

El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano ¹

Ramón Huapaya Tapia^{2 3}

A Alejandro Vergara Blanco, con fraterna amistad y admiración

SUMARIO

1. Introducción. 2. El régimen constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento peruano. 3. La regulación sectorial de los recursos naturales en el Perú. 4. Un repaso de las distintas teorías para explicar el rol del Estado sobre los recursos naturales. 4.1. La teoría patrimonialista. 4.2. La teoría del dominio eminente. 4.3. La teoría dominialista o del dominio público. 4.4. La teoría de la publicatio minera. 5. ¿Qué teoría es aplicable para explicar el régimen jurídico de los recursos naturales en el Perú? 6. Conclusión.

PALABRAS CLAVE

Recursos Naturales; Patrimonio de la Nación; Licencia de Uso; Permiso de Uso; Autorización de Uso; Contrato de Licencia; Contrato de Servicios; Dominio Público; Propiedad Privada.

KEYWORDS

Natural Resources; Heritage of the Nation; Use License; Use Permit; Use Authorization; License Agreement; Service Contract; Public Domain; Private Property.

RESUMEN

El autor plantea un análisis del régimen legal de los recursos naturales en el Perú a efectos de poder identificar en qué se fundamenta el régimen constitucional y legal de estos. Así, se exponen las teorías del dominio público, dominio emitente, patrimonialista y, finalmente, de la publicatio para que, a través de su comparación, se pueda llegar a la conclusión que el régimen de los recursos naturales en el Perú aplicable es la teoría dominialista, toda vez que son bienes de dominio público, es decir, bajo el resguardo y administración del Estado.

¹ Versión escrita de la ponencia elaborada por el autor para la Primera Jornada de Derecho de Bienes de Uso Público y Territorio y Sexta Jornada de Derecho de Recursos Naturales, en homenaje a Elinor Ostrom, celebradas los días 29 y 30 de octubre de 2012, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agradezco a Natalia Mori y a Mariana Mendoza, abogada y estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente, por su apoyo de investigación para la elaboración del presente documento.

² Abogado, graduado con los máximos honores por la Universidad de Lima. Candidato al Magíster en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de otras casas de estudio en el país. Profesionalmente, ejerce como Abogado Asociado Senior del Área de Regulación e Infraestructura de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Naturalmente, la responsabilidad de lo aquí escrito compete únicamente al autor, refleja una visión estrictamente académica, y no compromete ni adelanta las opiniones profesionales de la firma a la cual presta sus servicios. Contacto: <rhuapaya@puap.edu.pe>.

³ Miembro del Consejo Consultivo del Círculo de Derecho Administrativo (CDA).

ABSTRACT

The author presents an analysis of the legal regime of natural resources in Peru in order to be able to identify what the constitutional and legal arrangements thereof is based. Thereby, theories of public domain issuer domain, patrimonial and finally the "publicatio" are exposed to through their comparison, it can be concluded that the system of natural resources in Peru is the "dominialista" theory is applicable, since they are public property, that is, under the stewardship and management of the state.

1. Introducción

La presente ponencia tiene por objeto realizar un estudio sobre el régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el Perú, a fin de identificar los fundamentos y bases teóricos de dicho régimen, y que permita explicar, desde un punto de vista jurídico, las potestades del Estado y los derechos de los particulares sobre tales recursos, que según nuestra Constitución son "patrimonio de la Nación". Dicho análisis tendrá como parámetro de comparación las teorías del "dominio público" el "dominio eminente", la "patrimonialista" y, la teoría de la "publicatio" que han sido estudiadas en torno a la materia.

2. El régimen constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento peruano

En el ordenamiento jurídico peruano, el régimen sobre los recursos naturales, incluyendo la regulación de las potestades estatales sobre aquellos, así como los derechos de los particulares al uso y aprovechamiento de los estos, ha merecido un tratamiento constitucional y un desarrollo legal sectorial extenso. Así, a nivel constitucional, el artículo 66 de la Constitución de Política del Perú de 1993 dispone lo siguiente:

Artículo 66.- 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.

