

Los recursos naturales en la Constitución vigente

Enrique Lastres Bérninzon

Abogado. Profesor de Derecho Minero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La cuestión concerniente a la propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, ha sido tratada con relativo acierto en los últimos textos constitucionales y en diversas leyes sectoriales.

La Constitución de 1933 fue la primera que se ocupó de esta materia. Su artículo 37 disponía textualmente lo siguiente:

"Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares".

Luego, la Constitución de 1979 en sus artículos 118 y 119, reguló esta materia del modo siguiente:

"Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La Ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares".

"Artículo 119.- El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico".

La novísima Constitución de 1993 se ocupa de los recursos naturales como sigue:

"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 utiliza-

ción y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

"Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales".

El texto constitucional vigente y sus antecedentes sugieren el análisis del tema de los recursos naturales desde varias perspectivas, conforme se pasa a comentar.

1. NATURALEZA E IDENTIFICACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES.

Naciones Unidas define los recursos naturales como todo lo que el hombre encuentra en su ambiente natural y que puede utilizar en beneficio propio.

La Constitución vigente no los define; sólo hace alusión al concepto de recursos naturales en su doble categoría de renovables y no renovables.

La definición jurídica más próxima de nuestro derecho positivo sobre recursos renovables, la encontramos en el Código Civil (artículos 890 y 891), que considera frutos, los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia; y que identifica como frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana.

En cambio, los recursos no renovables son aquéllos que se agotan con su primera explotación o aprovechamiento, definición que corresponde a la de los productos, según el artículo 894 del Código Civil.

A diferencia de la actual, las constituciones anteriores consagraron la técnica de ejemplificar los recursos naturales.

Así, la de 1979 identificaba específicamente a los minerales, tierras, bosques, aguas y fuentes de energía, repitiendo la clasificación contenida en la de 1933. Esta última concluía involucrando en la definición a todas las "fuentes naturales de riqueza", término que es sustituido a partir de 1979 por el de "recursos naturales".

En concepto del ponente, la definición constitucional actual responde a una mejor técnica jurídica, pues la ejemplificación de los textos precedentes era manifiestamente incompleta y equívoca.

Así, en materia de recursos no renovables, al mencionarse singularmente a los minerales, o a las minas como equivocadamente se les identificaba en el texto de 1933, parecía referirse exclusivamente a los minerales sólidos, pues no se mencionaban los hidrocarburos líquidos y gaseosos, hoy notoriamente más importantes que los minerales sólidos y que están sujetos desde hace más de 70 años a una legislación especial.

La inserción en el artículo 118 de la Constitución de 1979 de las fuentes de energía luego de la mención a los recursos naturales, dejaba también una impresión equívoca, que podía considerar involucradas no sólo las fuentes naturales como la hidroenergética, eólica, solar, mareomotriz y geotérmica, sino también fuentes de energía convencional, producidas por la combustión del petróleo, o del carbón, o el vapor de agua en usinas o plantas generadoras.

En fin, la técnica descriptiva empleada anteriormente, de un lado adolecía de defecto e imprecisión y, de otro, comprendía recursos que, por su importancia económica o social, correspondía que estuvieran ya fuera bajo la regulación constitucional o excluidos de ella.

La mejor técnica legislativa empleada en la definición de los recursos por la Constitución vigente, merece sin embargo desagregarse en una ley orgánica que defina de tiempo en tiempo, en función de su importancia, cuáles son los recursos naturales que se encuentran comprendidos dentro de esta definición.

Dicha ley debería definir el concepto de recursos naturales, afinándolos exclusivamente en aquellos cuya existencia es producto original de la acción de la naturaleza, sin mediar la intervención del hombre, siguiendo la definición de Naciones Unidas. Luego, dicha ley debería definir taxativamente cuáles de estos recursos se encuentran comprendidos en la definición, en función de la necesidad de que el Estado regule, con mayor o menor vigor, su aprovechamiento por su importancia económica o social.

Respecto a la importancia económica y social del recurso, la ley debe regularlos bajo la dinámica de la evolución. Así, recursos como el guano y el salitre, que fueron la base de la economía del país en el segundo tercio del siglo XIX, carecen hoy de trascendencia por la sustitución de abonos químicos; en tanto que, por ejemplo, la geotermia, desconocida hasta hace muy poco como fuente de energía industrial, es un recurso que merece un tratamiento legal singular en función del interés nacional.

La misma ley orgánica debe evitar los linderos grises, donde no resulte claro cuando un recurso puede ser estrictamente natural.



Baste ejemplificar el caso de los recursos hidrobiológicos. Nadie pone en duda que constituyen recursos naturales renovables; sin embargo, estos mismos recursos desarrollados mediante técnicas apropiadas, tales como la piscicultura podría interpretarse que continuarían clasificados como recursos naturales, en la medida en que en su renovación interviene no sólo la tecnología, sino también otros elementos naturales como el agua, las sustancias que ella contiene, la temperatura del medio ambiente y los demás elementos que dan origen a la vida.

