	Fuente de Internet	<1 %
11	qdoc.tips	Fuente de Internet	<1 %
12	Submitted to Universidad Andina del Cusco	Trabajo del estudiante	<1 %
13	repositorio.upagu.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
14	Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo	Trabajo del estudiante	<1 %
15	www.katari.org	Fuente de Internet	<1 %
16	repositorio.udch.edu.pe	Fuente de Internet	<1 %
17	idoc.pub	Fuente de Internet	<1 %
18	repositorio.unprg.edu.pe:8080	Fuente de Internet	<1 %
19	Submitted to Universidad San Ignacio de Loyola	Trabajo del estudiante	<1 %

20	es.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
21	repositorio.upn.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
22	www.tc.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
23	ebin.pub Fuente de Internet	<1 %
24	proyectoapa.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
25	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
26	tesis.pucp.edu.pe:8080 Fuente de Internet	<1 %
27	archive.org Fuente de Internet	<1 %
28	www.doccity.com Fuente de Internet	<1 %
29	dochero.tips Fuente de Internet	<1 %
30	repositorio.unap.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
31	repositorioacademico.upc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

32	servindi.org Fuente de Internet	<1 %
33	www.ocmal.org Fuente de Internet	<1 %
34	Submitted to University of Kent at Canterbury Trabajo del estudiante	<1 %
35	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
36	www.idl.org.pe Fuente de Internet	<1 %
37	www.psf.org.pe Fuente de Internet	<1 %
38	id.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
39	www.ichrdd.ca Fuente de Internet	<1 %
40	centroderecursos.cultura.pe Fuente de Internet	<1 %
41	summa.cejil.org Fuente de Internet	<1 %
42	1library.co Fuente de Internet	<1 %
43	biblioteca.defensoria.gob.ec Fuente de Internet	<1 %

44	www.oas.org Fuente de Internet	<1 %
45	andrescusi.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
46	hermes.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
47	jornadasdederechomineria.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
48	llibres.urv.cat Fuente de Internet	<1 %
49	repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
50	www.asesor.com.pe Fuente de Internet	<1 %
51	cybertesis.upnorte.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
52	www.shareweb.ch Fuente de Internet	<1 %
53	repositorio.ulasamericas.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
54	repositorio.unc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
55	repositorio.unicauca.edu.co:8080 Fuente de Internet	<1 %

56

alvarezyrالاabogados.com

Fuente de Internet

<1 %

57

buengobierno.usal.es

Fuente de Internet

<1 %

58

documentop.com

Fuente de Internet

<1 %

59

franck01-franrollbxm.blogspot.com

Fuente de Internet

<1 %

60

vsip.info

Fuente de Internet

<1 %

61

www.alumbraasesores.com

Fuente de Internet

<1 %

62

www.defensoria.gob.pe

Fuente de Internet

<1 %

63

dokumen.pub

Fuente de Internet

<1 %

64

pirhua.udep.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

65

www.dremjunin.gob.pe

Fuente de Internet

<1 %

66

piuraweb.blogspot.com

Fuente de Internet

<1 %

67

repositorio.continental.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 15 words

Excluir bibliografía

Activo



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Kevin Johnny Iván Iván Torres Montalvo
Título del ejercicio: tesis
Título de la entrega: PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO Y REFORMA DEL ARTÍCULO...
Nombre del archivo: TESIS_KEVIN_TORRES_MONTALVO_ENERO_2022.docx
Tamaño del archivo: 863.68K
Total páginas: 112
Word count: 20,618
Total de caracteres: 112,137
Fecha de entrega: 17-ene.-2022 10:15p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega... 1743294189

