

Manuel Pulgar Vidal Otalora^(*)

Los **recursos naturales**, el derecho y la visión de desarrollo

«EL DERECHO DE PROPIEDAD IMPLICA LA REUNIÓN DEL *USUS*, *FRUCTUS* Y *ABUSUS*, ATRIBUTOS QUE NO REÚNE EL ESTADO SOBRE LAS DEPENDENCIAS DEL DOMINIO EMINENCIAL. LA NATURALEZA DE ESTOS BIENES NO TIENE CALIDAD DE PROPIEDAD, NI SIQUIERA PARA EL ESTADO».

Distintas aproximaciones, análisis e interpretaciones han sido formuladas alrededor de los artículos editoriales⁽¹⁾ del presidente Alan García Pérez, en los que plantea la visión gubernamental para sustentar una política de desarrollo basada en el aprovechamiento de los recursos naturales. Estas aproximaciones han provenido, fundamentalmente, de economistas, antropólogos, sociólogos o comunicadores, pero muy poco ha venido aportando el Derecho en esta discusión. Intento en consecuencia, a través de este artículo, plantear aquellos temas centrales que, alrededor del debate, requieren una reflexión más profunda y como resultado de ella, una intervención más activa de los profesionales del derecho.

Esta intervención resulta aun más relevante, cuando a nivel subregional andino, se discuten reformas constitucionales y mecanismos operativos de control estatal de los recursos naturales, nacionalización de operaciones extractivas, imposición de tributos a las sobreganancias, modificaciones en los regímenes de regalías, entre muchas otras medidas, frente a las cuales, resulta bastante obvio que el Perú, reflejado en las iniciativas gubernamentales, ha tomado una ruta distinta.

La posición peruana en este debate, las presiones derivadas del conflicto ideológico, económico y a su vez jurídico, que se desarrolla en la actualidad, especialmente en Sudamérica, la fragilidad de los

(*) El autor es Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental-SPDA y profesor del curso de Derecho del Medio Ambiente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. A su vez, es coordinador del Diploma de Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor del curso de Gestión y Manejo de Recursos Naturales en dicho Diploma.

(1) GARCÍA PÉREZ, Alan. *El síndrome del perro del hortelano*. En: *Diario El Comercio*, publicado el 27 de octubre de 2007.



«LA NATURALEZA DEL RECURSO RENOVABLE DEL BOSQUE HACE QUE, BAJO CONDICIONES NATURALES, UN ÁREA DEFORESTADA PUEDA REGENERARSE EN FORMA TAL COMO LAS DENOMINADAS 'PURMAS' O 'BOSQUES SECUNDARIOS'. ESTAS ÁREAS PUEDEN NO TENER VALOR COMERCIAL, PERO SÍ CUMPLIR UNA FUNCIÓN AMBIENTAL».

movimientos políticos y las tendencias electorales, expresadas en el caso peruano en la última elección presidencial, obligan a tener en cuenta los principios que rigen el manejo de los recursos naturales y el rol del Estado tanto en su administración, como en su otorgamiento a los particulares para su aprovechamiento.

Las iniciativas legislativas que el Ejecutivo viene desarrollando al amparo de las facultades delegadas por el Congreso de la República⁽²⁾, sustentadas en su capacidad de iniciativa legislativa y las que se originan en el propio Congreso, en temas tales como tierras eriazas, tierras comunales, bosques, plantaciones, agua, entre otras, obligan a analizar esta tendencia y revisar los conceptos que la sustentan, desde la disciplina del Derecho.

1. Los recursos naturales y la esencia de su definición

Para algunos, puede resultar ocioso revisar la base conceptual de un término. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, permite entender o recordar, la complejidad de su contenido.

Así, la legislación peruana, específicamente el artículo 3 de la Ley 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (en adelante, Ley de recursos naturales) define recurso natural como «(...) 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». Esta definición permite establecer cuatro características básicas de los que constituye un recurso natural; a saber, los siguientes: (i) es un componente de la naturaleza que cumple determinadas condiciones para ser reconocido como tal; (ii) una de las condiciones es la posibilidad de ser aprovechado por ser conocido; (iii) una segunda condición es que, su aprovechamiento se orienta para la satisfacción de necesidades, lo que implica un nivel de valoración que se refleja en; (iv) su valor actual o potencial.

(2) Ejemplo de ello se encuentran los Proyectos de leyes 840-2006-PE, 1770-2007-PE, 1900-2007-CR, entre otros.