Es necesario en primer lugar, definir el concepto de "recursos naturales". Siguiendo la definición postulada por las Naciones Unidas,⁴ los recursos naturales se caracterizan por (i) ser proporcionados por la naturaleza; (ii) ser capaces de satisfacer las necesidades humanas; y (iii) porque su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicados. Asimismo, se distingue entre los recursos renovables, como aquellos que tienen la capacidad de reproducirse o regenerarse; y los recursos no renovables, entendidos como aquellos que no son capaces de reponerse en un determinado periodo de tiempo y que son, por tanto, "recursos agotables".

En este sentido, el citado artículo 66 de la Constitución peruana reconoce que los recursos naturales, sean estos renovables o no renovables, son considerados como patrimonio

⁴ Naciones Unidas (1970). *Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización racional*. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, p. 5.

de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento. Ahora bien, tal disposición constitucional es desarrollada legislativamente, a través de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley 26821 (en adelante, *lorn*), norma que pese a su rango legal, forma parte del bloque de constitucionalidad de los “recursos naturales”.⁵ El artículo 4 de la *lorn* dispone lo siguiente:

Artículo 4.- Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Como puede advertirse, la citada norma delimita las condiciones para considerar a los recursos naturales como patrimonio de la nación, precisando que estos serán considerados como tales, siempre que se mantengan en su fuente. Por el contrario, una vez que son explotados por los particulares con base en el derecho administrativo concedido por el Estado sobre aquellos, se reconoce el dominio de los titulares de los derechos concedidos respecto de los frutos⁶ y productos⁷ obtenidos del aprovechamiento de los recursos naturales.

Ahora, si bien es cierto no existe una definición normativa sobre los alcances de la expresión que señala que los recursos naturales son “patrimonio de la Nación”, el Tribunal Constitucional del Perú, supremo intérprete de la Constitución, en sostenida y reiterada jurisprudencia, ha analizado la citada disposición constitucional, asociándola a la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de dichos recursos, reconociendo que ella implica el ejercicio de potestades administrativas de gestión, planificación, administración y control de estos, es decir, que el Estado ejerce su dominio público sobre estos. En efecto, en la Sentencia recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC, el Tribunal reconoció que

El espectro radioeléctrico [...] Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a este su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio.⁸

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, el Tribunal sostuvo que

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

⁵ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente 0048-2004-AI.

⁶ Código Civil. Artículo 890.- Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia.

⁷ Código Civil. Artículo 894.- Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC. Fundamento jurídico 4.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.⁹

De la citada jurisprudencia, se desprende que el artículo 66 de la Constitución, al establecer que los recursos naturales son del patrimonio de la Nación, reconoce de un lado, que los beneficios derivados del aprovechamiento de aquellos deben alcanzar a la Nación en su conjunto, y de otro, que el Estado ejerce un dominio estatal -caracterizado como eminente- sobre dichos recursos, en virtud del cual, tiene la capacidad para legislar, administrar, controlar y planificar su aprovechamiento.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional hace referencia al “dominio eminente” que ejerce el Estado sobre los recursos naturales -a pesar que ni el artículo 66 de la Constitución, ni su desarrollo legislativo en el artículo 4 de la LORN, aluden a dicha noción- a efectos de explicar los alcances de considerar a los recursos naturales patrimonio de la Nación. No obstante, cabe destacar que, la referencia normativa al dominio del Estado sobre los recursos naturales se encuentra prevista en el artículo 19 en los siguientes términos:

“Artículo 19.- *Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.”* (Énfasis agregado).

Sin embargo, al desarrollar los alcances del pretendido “dominio eminente” del Estado sobre los recursos naturales, el Tribunal alude básicamente a la potestad estatal de regular el desarrollo de la actividad privada ligada al aprovechamiento de aquellos, es decir, hace alusión a la noción de soberanía del Estado. Ello pues, como lo dispone el artículo 6 de la LORN, “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. **Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”.**

El empleo de la expresión “dominio eminente” por parte del Tribunal Constitucional Peruano, refleja un concepto de difícil aprensión y encaje con nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Sobre todo porque la propia Constitución señala que los recursos naturales son “Patrimonio de la Nación”. Queda la duda además si es que la Constitución ha adoptado un sistema “patrimonialista” o de “propiedad” sobre los recursos naturales, o, si ha seguido un modelo dominialista o de **dominio público** sobre tales recursos. Asimismo, si es que efectivamente existe una identificación entre el concepto de dominio eminente, y el dominio público en nuestro derecho¹⁰.