El deslinde de la frontera del concepto de recurso natural, es tanto más importante y necesario, como que a partir del mismo se establecen dos maneras jurídicas distintas para ejercer derechos reales sobre ellos: aquella que resulta de la aplicación del texto constitucional, a partir de la soberanía del Estado sobre los recursos, y aquella que se puede ejercer por los medios que consagra el Código Civil.

2. LA PROPIEDAD DE LOS RECURSOS NATURALES.

El artículo 66 de la Constitución, bajo análisis, define que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento.

Esta definición encierra una aparente paradoja, pues identifica a dos sujetos como ejerciendo títulos o atributos sobre una misma clase de bienes.

¿Puede jurídicamente sostenerse que la Nación, concepto principalmente sociológico e histórico resulte titular de un patrimonio, concepto jurídico y económico?

Siguiendo a Max Weber, el vocablo Nación se asocia a un grupo humano unido por una comunidad de lenguaje, de religión, de costumbres o de destino, vinculado a la idea de una organización política propia, ya existente o a la que se aspira.

¿Qué significa la soberanía del Estado en el aprovechamiento de los mismos bienes que son patrimonio de la Nación?

Si entendemos, como señala Mancini, que el Estado es el ordenamiento jurídico de la Nación, entenderemos que los recursos naturales -heredad nacional-reposan jurídicamente en el dominio del Estado.

El texto vigente señala que el Estado es "soberano" en el aprovechamiento de los recursos naturales, definición que tiene un matiz diferente al de la Constitución de 1979, que mencionaba que los recursos naturales "pertenecían" al Estado.

Anecdóticamente, la Constitución de 1933 si bien arraigaba la propiedad de estos recursos en el Estado, dejaba a salvo los derechos legalmente adquiridos sobre las fuentes naturales de riqueza. Podría especularse si a la fecha subsisten tales derechos previos legalmente adquiridos, que sustraerían la propiedad de ciertos recursos naturales al dominio del Estado.

Dicha exclusión tenía como antecedente la legislación minera que permitía la concesión de los recursos minerales en propiedad a los particulares, siendo importante destacar que tal derecho de dominio no concedía los atributos de la propiedad común, sino que, más bien, estaba sujeto al cumplimiento de ciertas obligaciones pecuniarias y/o de trabajo, cuyo incumplimiento acarrea la caducidad del derecho de propiedad.

La evolución posterior de la legislación sobre la materia, ha dejado virtualmente sin efecto tales derechos adquiridos.

La soberanía que se atribuye al Estado según la definición vigente, debe interpretarse como la autoridad suprema del poder público sobre estos recursos,

conforme a la segunda acepción del vocablo contenida en el Diccionario de la Lengua Española.

En este punto, resulta saludable el atributo de soberanía que ahora la Constitución reconoce al Estado sobre los recursos de que se trata, pues su contenido está más acorde con los atributos que debe ostentar el Estado sobre ellos, superando las definiciones pasadas de pertenencia (entiéndase propiedad) del Estado sobre esos recursos, que podía prestarse a interpretaciones equívocas sobre el alcance del concepto, conforme se analiza en el punto siguiente.

En todo caso, pudo haberse prescindido perfectamente de la mención al patrimonio de la Nación sobre los recursos naturales, pues no es una definición con contenido jurídico, que más bien induce a situaciones confusas de interpretación, cuando no a la creación de expectativas patrimoniales colectivas, en un tema en el que debe guardarse mucha objetividad y mesura.

3. ALCANCE DE LA SOBERANÍA O PROPIEDAD DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.

Como se indicó inicialmente, la Constitución de 1933 es la primera que se ocupa de esta cuestión, en sintonía con las corrientes que prevalecían en torno a la mayor injerencia del Estado en la actividad económica. Ya en esta definición constitucional se consagraba una doble vertiente para el aprovechamiento de los recursos naturales. De un lado, se establecía el principio de la utilización directa por el Estado de las fuentes naturales de riqueza y, de otro, su concesión en propiedad o en usufructo a los particulares.

La falta de una definición constitucional previa a 1933 sobre la propiedad de los recursos naturales, no privó al Estado de incursionar en actividades de aprovechamiento de estos recursos, principalmente en actividades mineras. Ejemplos claros se encuentran en la explotación de la mina de cinabrio de Huancavelica durante la Colonia, el monopolio de la explotación del guano y la expropiación de las salitreras, a comienzos de 1870.

Una norma de características similares a la Constitución de 1933 contenía el segundo párrafo del artículo 118 de la Constitución de 1979, con la única salvedad que se eliminaba la ejemplificación de los medios jurídicos para conceder los recursos a los particulares.

Como se conoce, la Constitución de 1979 precisaba una intervención preponderante del Estado en la actividad económica, de modo que la definición del artículo 118 no estaba aislada, sino concordaba con otras de ese texto constitucional como los artículos 112 y 113.

Es importante destacar que, en adición a la acción empresarial del Estado, el artículo 119 consagró el principio de la evaluación, preservación y fomento del racional aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado y la promoción de su industrialización para impulsar el desarrollo económico.

De esta definición se extrae la primera reivindicación a nivel constitucional del tema de la ecología o preservación del medio ambiente, así como el concepto ya superado de la búsqueda de una sociedad industrial con características autárquicas.