Manuel Pulgar Vidal Otalora

Estas características evidencian lo que es la esencia de un recurso natural, su valoración económica, en tanto capacidad o potencial de satisfacer necesidades y, es este grado de valoración el que determina su desarrollo normativo. Por ello no existe una receta legislativa para la regulación de lo que «positivamente» constituyen los recursos naturales. Para la norma peruana, algo tan subjetivo como el paisaje natural, constituye un recurso natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico y por lo tanto, su explotación, como recurso, se sujeta a la obtención del título autoritativo para tal fin. El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente colombiano, dictado en 1974 mediante Decreto 2811, establece que las pendientes, desniveles topográficos o caídas, son un recurso natural utilizable para generar energía, distinto e independiente del suelo y de las aguas, cuyo dominio se reserva a la Nación, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Andaluz⁽³⁾ señala que los recursos naturales se diferencian de los elementos naturales en que estos últimos, conforman todas aquellas cosas que la naturaleza brinda, independientemente de su utilidad. A manera de ejemplo, agrega que una erupción volcánica constituye un elemento natural pero, si usamos la energía geotérmica del volcán para satisfacer alguna necesidad material, la erupción se torna en un recurso natural.

Este nivel de satisfacción de necesidades es el que determina el nivel de valoración. Sobre ello, Andaluz⁽⁴⁾ precisa que las necesidades pueden ser materiales o espirituales de lo que deriva el hecho de reconocer que no es correcto vincular a los recursos naturales solo con el valor en el mercado (precio).

La condición de valoración, a partir de la satisfacción de necesidades, conduce, irremediablemente, a la pregunta sobre ¿quién debe beneficiarse de ellos, en su estado natural, sea de manera directa, o indirecta y, bajo qué forma y condición? Es esta interrogante la que nos conduce a las

discusiones que, sobre el dominio, modalidades y condiciones de aprovechamiento de los recursos naturales, ocupan no solo el debate jurídico, sino, también, el debate ideológico, tanto en el Perú como en otros países de la región.

En este debate ideológico, el tema central no es un cuestionamiento al valor del recurso, como elemento capaz de satisfacer necesidades, sino, posiciones alrededor del administrador del recurso, del beneficiario del valor y del titular para aprovechar el mismo. Ello enfrenta claramente posiciones que, por un lado, se orientan a la nacionalización de las formas de aprovechamiento y, por otro, aquellas que, sustentadas en el principio de subsidiariedad, promueven la iniciativa privada.

El debate presidencial sostenido entre los entonces candidatos, Alan García Pérez y Ollanta Humala Tasso, con ocasión de las elecciones generales del año 2006, el 21 de mayo de ese año, recogió expresamente esa disyuntiva⁽⁵⁾, girando la misma alrededor de las siguientes posiciones planteadas por el candidato Humala:

a) El Estado debe convertirse en propietario de los recursos naturales extraídos, ya que, en la actualidad, solo es propietario de los recursos en estado natural.

b) Debemos retornar a la Constitución de 1979, para convertir al Estado en propietario de los recursos naturales extraídos.

(3) ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Proterra, 2006. p. 42.

(4) *Ibid.*; p. 41.

(5) PULGAR-VIDAL, Manuel. *Los recursos naturales no tienen la culpa. Análisis*. En: *Diario El Comercio*, publicado el 28 de mayo de 2006.

c) El Estado como propietario redistribuirá las ganancias a favor de la población.

Estos temas serán tratados posteriormente. En todo caso, cabe señalar que, el tratamiento jurídico de los recursos naturales y su aprovechamiento, se encuentra fuertemente determinado por variables económicas e ideológicas. Ello explica el tratamiento pendular que la legislación, no solo en el Perú, muestra y la importancia que a nivel internacional se viene dando al establecimiento de reglas orientadas a dar seguridad jurídica a las inversiones, a través de acuerdos bilaterales y multilaterales de protección a las inversiones, seguros para protegerlas, mecanismos de arbitraje y de resolución de disputas, sanciones, entre otros.

2. Los recursos naturales y su dominio en el texto constitucional

La promulgación, en 1993, de la actual Constitución Política del Perú, de corte fundamentalmente liberal, en comparación con el texto constitucional de 1979, trajo como consecuencia un largo debate sobre el dominio de los recursos naturales y la manera como los particulares podían acceder a ellos para su aprovechamiento. La razón principal fue la modificación en relación al concepto de recursos naturales como «pertenencia» del Estado.

Así los referidos textos constitucionales señalan:
«Artículo 118 de la Constitución Política del Perú
Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

Los minerales, tierras, bosques, y aguas y en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento a los particulares».

«Artículo 66 de la Constitución Política del Perú de 1993.
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».