Pues bien, habiendo analizado el marco jurídico general sobre los recursos naturales, es necesario estudiar la legislación sectorial sobre la materia, pues, como veremos a continuación, el desarrollo sectorial no necesariamente refleja un tratamiento uniforme

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 0048-2004-PI/TC. Fundamento jurídico 29.

¹⁰ Rechazan esta identificación KRESALJA, Baldo y César OCHOA: Derecho Constitucional Económico. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2009. Páginas 401-402.

respecto a la naturaleza y régimen jurídico de los distintos tipos de recursos naturales existentes en el país.

3. La regulación sectorial de los recursos naturales en el Perú

Según el artículo 3 de la LORN, se considera recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a. las aguas: superficiales y subterráneas;
- b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d. los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f. los minerales;
- g. los demás considerados como tales.
- h. El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

Ahora bien, en virtud de lo previsto en el artículo 19 de la LORN, los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural.

En primer lugar, la **Ley de Recursos Hídricos**, Ley No. 29338, establece en su artículo 2 que, *“El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”*.

Según el artículo 45 de la citada norma, existen los derechos de uso de agua son los siguientes: (i) **licencia de uso**; (ii) **permiso de uso**; (iii) **autorización de uso de agua**. El primero es aquel derecho mediante el cual la Autoridad Nacional del Agua, otorga a su titular la facultad de usar este recurso natural, con un fin y en un lugar determinado, en los términos y condiciones previstos en los dispositivos legales vigentes y en la correspondiente resolución administrativa que la otorga. Por su parte, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley de Recursos Hídricos, el **permiso de uso de agua**, es un derecho de duración indeterminada y de ejercicio eventual, otorgado en épocas de superávit hídrico, en virtud del cual su titular tiene la facultad de usar una indeterminada cantidad de agua variable proveniente de una fuente natural.

Finalmente, la **autorización de uso de agua** es aquel derecho de plazo determinado, no mayor a dos (2) años, mediante el cual la Autoridad Nacional otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con (i) la ejecución de estudios; (ii) la ejecución de obras; o, (iii) el lavado de suelos.

En segundo lugar, el Texto Único Ordenado de la **Ley Orgánica de Hidrocarburos** aprobado mediante Decreto Supremo No. 042-2005-EM, dispone en su artículo 8 que

*“los hidrocarburos **in situ** son de propiedad del Estado. El Estado otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los Hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar Contratos de exploración y explotación o explotación de éstos, en los términos que establece la presente Ley”.*

Así, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, los títulos habilitantes para desarrollar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos son los siguientes:

- a) **Contrato de Licencia**, es el celebrado por PERUPETRO S.A., con el Contratista y por el cual éste obtiene la **autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos** en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.
- b) **Contrato de Servicios**, es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista, para que éste ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.

En tercer lugar, el Texto Único Ordenado de la **Ley General de Minería** aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-92-EM reconoce en su artículo II que **“Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible (...), señalándose además que, “El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones”.** Así, de conformidad con el artículo 9 de la Ley General de Minería, para la realización de las actividades de exploración y explotación de los recursos minerales, es necesario contar con una **concesión minera**, la cual otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.

En cuarto lugar, el artículo 2 del Decreto Ley No. 25977, **Ley General de Pesca**, dispone que **“Son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. En consecuencia, corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional”.**

De acuerdo con el artículo 43 de la Ley General de Pesca, existen diferentes tipos de derecho para el desarrollo de las actividades pesqueras. Así, para la administración y usufructo de la infraestructura pesquera del Estado, conforme a Ley; y, para la acuicultura que se realice en terrenos públicos, fondos o aguas marinas o continentales, se requiere de una **concesión**.

