

Pronunciamiento de la SPDI sobre los Decretos Supremos Nos. 27-2020-EM y 28-2020-EM que “Declaran de necesidad pública la inversión privada en actividad minera y autorizan a empresa minera con inversión extranjera y peruana a adquirir derechos mineros dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera”

Pronunciamiento SPDI N° 7-2020

El Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI), en mayoría, considera necesario expresar su punto de vista en torno al hecho de que el Gobierno Nacional haya expedido los Decretos Supremos Nos. 27-2020-EM y 28-2020-EM, ambos del 7 de diciembre de 2020, para declarar de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras, con la finalidad de que NUEVO ARCOIRIS S.A.C., empresa minera con inversión extranjera canadiense (acciones de 99.9996 %) y peruana (correspondiente al ciudadano Raúl Alfredo Ferreyra Martínez, con acciones de 0.0004 %), adquiera y posea concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios en Piura, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera norte del país.

Al respecto, cabe transcribir la prohibición dispuesta en el artículo 71° de la Constitución:

*En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, **dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.***

Cabe preguntarnos, entonces, si nos encontramos ante una “necesidad pública”, para que pueda aplicarse la excepción.

Los Decretos Supremos en mención, se justifican de la siguiente manera:

(...) la solicitud formulada por NUEVO ARCOIRIS S.A.C., se encuentra incluida dentro del supuesto de necesidad pública establecido en el artículo 71 de la Constitución Política del Perú, dado que el interés en establecer la titularidad de los derechos mineros solicitados trasciende al interés privado, incidiendo de manera importante en el bienestar de la comunidad, toda vez que mediante dicha excepción se trata de lograr el desarrollo de las zonas de frontera, con el consiguiente aumento del nivel de vida en la zona de incidencia de las actividades mineras descritas en el presente Decreto Supremo. Que, en efecto, la realización de la actividad minera se convierte en necesidad pública en tanto que constituye uno de los pilares de la economía nacional, representando un importante porcentaje del Producto Bruto Interno – PBI Nacional, así como una fuente importante de ingresos por concepto de exportaciones y de recaudación de impuestos.

Al respecto, consideramos que la inversión minera extranjera puede aportar al desarrollo del país, pero de ninguna manera el caso expuesto podría entenderse como de “necesidad pública”, ya que dicho concepto implica un requerimiento imprescindible para la población, relacionado a temas de defensa de la Nación, seguridad interna, sanidad, entre otros.

Si se considerase de *necesidad pública* la minería extranjera en las zonas de frontera, también se podría declarar de tal jerarquía a la inversión foránea en infraestructura, comercio, pesca, petróleo, etc., aplicada en todas las fajas fronterizas del Perú; pudiendo, por ejemplo, un inversionista de algún país limítrofe establecer un complejo industrial en zona de frontera.

Sobre la motivación de la prohibición del artículo 71°, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el 2009:

(...) este Colegiado determina que del tenor de la disposición constitucional se desprende que la prohibición comprende cualquier predio, tanto predios rurales como urbanos. Esto es así por cuanto: (i) La preservación del bien constitucional Seguridad Nacional (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.

Por su parte, Marcial Rubio (2012), en torno a la finalidad perseguida con la incorporación de esta norma constitucional, ha señalado lo siguiente:

En caso de un conflicto fronterizo, la faja de frontera esté bajo total e irrestricto control nacional sin que, eventualmente, los extranjeros puedan hacer daño al Perú tolerando al enemigo, permitiendo el espionaje, etcétera, mediante los derechos adquiridos en dichas zonas. Esta restricción, por tanto, es adecuada y necesaria para la seguridad nacional y deberá ser tratada dentro de la política general de fronteras a la que se refiere el artículo 44.

Asimismo, Francisco Eguiguren (2015) ha opinado que:

El origen de esta norma puede explicarse a partir de experiencias históricas vividas por el Perú. Por ejemplo, a raíz de conflictos bélicos del siglo XIX y XX con países vecinos, donde la participación de algunas empresas y personas extranjeras asentadas en zonas limítrofes y de frontera, brindó colaboración a actividades de agresión contra nuestro país. Responde pues a criterios de preservación de la seguridad interna, unidad territorial y defensa nacional.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo Directivo de la SPDI, en mayoría, considera preocupante que estos Decretos Supremos puedan comprometer la soberanía nacional, así como su seguridad y defensa. La SPDI es promotora de la inversión extranjera, pero esta debe enmarcarse en la letra y espíritu de la Constitución.

Lima, 10 de diciembre de 2020