Así, mientras ambos textos mantuvieron el principio de los recursos naturales como «patrimonio de la Nación», el segundo eliminó la referencia a la pertenencia del Estado, lo que llevó a muchos a pensar en la posibilidad del otorgamiento de derechos de propiedad sobre los recursos naturales en su fuente, debate que se zanjó cuando, finalmente, en 1997, la Ley de recursos naturales estableció el dominio del Estado sobre los mismos, y el otorgamiento a los particulares bajo las distintas formas legales posibles, sin que ello permitiera la transferencia de dicho dominio.

La interpretación que sustentó las posiciones sobre una posible propiedad de los recursos naturales en su fuente, se basó en el entendido que el concepto «pertenecen al Estado» implicaba una propiedad de este, por lo que, al haberse eliminado dicha referencia, el constitucionalista había optado por facultar dicho acceso a los particulares.

Sin embargo, esta interpretación fue errónea. Los recursos naturales no pertenecen al Estado en su calidad de propietario, ni en el texto constitucional de 1979 ni en el de 1993.

En relación a este tema y analizando el tratamiento constitucional y legal de los recursos naturales en la Constitución de Chile de 1980, Vergara Blanco⁽⁶⁾ concluye lo siguiente:

(6) VERGARA BLANCO, Alejandro. *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*. Disponible en: http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Alejandro%20Vergara/Presentacion%20Summa%20divisio1.

Manuel Pulgar Vidal Otalora

a) Existe un sector de bienes que podemos llamar de la *appropriatio* en el que se encuentran todos aquellos bienes que el régimen jurídico permite a los particulares apropiarlos, que es regulado por el derecho civil.

b) Como una bipolaridad, podemos situar el sector de los bienes que han sido publicados; este es el sector de la *publicatio*, en el que han quedado relegadas las demás cosas no susceptibles de ser apropiadas por los particulares, que no son susceptibles de propiedad. Usualmente son recursos naturales y bienes abiertos al uso público, de especial significación social.

En este segundo sector de bienes es que, en el caso peruano, se inscribe el tratamiento constitucional de los recursos naturales. Ello en el artículo 88 de la Carta Democrática. Siendo claro que, en el caso de la tierra, de manera expresa se garantiza derechos de propiedad sobre ella, en forma privada o comunal.

Sobre el particular, con ocasión del debate de la propuesta legislativa conducente a la aprobación de la Ley de recursos naturales, el doctor Jorge Avendaño Valdez⁽⁷⁾ sostuvo lo siguiente: «¿Qué nos dice la Constitución? La Constitución nos dice en el artículo 66 que los recursos naturales son patrimonio de la nación. El dominio público no es igual que el dominio privado. (...) El Estado puede ser dueño, en primer lugar, a título de dominio privado, o sea igual que un particular. (...) pero el Estado también puede ser propietario a título de dominio público que es distinto, es un dominio diferente y dentro de ese dominio público la doctrina distingue una serie de formas del dominio público. (...) Entonces, la Constitución nos dice que dentro del patrimonio de la nación están los recursos naturales, entonces el Estado tiene un dominio y como lo puede conceder a los particulares. Entonces hace una cosa parecida a la propiedad privada, el Estado concede algunas facultades, similar al usufructo, con lo cual el Estado mantiene este dominio eminential, el Estado conserva un dominio latente sobre el recurso natural; pero le concede el derecho de usar y disfrutar. (...)».

En el mismo sentido, Duguit y Barthelemy, citado por Chirinos y Ruiz⁽⁸⁾, critican la idea de asociar el dominio público a la propiedad, en este caso del Estado. El derecho de propiedad implica la reunión del *usus*, *fructus* y *abusus*, atributos que no reúne el Estado sobre las dependencias del dominio eminential. La naturaleza de estos bienes no tiene calidad de propiedad, ni siquiera para el Estado que simplemente tiene un deber, obligación de guarda y vigilancia.

El tratamiento constitucional de 1993 y el dominio eminential sobre los recursos naturales, con excepción del tratamiento sobre la tierra, sustentó la manera como el artículo 19 de la Ley de recursos naturales definió el asunto del otorgamiento de derechos sobre ellos, señalando, de manera expresa, que «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».

No obstante ello, la manera como las leyes especiales relativas a recursos naturales, vienen tratando el tema del dominio, no ha sido en todos los casos correcta. Adicionalmente, algunas de las iniciativas legislativas que en la actualidad se discuten al interior del Poder Ejecutivo o del Congreso de la República, retoman el debate desarrollado con ocasión de la antes citada ley.

(7) SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo (editor). *Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. antecedentes y comentarios*. Lima: Pronaturaleza, 1997. pp. 204-206.