Por otra parte, para el desarrollo de la acuicultura en predios de propiedad privada; realizar actividades de investigación; el incremento de flota; y, para la instalación de establecimientos industriales pesqueros, se requiere de una **autorización**.

Por otro lado, para la operación de embarcaciones pesqueras de bandera nacional; y, de bandera extranjera, se requiere de un **permiso**; mientras que, para la operación de plantas de procesamiento de productos pesqueros se requiere contar con una licencia.

En quinto lugar, el numeral 8 del artículo II del Título Preliminar de la Ley No. 29763, Ley **Forestal** y de Fauna Silvestre, establece que *“El Estado ejerce el **dominio eminencial** sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como sobre sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos”*.

Según lo dispuesto por el artículo 51 de la citada norma, el aprovechamiento de los recursos forestales se realiza a través del otorgamiento de una concesión forestal, que otorga el derecho de aprovechamiento de un determinado recurso forestal en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Existen diferentes tipos de concesiones, dependiendo del uso que se dará al recurso, tales como la concesión maderable, concesión para productos forestales diferentes a la madera, concesión de conservación y concesión de ecoturismo.

En sexto y último lugar, el artículo 199 del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones dispone que *“El **Espectro radioeléctrico** es el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Constituye un recurso natural limitado que forma parte del **patrimonio de la nación**. **Corresponde al Ministerio la administración, la atribución, la asignación y el control** del espectro de frecuencias radioeléctricas y, en general, cuanto concierne al espectro radioeléctrico”*.

Según el artículo 204 de la citada norma, el uso del espectro radioeléctrico se realiza a través de la obtención de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, según sea el caso, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma.

Lo mencionado hasta aquí puede resumirse en el siguiente cuadro:

Recurso Natural	Régimen	Título(s) Habilitante(s) para su uso
Agua	El agua es patrimonio de la Nación. Es un bien de uso público. El Estado ejerce un dominio inalienable e imprescriptible.	Licencia, Permiso, Autorización.
Hidrocarburos	Son <i>in situ</i> de propiedad del Estado, el cual ha transferido la propiedad de los recursos extraídos a PERUPETRO.	Contrato de Licencia, Contrato de Servicio.
Minerales	Los recursos minerales pertenecen al Estado. El Estado ejerce un derecho de propiedad inalienable e imprescriptible.	Concesión minera → exploración y explotación de minerales.
Pesca	Los recursos hidrobiológicos son patrimonio de la Nación. El Estado es el encargado de la regulación del manejo y explotación de recursos hidrobiológicos.	Concesión, Autorización, Permiso y Licencia.
Forestal	El recurso forestal pertenece a la Nación y el Estado ejerce dominio eminencial sobre éstos, así como sobre sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos.	Concesión, Permiso.
Espectro radioeléctrico	El espectro radioeléctrico es patrimonio de la Nación. El Estado, personificado en el Ministerio, se encarga de la administración, la atribución, la asignación y el control de éste recurso.	Concesión, Autorización.

4. Un repaso de las distintas teorías para explicar el rol del estado sobre los recursos naturales

4.1 La teoría patrimonialista

La teoría patrimonialista postula la existencia de **un derecho de propiedad “sui generis” del Estado sobre los recursos naturales**, el cual reviste ciertas características especiales que permiten aplicar con ciertos matices el derecho privado sobre la propiedad a dicho caso. Esta teoría con frecuencia se sustenta en una interpretación literal de las normas que reconocen que los recursos naturales le “pertenecen al Estado”, “son de propiedad del Estado”, “se encuentran bajo el dominio del Estado”, entre otras.

Ahora bien, la teoría del dominio público y la teoría patrimonialista encuentran un punto común. Así, mientras que la primera se basa en la idea de una soberanía para fundamentar el otorgamiento de los recursos naturales como propiedad a los particulares, la segunda recurre al mismo concepto de soberanía sobre los recursos naturales para sustentar el otorgamiento del dominio sobre aquellos al Estado.

Sin embargo, la teoría patrimonialista postula la existencia de un derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales. No obstante, cabe preguntarse ¿cuál es el contenido del supuesto derecho de propiedad del Estado sobre tales recursos? Evidentemente, no implica el ejercicio de los atributos que, desde la perspectiva civilista, se reconocen al derecho de propiedad (uso, disfrute, disposición y reivindicación), o al menos, no en la forma en que tales atributos se conciben en el derecho privado. Precisamente, una de las críticas a los defensores de la teoría patrimonialista es la constatación de que el supuesto dominio estatal sobre los recursos naturales se limita al otorgamiento de concesiones a particulares para su aprovechamiento.

Por lo demás, el Estado no se comporta como propietario respecto de los recursos naturales, sino que únicamente se comporta como un administrador de los mismos, con ciertos poderes para disciplinar su uso y protección, pero sin tener facultades de libre disposición o para gravar tales bienes. En tal sentido, se descarta la teoría patrimonialista como una que explique consistentemente el régimen jurídico de los recursos naturales.

4.2 La teoría del dominio eminente

Siguiendo a VERGARA BLANCO¹¹, la teoría del dominio eminente plantea que los recursos naturales al ser concedidos a los particulares, pasan a constituir una **propiedad privada** de ellos regida por el Derecho privado, siendo que el **Estado se mantiene como titular de un dominio eminente**.

No obstante, y pese a la certera crítica que formula Alejandro Vergara a la teoría del dominio eminente en su aplicación en España y Chile; en nuestro país, se ha entendido dicho concepto no desde una perspectiva privatista, sino como asociado a una idea de soberanía estatal o poder de autoridad del Estado sobre los recursos naturales. Así, en el

¹¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. En: Revista de Administración Pública No. 173.

Perú¹², el concepto de dominio eminente responde a la idea del dominio del Estado sobre ciertos bienes, sin ligarlo a la idea de un derecho de propiedad estatal sobre aquellos, sino como una facultad perteneciente al **Estado como soberano**. En un contexto en el que todos los peruanos, como dueños de los recursos naturales, no pueden ponerse de acuerdo para decidir qué es lo que quieren hacer con los recursos naturales, la soberanía del Estado asume ese rol¹³.

4.3. La teoría dominialista o del dominio público.

En el ordenamiento jurídico peruano, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional¹⁴, los bienes estatales tienen una *doble tipología*, clasificándose según el criterio utilitario del “*directo e inmediato (o no) servicio o salvaguarda que tiene la cosa con respecto al interés público*”. Así, tenemos a los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado.

El **dominio público sobre los bienes**, implica que éstos se encuentran afectados directa e inmediatamente al uso o servicio del interés público. La afectación al interés público se contempla en una doble perspectiva como “*sujeción de un bien a un destino público, al que el corresponde un régimen jurídico exorbitante (...) como una decisión del poder o el ejercicio de una potestad que determina la inclusión de determinados bienes en una categoría legal*”¹⁵.

En este sentido, el numeral 2.2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley No. 29251, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-Vivienda, define a los **bienes de dominio público** como “*aquellos destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios (...)*”.

La condición de demanialidad descrita da lugar a los efectos que el artículo 73 de la Constitución reconoce a los bienes de dominio público, a saber: su **carácter inalienable e imprescriptible**. Así, el **carácter inalienable**, en tanto estos bienes se encuentran excluidos del tráfico privado (*son res extra commercium*) y, consiguientemente, no pueden ser objeto de ningún acto de disposición o gravamen¹⁶. De otro lado, el carácter imprescriptible, implica que los bienes de dominio público no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio¹⁷.

¹² Cfr. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César: Derecho... Op. Cit. Página 402.

¹³ RODRIGO PRADO, Luis Carlos. Invirtiendo en Recursos Naturales. Entrevista a Luis Carlos Rodrigo Prado. En: Revista Derecho & Sociedad No. 29, pg. 217.

¹⁴ Al respecto, resulta interesante revisar el texto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso acumulado Exp. 015-2001-AI/TC, Exp. 016-2001-AI/TC, Exp. 004-2002-AI/TC, en la cual se resume y fundamenta la tipología de bienes públicos reconocida en nuestro ordenamiento.

¹⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. En: Revista de Administración Pública, números 110-112, 1983, p.p. 125-160.