(8) CHIRINOS, Carlos y Manuel RUIZ. *Concesiones sobre recursos naturales, una oportunidad para la gestión privada*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2002. p. 35.

Como ejemplo de lo primero, el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo 038-2001-AG, refiere a estas como patrimonio de la nación y de dominio público, agregando que la propiedad sobre ellas, en todo o en parte, no puede ser transferida a particulares. Además del uso indistinto de los conceptos, el reglamento antes mencionado no considera que estas áreas constituyan, fundamentalmente, una categoría de uso que reconoce la existencia de derechos de propiedad privada preexistentes en su interior, estableciendo, en estos casos, restricciones en el ejercicio de los derechos del propietario. Sobre esto último, el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), emitió la Resolución Jefatural 101-2008-INRENA, norma complementaria que reguló las restricciones que se pueden imponer a estos propietarios. Sobre lo segundo, la discusión sobre el otorgamiento de derechos para el desarrollo de actividades de reforestación y agroforestería, ha generado el debate sobre la forma de tratamiento de las tierras destinadas a tal fin. Sobre ello, el dictamen de la Comisión Agraria del Congreso de la República⁽⁹⁾, sobre los Proyectos de Ley 00840/2006-PE y 690/2006-CR, señaló que «la interpretación constitucional sistemática, permite afirmar que las tierras eriazas o tierras sin cubierta boscosa, no constituyen *per se* recursos naturales a los que se refiere el supuesto de hecho normativo del artículo 66 de la Constitución». Esta interpretación deriva del hecho que, constitucionalmente, la «tierra» es susceptible de derechos de propiedad, lo que no ocurre con los otros recursos naturales en su fuente. Frente a ello, la pregunta es si la tierra deforestada exige un tratamiento como «tierra» o como «bosque», con la implicancia que ello tiene para cada caso.

3. El retorno al debate sobre el dominio

Más de diez años después de aprobada la Ley de recursos naturales, las distintas iniciativas legislativas sobre recursos naturales han reabierto el debate sobre el dominio de estos en su fuente.

(9) Dictamen de la Comisión Agraria recaído en los Proyectos de Ley 00840/2006-PE y 690/2006-CR, los cuales propusieron modificar la Ley 28852, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería. Período anual de sesiones 2006-2007.

(10) Por respeto al carácter privado de los informes legales referidos, formularé algunas reflexiones alrededor de algunos de los conceptos vertidos en los mismos, sin referir la fuente de estos.

«HISTÓRICAMENTE, LA TIERRA HA RECIBIDO UN TRATAMIENTO BASADO EN LO QUE SE DENOMINA 'CAPACIDAD DE USO MAYOR'. ELLO SE ORIGINA EN LA VOLUNTAD DE DARLE A LA TIERRA SU MÁXIMO POTENCIAL Y, POR OTRO LADO, GARANTIZAR LA EXISTENCIA DE LOS RECURSOS EN EL TIEMPO».

Parte de ello se originó en los informes que destacados profesionales del derecho han formulado en relación a estos proyectos a solicitud del propio Congreso o de PROINVERSION⁽¹⁰⁾. En ellos se dijo que el artículo 66 de la Constitución ofrece dudas por lo ambiguo de su texto, por lo que es necesario recurrir a la interpretación sistemática. Basado en ella, se analiza el tratamiento de los bienes del patrimonio cultural de la nación; el tratamiento de la tierra en el artículo 88 de la Constitución y el tratamiento de los frutos y productos, entre otros. Frente a ello, de manera breve intentaré, analizar estos conceptos a fin de determinar su relevancia en el debate en cuestión.

a) Se señaló que los bienes del Patrimonio de la Nación pueden tener origen natural

Manuel Pulgar Vidal Otalora

cultural. La Constitución define, en su artículo 21, los bienes culturales que integran el Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. En ese sentido, se estableció que nada impide que los bienes culturales, que conforman el Patrimonio de la Nación, puedan ser objeto de propiedad privada.

Para analizar esta afirmación, es importante reconocer que en la definición contenida en la Ley 28269 - Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes que integran el concepto de patrimonio cultural, reconoce que este se constituye por toda manifestación del quehacer humano, material o inmaterial, reconocido como tal. Aquí se aprecia una primera gran diferencia con el tratamiento de los bienes que integran el patrimonio natural. En el cultural, el quehacer es humano y se somete a un reconocimiento para integrar el patrimonio. Es decir, el origen implica una acción humana que determina un derecho sobre el bien. Adicionalmente, esta acción humana, de la que deriva una obra (en el caso del patrimonio material), requiere un reconocimiento para integrarse al patrimonio cultural, sin que se desconozca el derecho existente sobre el bien.