¹⁶ La doctrina ha indicado que el carácter de inalienable es “uno de los principios inspiradores del régimen jurídico de los bienes de dominio público (...) una de las reglas fundamentales del dominio público (...) ésta supone que no es posible jurídicamente vender bienes demaniales”. Vid. GUEDEA MARTÍN, Manuel. Propiedades públicas y propiedades de interés público. En: Vol. Col. *Derecho administrativo. Parte especial*, Cívitas, Madrid, 1999, p.p. 342.

¹⁷ Inclusive, en el Perú, existe la Ley N° 29618, la misma que declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles del dominio privado del Estado.

Ahora bien, ¿acaso en el Perú los recursos naturales pertenecen al dominio público? La tesis mayoritaria de la doctrina constitucional y sectorial es negativa, puesto que se señala que los recursos naturales no son bienes de dominio público, sino que al ser “patrimonio de la Nación”, el Estado tiene un poder de dominio eminente sobre los mismos. Es decir, sin afirmar que el Estado es “propietario” de los recursos naturales, se afirma que tiene un poder de dominio eminente sobre los mismos.

Sin embargo, también la jurisprudencia constitucional permite interpretar lo contrario, puesto que el Supremo Intérprete de la Constitución señala que “los recursos naturales — como expresión de la heredad nacional— *reposan jurídicamente en el dominio del Estado*. **El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento.** Es bajo su imperio que se establece su uso y goce” (Fundamento 29, STC 048-2004-AI/TC). Por tanto, también podría afirmarse, en nuestro ordenamiento que los recursos naturales son parte del dominio público del Estado, entendiéndose que en virtud a ello, tales recursos son considerados como bienes o cosas públicas, sujetos a la soberanía del Estado en su administración y explotación.

4.4. La teoría de la *publicatio* minera

La teoría de la *publicatio* minera, formulada y sustentada por VERGARA BLANCO, parte de la premisa de que no siempre se necesita del derecho de propiedad para explicar las instituciones donde hay contacto con los bienes, sino que estudia el rol del Estado sobre los recursos naturales desde una perspectiva funcionalista, en base a la institución jurídica de la *publicatio*. Así, el citado autor señala que: “*Para obtener una respuesta coherente de lo que ha querido decir del Derecho vigente al utilizar la expresión dueño, es necesario preguntarse por las funciones o potestades que real y efectivamente, en relación a las minas, puede legítimamente llevar adelante el Estado*”¹⁸.

En efecto, la teoría bajo estudio sostiene que la finalidad de la regulación sobre los recursos naturales no es posibilitar que el Estado se apropie de la riqueza natural, sino cumplir con el fin de interés público de regular el acceso de los particulares a tal riqueza para su mejor aprovechamiento. Por tanto, la intervención estatal está esencialmente dirigida a regular la actividad que desarrollan los particulares sobre los recursos naturales.

Siguiendo a VERGARA BLANCO, la *publicatio* tiene los siguientes efectos:

- (i) Excluye los recursos naturales de la apropiación libre y espontánea por los particulares, en aras de lograr el más eficiente aprovechamiento de los mismos.
- (ii) Sujeta a los particulares que quieran aprovechar los recursos naturales a seguir los procedimientos especiales consagrados en la ley. Solo a partir de que obtienen la “concesión”, surge a su favor el derecho de exploración y explotación de los recursos naturales.
- (iii) Otorga a la Administración la facultad de controlar una utilización eficaz de los recursos naturales.

¹⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. Op. cit. p. 466.

No obstante, ésta teoría va más allá y sostiene que el dominio público es en realidad una forma de *publicatio* y fuente de potestades regulatorias. La *publicatio* constituye así, el título de todas las facultades que se irroga la Administración sobre los recursos naturales. En este punto, coincidimos con VERGARA BLANCO cuando señala que los denominados bienes públicos antes que un conjunto de bienes, representan un **soporte jurídico de potestades estatales** sobre aquellos, un título jurídico de intervención que permite al Estado regular las conductas de quienes utilizan tales bienes. En ese sentido, por sus especiales características de uso y aprovechamiento, los bienes públicos no pueden ser configurados en base al concepto de propiedad, por lo menos, desde la perspectiva clásica civilista.