En el caso de los recursos naturales, no hay obra humana, son elementos de la naturaleza que el hombre conoce y usa para satisfacer necesidades, por lo que le otorga valor. En consecuencia, corresponde al mandato constitucional definir su dominio. Por ello, la Constitución de 1993 y la Ley de recursos naturales han optado por reconocer su carácter de dominio eminential, como se explicó líneas arriba.

Bajo la misma lógica, regula la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación los bienes que integran el patrimonio cultural y solo reconoce la propiedad preexistente sobre los bienes materiales. En cuanto a los inmateriales señala que, «(...) por su naturaleza, pertenecen a la Nación; ninguna persona natural o jurídica puede arrogarse la propiedad de algún bien cultural inmaterial, siendo nula toda declaración en tal sentido, haya sido o no declarado como tal por la autoridad competente. Las comunidades que mantienen y conservan bienes culturales inmateriales pertenecientes al patrimonio cultural inmaterial, son los poseedores directos de dicho patrimonio».

Por lo mencionado anteriormente, la interpretación sistemática debe extenderse a la manera como la ley ha desarrollado el Texto Constitucional en materia de bienes culturales. De ello deriva el hecho que, en el Patrimonio Cultural, se reconoce también el dominio del Estado sobre el mismo, siendo la excepción, los casos de propiedad privada preexistente. En cuanto a los recursos naturales, en su fuente, no hay situación alguna que permita definir una propiedad privada preexistente sobre estos recursos, ni sobre los yacimientos minerales no explotados, ni sobre los hidrocarburos en el subsuelo, ni sobre los recursos hidrobiológicos no capturados.

b) De otro lado, se estableció que la Constitución de 1993, en su artículo 88, permite la propiedad privada sobre las tierras agrícolas pero, ¿acaso dichas tierras no son recursos naturales? Claro que sí. A pesar de ello, las tierras agrícolas sí pueden pertenecer a los particulares.

Dicho de otra manera, los informes antes mencionados intentaron sustentar en la facultad de derechos de propiedad sobre la tierra, la propiedad sobre los otros recursos naturales en estado natural.

Sobre el particular, Del Castillo Pinto⁽¹¹⁾ señala lo siguiente: «(...) herederas de una antigua tradición proveniente del Derecho Romano, dos son las concepciones o sistemas predominantes respecto de los derechos sobre los recursos naturales y en especial sobre los recursos mineros que se desarrollan en el mundo actual. El primero de estos sistemas es el que encontramos en el Reino Unido, Estados Unidos y otros países del llamado 'Common Law', aunque con matices

(11) DEL CASTILLO PINTO, Laureano. *El tratamiento Constitucional de la propiedad de la tierra y los recursos naturales: El caso peruano*. Disponible en: <http://www.grupochoerlavi.org/tierra/docs/casoperuano.doc>.

derivados de sus propias historias. En este sistema conocido como el derecho fundario, la propiedad de los recursos y riquezas corresponde al propietario de la tierra o fundo (de allí su nombre), de modo que el dueño de la tierra lo es no solo de esta sino también de los frutos y productos que se encuentren sobre ella y debajo de ella. El segundo sistema es el que, también con las variaciones derivadas de su propia experiencia histórica y de otras consideraciones, se encuentra en la mayor parte de los países de América Latina y Europa. Resultado de un largo proceso, influido por las instituciones feudales como las regalías, llega a nosotros como el sistema de dominio eminente, en el cual todos los recursos naturales pertenecen a la nación o más bien al Estado, quien faculta o permite a los ciudadanos aprovecharlos.

Refiriéndose a la tierra agraria, dicho autor complementa diciendo: «(...) este es uno de los recursos naturales que recibe un tratamiento excepcional en casi todas las constituciones. En verdad, desde mucho tiempo atrás, se reconoce la propiedad de la tierra a los ciudadanos y habitantes en general de una nación. No puede olvidarse que la defensa del derecho de la propiedad es una de las ideas fuerza que inspiraron la formación del Estado Democrático (desde Maquiavelo y otros pensadores clásicos), junto con la defensa del derecho a la libertad personal y a la vida, amenazados por el absolutismo, de modo que, siendo la tierra agrícola un recurso natural, es el único al que se reconoce como susceptible de apropiación individual, lo que los Estados garantizan».