Entonces, que los recursos naturales sean concebidos como bienes públicos implica su afectación a la *publicatio* y, por lo tanto, se trata de bienes que el Estado regula de modo especial –a través de un control en función del interés público y una utilización eficaz de los recursos-, cuyo aprovechamiento por parte de los particulares se encuentra sujeto a los procedimientos especiales que la ley consagra.

En conclusión, según esta teoría, toda declaración normativa de unos bienes como integrantes del “dominio público”, o aun más, como “propiedad estatal”, hace referencia a la existencia de un instrumento de intervención sobre ellos.

5. ¿Qué teoría es aplicable para explicar el régimen jurídico de los recursos naturales en el Perú?

Como se ha podido apreciar a partir de la revisión de la legislación sectorial sobre los recursos naturales en el Perú, el legislador en cada caso, ha optado por desarrollar de modo distinto los alcances del artículo 66 de la Constitución según el cual los recursos naturales son “*patrimonio de la Nación*”, concepto del cual la legislación sectorial deriva, en algunos casos, que determinados recursos son “*de propiedad del Estado*” o que “*le pertenecen al Estado*” (es el caso de los hidrocarburos y recursos minerales) lo cual aparentemente permitiría sustentar una teoría patrimonialista. Asimismo, en nuestra legislación también se hace referencia a que el Estado mantiene un dominio sobre los recursos (es el caso de pesca, recursos forestales y espectro radioeléctrico), entendido como la capacidad estatal de regular el ejercicio de actividades privadas sobre aquellos, regulación que parecería encontrar asidero en la teoría del dominio eminente (bajo la concepción de soberanía del Estado sobre los bienes, ampliamente difundida en el Perú), del dominio público o, inclusive, en la de *publicatio*.

Entonces, ¿Cuál es la teoría jurídica aplicable en el régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el Perú? Para dar respuesta a esa pregunta es necesario realizar una interpretación sistemática de lo dispuesto en el artículo 66 de la Constitución y el desarrollo legislativo que ha merecido dicha disposición constitucional en la LORN, norma que forma parte del bloque de constitucionalidad sobre el régimen de los recursos naturales.

El artículo 66 de la Constitución reconoce a los recursos naturales como **patrimonio de la Nación**, concepto íntimamente vinculado con el concepto de **soberanía del Estado** en el aprovechamiento de los recursos naturales. Dada la interpretación de soberanía antes expuesta, que se aleja del concepto de propiedad, no cabe sostener que nuestro sistema acoge la teoría patrimonialista, aún cuando del texto literal de algunas normas es posible extraer dicho concepto.

Ello nos deja tres teorías restantes: la teoría del dominio eminential, la teoría del dominio público, y la publicatio, las cuales, a nuestro juicio, parten de diferentes contextos pero esencialmente postulan lo mismo, la no existencia de propiedad del Estado, sino de una relación de derecho público, donde el Estado aparece como soberano administrador de los recursos naturales entendidos como bienes públicos.

Analicemos las implicancias de estas teorías, sobre todo desde la visión crítica de la teoría del dominio eminente.

El entendimiento tradicional de la teoría del dominio eminente en el Perú, aborda el tratamiento a los recursos naturales desde la perspectiva del Estado y desde la perspectiva de los particulares. Sobre lo primero, compartimos la concepción tradicional de esta teoría en tanto estamos de acuerdo con que el Estado sí cuenta con soberanía sobre los recursos naturales. No obstante, sobre lo segundo, es decir sobre el tratamiento legislativo de los recursos naturales desde la perspectiva de los particulares, estamos en contra de lo sostenido por la concepción tradicional, ya que el Estado no otorga los recursos naturales en propiedad a los particulares. Sostenemos ello en el hecho de que los particulares únicamente son propietarios de los recursos naturales **una vez que estos son extraídos de su fuente** tal como lo señala la legislación. Sin embargo, **los recursos naturales in situ**, son bienes públicos, o de dominio público. Así, entendemos que, *bajo nuestro sistema, y en su fuente, los recursos naturales al ser patrimonio de la Nación, son bienes públicos*¹⁹, o *bienes integrantes del dominio público*.