Es justamente el texto constitucional el que define la manera a partir de la cual se otorga derechos de propiedad sobre los recursos naturales y sobre la tierra. La evolución histórica ha determinado la facultad de otorgamiento de estos derechos.

c) Se hace referencia al tratamiento de los frutos y productos regulados por los artículos 890 y siguientes del Código Civil. Sobre el particular, se señala que, en ambos casos, tanto los frutos como los productos pertenecen al propietario, que sin duda, puede ser un privado. Se agrega que existe una gran similitud, por no decir identificación, entre los frutos, productos y recursos naturales. Con ello se sustenta que los bosques naturales son frutos naturales y las

plantaciones forestales y tierras de reforestación, son frutos civiles.

Sobre el particular, cabe precisar que la mención hecha para alegar la identidad entre frutos, productos y recurso natural no es completa. El propio Código Civil señala, en su artículo 892, que: «Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho». Está haciendo una clara diferenciación. El fruto natural pertenece al propietario, lo que implica que hay un reconocimiento previo al derecho de recoger dicho fruto. La mención al propietario hace referencia a un derecho preexistente al derecho sobre los frutos naturales. Ese derecho es el que define la Constitución, el cual no debe entenderse como propiedad privada sobre los recursos en su estado natural.

Por su lado, la diferenciación en relación al recurso natural y los frutos, ha sido expresamente formulada por la Ley de recursos naturales, como señalamos líneas arriba, la misma que es Ley Orgánica y constituye la norma especial en relación al aprovechamiento de los recursos naturales, que es el tema bajo discusión.

Los informes concluyen afirmando que los recursos naturales pueden ser objeto de propiedad privada. No obstante ello, el artículo 66 de la Constitución no lo dice expresamente, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Sin embargo, como hemos visto, esta interpretación sistemática no permite llegar a esta conclusión. Por otro lado, es conveniente detenerse a pensar las consecuencias de esta afirmación, en relación a recursos naturales de cuya disponibilidad carece de certeza. Bajo esta lógica, podrían existir derechos de

Manuel Pulgar Vidal Otalora

propiedad sobre minerales e hidrocarburos en el subsuelo y recursos hidrobiológicos en su fuente, sobre recursos genéticos contenidos en el recurso natural, sobre fuentes de agua, etcétera.

4. Las posiciones sobre los recursos naturales y el desarrollo

El Presidente de la República señaló, en el primer artículo editorial *El síndrome del perro del hortelano*, que el Perú es como un individuo atado de manos, que no puede mejorar su situación porque «muchos de sus bienes no se pueden poner en valor, ni vender, ni invertir en ellos, ni generar empleo en ellos». Agrega que existen «millones de hectáreas que las comunidades y asociaciones no han cultivado, ni cultivarán».

El diagnóstico presidencial sobre la venta, como único mecanismo para la puesta en valor de las tierras, no debe atribuirse, sin embargo, únicamente a este período gubernamental. Debe analizarse históricamente y especialmente a partir de la modificación de la Constitución Política del Perú ocurrida el año 1993, la cual eliminó la condición de inalienable e inembargable de la tierra comunal y mantuvo la imprescriptibilidad, salvo el caso de abandono. La lógica imperante en la modificación constitucional fue la misma, intentar crear un mercado de tierras, a partir de la eliminación de cualquier restricción a la transferencia del dominio de la tierra comunal, restricciones que los promotores de la modificación, consideraron innecesariamente proteccionistas y paternalistas.

Sin embargo, en la lógica de desarrollo a partir de un mercado de tierras, existe una relativización de la propiedad rural en manos de pequeños propietarios. Así, el propio presidente García señaló que «(...) para que haya inversión se necesita propiedad segura, pero hemos caído en el engaño de entregar pequeños lotes de terreno a familias pobres que no tienen un centavo para invertir» y agrega que «el modelo minifundista y sin tecnología es un círculo vicioso de miseria, por lo que debe impulsarse la mediana propiedad, la clase media de la agricultura que sabe conseguir recursos, buscar mercados y puede crear trabajos formales». Concluye el Presidente afirmando que «en todo el Perú hay tierras ociosas porque el dueño no

tiene formación, ni recursos económicos, por lo que su propiedad es aparente».

En el mundo del Derecho, el propietario cuenta con los atributos de «usar», «disfrutar» y «disponer» del bien y, en ejercicio de estos atributos, los propietarios, sean pequeños, medianos o grandes, pueden tomar todas las decisiones que estimen convenientes sobre el aprovechamiento total o parcial, o el no aprovechamiento del recurso o bien que constituye su derecho. El ejercicio de este derecho se hace en armonía con el bien común y se le puede establecer restricciones por razones de seguridad nacional, de acuerdo a lo establecido en el texto constitucional. En tal sentido, relativizar la propiedad o cuestionarla, simplemente por la condición económica del propietario, o porque este asume una posición de no aprovechamiento del bien, por razones culturales, religiosas o cualquier otra, no resulta un argumento que pueda sostenerse válidamente y más bien esconde una lógica que incide, en gran parte, en los conflictos que se generan en el país.

Sin embargo, esta relativización no es nueva. Es la misma que se esgrime para diferenciar, en el tratamiento legal, la tierra urbana y la tierra rural, en relación al aprovechamiento de recursos naturales no renovables y que llevó a que frente a un supuesto potencial de recursos mineros en una zona residencial de Lima, se dictara en las concesiones mineras. Así, fruto de las noticias aparecidas en los diarios sobre el potencial minero en zonas residenciales de Lima, se dictó en 1998, la Ley 27015 - Ley Especial que regula el otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, la misma que estableció límites a la existencia de

concesiones mineras metálicas o no metálicas en áreas urbanas o de expansión urbana, tratamiento que no se extiende a la propiedad en áreas rurales.

Si bien es cierto que el Presidente parece partir de una concepción económica y de escala como mecanismo para rentabilizar la tierra, es cierto, por otro lado, que la diferenciación en el tratamiento legal de la tierra y la relativización de la importancia de la pequeña propiedad y la propiedad rural, parece querer expresar una concepción jurídica de dos tipos de propiedad, por un lado la urbana, la mediana y gran propiedad y, por otro lado, la rural, la pequeña y sin inversión.

En relación al recurso forestal, el Presidente señaló que para la reforestación de las 8 millones de hectáreas destruidas, se necesita propiedad, es decir, un terreno seguro para que haya inversión formal de largo plazo y alta tecnología.

El tema bajo discusión, en todo caso, no desconoce la importancia que tiene la propiedad para el otorgamiento de derechos bajo reglas de seguridad jurídica y como promotora de inversiones. El punto es si el tratamiento jurídico de los recursos naturales extiende sus reglas a la tierra deforestada o si ella recibe un tratamiento bajo el amparo del artículo 88 de la Constitución.

Para ello, se ha intentado sustentar la capacidad del Estado para otorgar tierras con aptitud forestal, sin cubierta vegetal o con escasa cobertura arbórea, en propiedad a los particulares por los siguientes argumentos: (i) sobre la tierra existe derecho de propiedad constitucionalmente garantizado y, (ii) que los frutos corresponden a los particulares.

Sobre lo primero, es preciso señalar que, efectivamente, el artículo 88 de la Constitución señala que el Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra en forma privada o comunal, pero la pregunta que uno debe formularse es si la tierra deforestada, con aptitud forestal, recibe el tratamiento de tierra o de recurso forestal.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que, históricamente, la tierra ha recibido un tratamiento basado

en lo que se denomina «capacidad de uso mayor». Ello se origina en la voluntad de darle a la tierra su máximo potencial y, por otro lado, garantizar la existencia de los recursos en el tiempo. Así, la tierra puede tener una capacidad de uso mayor agropecuario o ser de aptitud preferentemente forestal. Es alrededor de ello que las normas han intentado regular los derechos que se otorgan y las condiciones a que se someten.

En esta evolución histórica, las contradicciones han sido numerosas, básicamente, por el hecho de que las normas sobre tierra agraria han intentado incluir la mayor cantidad de tierra, sea que tenga otra aptitud, siempre y cuando tenga potencial para esta actividad económica. Por su lado, las normas forestales han considerado como recurso forestal e, incluso, como patrimonio forestal de la nación, a la tierra que aun sin cubierta boscosa tenga aptitud forestal, en la voluntad de reposición de dicha cubierta.

Estas contradicciones deben ser enfrentadas de manera integral a fin de obtener respuestas permanentes. En este análisis, se deberá considerar, por su lado, las consecuencias, tanto positivas como negativas, que pueda generar, la coexistencia de distintos derechos sobre el mismo recurso y eventualmente sobre el mismo ecosistema. Así, la existencia de derechos de propiedad para reforestación en amazonía, ¿tendría consecuencias sobre el bosque natural otorgado en concesión?

En este debate, el tema de los frutos no está en discusión, su tratamiento está reconocido por la Ley de recursos naturales. Falta resolver la naturaleza jurídica del recurso a otorgarse y la modalidad a partir de la cual este puede aprovecharse.