Asimismo, en nuestro país, el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia que compartimos, ha reconocido que el “dominio eminente” que mantiene el Estado sobre los recursos naturales “in situ” está vinculado o se manifiesta en las **potestades de regulación** de las actividades privadas que impliquen el uso, aprovechamiento o manipulación de dichos recursos.

De otro lado, es pertinente tener en cuenta que el carácter de inalienable e imprescriptible que nuestra legislación atribuye al dominio que ejerce el Estado sobre los recursos naturales -características que, de conformidad con el artículo 73²⁰ de la Constitución, son propias de los bienes de dominio público-, nos acerca a considerar que los recursos naturales son bienes públicos, bienes integrantes del dominio público o cosas públicas²¹.

Así, en nuestro país, las consideraciones de la teoría del dominio eminente y de la teoría del dominio público permiten afirmar que sobre los recursos naturales no existe propiedad sino que estos bienes son bienes públicos sujetos a regulación estatal para el acceso de los particulares a los recursos naturales para procurar su mejor uso, lo cual inclusive nos puede acercar al régimen de la teoría de la publicatio. Sin embargo, todas estas tesis difieren en lo que respecta a las consecuencias de cada teoría, puesto que mientras las teorías dominialistas (dominio eminente y dominio público), consideran que los recursos

¹⁹ Cabe la referencia, dentro de la reciente doctrina, a LOPEZ RAMON, Fernando: Sistema jurídico de los bienes públicos. Editorial Civitas – Thomson Reuters. Navarra, 2012.

²⁰ Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

²¹ Sobre el tema, nuevamente, LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Sistema jurídico... y también, Teoría jurídica de las cosas públicas. En: Revista de Administración Pública. N° 186. Septiembre-diciembre 2011. CEPC. Madrid, 2012. Páginas 9-51.

naturales son bienes de dominio público y que el Estado ostenta soberanía sobre los mismos; la teoría de la *publicatio* sostiene que los recursos naturales (particularmente aguas y minas) no son bienes de dominio público, ni patrimonio de la Nación, sino que el Estado publica dichos bienes y los extrae del comercio, pero permite a los privados solicitar mediante derechos reglados (concesiones) su aprovechamiento. Este último es un planteamiento muy interesante, y consideramos que aunque es bastante atractivo, todavía es una teoría minoritaria, pero que merece ser estudiada y debatida con detenimiento, debido a su carácter alternativo frente al concepto del dominio público, sobre todo en lo referente al sistema de aprovechamiento de los recursos naturales²².

6. Conclusión

El régimen de los recursos naturales en el Perú se explica fundamentalmente mediante la aplicación de la teoría dominialista, en la medida que se considera que los recursos naturales son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, excluyéndolos de la libre y espontánea apropiación por los particulares. Aún cuando podría entenderse que esta concepción nos acerca a la teoría de la *publicatio*, entendemos que los postulados de la misma no son de completo recibo en nuestro país, que tradicionalmente se mantiene bajo la lógica de un sistema dominialista o de dominio público, en cuanto a la titularidad estatal sobre los recursos naturales en su fuente.

Qué duda cabe, corresponde seguir estudiando esta materia y verificar los interesantes vínculos que pueden existir entre la concepción que aquí se sostiene y la atractiva y renovadora teoría de la *publicatio*. Tarea a seguir para estrechar los vínculos de desarrollo doctrinario entre países que comparten sistemas jurídicos muy similares en materia de recursos naturales y otras actividades económicas (entre ellas, la eléctrica) como Chile y Perú.

²² Alejandro VERGARA, distinguido administrativista chileno es el notorio abanderado de esta tesis, la cual ha venido sostenido en sus trabajos citados. Una reciente síntesis en: VERGARA BLANCO, Alejandro: Sistema de Derecho Minero. Legal Publishing – Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2013; y antes, en, Instituciones de Derecho Minero. Legal Publishing – Abeledo Perrot. Santiago de Chile, 2010.