Manuel Pulgar Vidal Otalora

Sobre ello, la Ley 28852 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería optó por un tratamiento agrario de la tierra para las actividades de reforestación y agroforestería al considerar, en su artículo 2, que estas actividades son cultivos y constituyen agronegocios forestales que no se rigen por las disposiciones de la Ley 27308 - Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Por su lado, las características del recurso forestal exigen una precisión respecto a lo que se denomina un área susceptible de ser reforestada, un área degradada o un área sin cubierta forestal. Los ecosistemas boscosos presentan características intermedias que no permitirían fácilmente concluir, desde una perspectiva legal que, un área se encuentra deforestada.

La naturaleza del recurso renovable del bosque hace que, bajo condiciones naturales, un área deforestada pueda regenerarse en forma tal como las denominadas «purmas» o «bosques secundarios». Estas áreas pueden no tener valor comercial, pero sí cumplir una función ambiental determinada.

Sobre el particular, la legislación ha establecido distintas formas de tratamiento a la misma, pasando por determinar como área deforestada, a aquella sin «cubierta vegetal» o «escasa cobertura arbórea». Por su lado, otras normas han agregado a esta definición el concepto de «especies sin valor comercial».

En esta lógica, un área deforestada no es necesariamente una tierra carente de recursos. Es una tierra con ciertas características que la ley no ha llegado a precisar del todo. Es justamente en esta incertidumbre que se generan ciertas resistencias al otorgamiento de derechos para reforestar, sustentadas, adicionalmente, en el hecho de que esta actividad estaría fundamentalmente orientada al desarrollo de una actividad comercial, bajo un régimen de plantación forestal que constituiría un monocultivo.

Son diversos los temas que, alrededor del aprovechamiento de los recursos naturales, se encuentran contenidos en la visión presidencial. Así, a los señalados, se suma el referido a la transferencia de la tierra comunal bajo requisitos de

aprobación de la Asamblea Comunal. Como se señaló, a partir de la promulgación de la Constitución de 1993, la restricción para la venta de la tierra comunal, contenida en el texto de 1979, fue eliminada. Sin embargo, se estableció legalmente una condición para la aprobación de dicha transferencia por parte de un porcentaje de la comunidad. La Ley 26505 - Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas estableció que, para la transferencia de tierras comunales de sierra y selva, se requiere acuerdo de Asamblea General, con la aprobación de 2/3 de los miembros de la comunidad, distinto al requisito para la aprobación en tierras de la costa. Esta restricción busca ser eliminada a partir de una iniciativa legislativa del propio Poder Ejecutivo, ante la resistencia de personas y organizaciones que estiman que puede quebrarse la estructura comunal, la cual es la base de una sociedad pluricultural como la peruana.

En todo caso, esta visión refleja lo señalado al inicio. El sustento económico e ideológico en que se basa el tratamiento jurídico de los recursos naturales. El contexto actual determina un movimiento significativo del péndulo. Ello explica las numerosas iniciativas legislativas existentes.

5. Conclusiones

El debate alrededor de los mecanismos para el acceso y el aprovechamiento de los recursos naturales ha merecido mayor atención de los científicos sociales y bastante profundidad en el análisis desde la disciplina del Derecho. Las tendencias legislativas a nivel continental y los debates ideológicos sobre el rol del Estado en

relación a estos recursos obliga a los abogados a prestar mayor atención sobre el mismo.

Esta atención debe partir por reconocer que la definición de lo que se debe entender por recurso natural nos conduce, necesariamente, a las características esenciales de «satisfacción de necesidades» y, en consecuencia, «valor», lo que determina que su regulación se sujetará al contexto particular e importancia que cada recurso posee. No todo elemento de la naturaleza requerirá un tratamiento jurídico como recurso natural, pero todo recurso natural requerirá una precisión sobre su forma de aprovechamiento y las condiciones a las que se somete.

El debate sobre el dominio de estos recursos deriva, evidentemente, de su

importancia económica. La Ley de recursos naturales, basada en el concepto de dominio eminential, estableció mecanismos a partir del cual el Estado otorga derechos de aprovechamiento a los particulares, manteniendo este un dominio latente.

No obstante ello, el debate parece haberse reabierto, especialmente a partir de la visión del actual gobierno para sustentar la política de desarrollo en el aprovechamiento de recursos naturales, con especial referencia a los bosques y, a su vez, a la tierra.

El establecer regímenes legales que permitan otorgar seguridad jurídica para su aprovechamiento requiere, desde el Derecho, conocer no solo las características especiales del recurso (como en el caso del bosque), sino también sus potenciales; no solo desde el punto de vista comercial, sino ecosistémico, ambiental y social. Solo de esa manera podremos aportar, desde nuestra especialidad, una visión de los recursos naturales como sustento de desarrollo del país.