Resulta así que bajo la Constitución de 1979, el dominio del Estado sobre los recursos naturales podía clasificarse bajo dos acepciones. Aquélla que recoge la mayor parte de los comentaristas del tema y que lo califica como el "dominio eminente" del Estado, y aquélla otra que concierne a la actividad propiamente empresarial del Estado sobre tales recursos.

Con relación al concepto del dominio eminente, lo podemos definir como la capacidad jurisdiccional de los poderes del Estado para legislar, administrar y resolver las controversias que se puedan suscitar en torno al mejor aprovechamiento de los recursos naturales. Forma parte esencial de estos atributos, la función contemporánea que se reconoce a los estados nacionales y a la comunidad universal, de velar por la preservación del medio ambiente, tema que ha sido recogido con propiedad en el artículo 67 de la Constitución. Es obvio que bajo esta definición, el dominio tiene características singularmente diferenciadas de la propiedad común, que caracteriza el dominio que una persona ejerce sobre una cosa.

Como ya se advirtió, la Constitución de 1993, al calificar la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos naturales, se acerca con mayor propiedad a la definición del dominio eminente antes descrito, que las definiciones imprecisas de los textos constitucionales precedentes. A partir del dominio eminente, el Estado puede normar el otorgamiento de los recursos naturales a empresas o entes autárquicos del propio Estado, tales como las empresas estatales de derecho privado, empresas de economía mixta y organismos públicos descentralizados, como ha sido la característica de la acción empresarial en el período 1970-1990, o de acentuar el discernimiento del aprovechamiento de tales recursos por los particulares, como es la tendencia presente.

Concordada la disposición del artículo 66 con la del artículo 60 de la Constitución vigente, entenderemos el cambio radical que se ha experimentado respecto a la variable del aprovechamiento de los recursos naturales por acción empresarial del Estado, la que según el último de los numerales citados, queda en general limitado a razones de alto interés

público o de manifiesta conveniencia nacional, autorizada por Ley.

El aprovechamiento de los recursos naturales se desarrolla en el derecho comparado a través de los siguientes sistemas: la *res nullius*, la teoría de la accesión y la teoría del dominio del Estado sobre ellos y su otorgamiento por medio de títulos especiales a particulares.

La accesión, originaria del derecho anglosajón y reconocida particularmente en la legislación de los Estados Unidos de América, hace recaer la propiedad de los recursos naturales en el propietario del predio que los contiene; la teoría del *res nullius* afinca el aprovechamiento de tales recursos en el primero que los descubra y los reivindique. Este sistema no pasa de ser una mera especulación teórica, toda vez que exige un ordenamiento para que el descubridor pueda reivindicar el hallazgo frente a una colectividad, lo que supone la preexistencia de normas que permitan precisar y consagrar su derecho. En este sentido, esta teoría desemboca finalmente en la que hace radicar la propiedad de los recursos en el dominio eminente del Estado, dentro de las características anotadas anteriormente de regular y administrar el otorgamiento de dichos recursos.

La legislación positiva nacional se ha adherido desde la Colonia hasta nuestros días a la tesis del dominio eminente, particularizándola en su origen, en los recursos minerales e hidrocarburos y ampliándose a todo otro tipo de recursos naturales a partir del presente siglo.

4. TÍTULOS PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES.

Respecto a la forma como el Estado discierne los títulos en favor de los particulares para el aprovechamiento de los recursos naturales y establece los atributos inherentes a tales títulos, podemos encontrar toda una amplia gama, en la que coexisten el derecho de propiedad reconocido, por ejemplo, en el Código de Minería de 1900, o títulos tales como la concesión, la licencia, el permiso y la autorización. En cada uno de esta amplia gama encontramos elementos diferenciados: así, los títulos pueden ser indefinidos o temporales, pueden provenir de actos administrativos o de contratos y pueden contener prestaciones y contraprestaciones diversas, según la legislación aplicable a cada recurso.

Baste mencionar al respecto que la Constitución de 1933 abría las alternativas del otorgamiento de las fuentes naturales de riqueza en concesión, propiedad o usufructo a los particulares; en tanto que la de 1979, quizá con una metodología más aparente, dejaba

librada a la ley específica reguladora de cada recurso natural, las condiciones de su otorgamiento a los particulares; en tanto que la Constitución vigente, si bien respeta conceptualmente la técnica empleada por el texto constitucional precedente, agrega una oración final definiendo que la "concesión" otorga a su titular un derecho real sujeto a lo que disponga la ley orgánica que determine las condiciones de su otorgamiento a particulares.

Realmente, la inclusión de esta última oración en el artículo 66 siembra fundadas dudas sobre su alcance. No se entiende si la concesión será en lo sucesivo el único título bajo el que se podrán aprovechar recursos naturales o si podrán coexistir títulos de naturaleza diferente. El hecho de particularizar el concepto que la concesión otorga un derecho real a su titular, pareciera dejar desasidos estos mismos atributos respecto de otro tipo de títulos, lo que resulta incongruente, toda vez que cualesquiera sea la denominación y características del título, éste siempre otorgará a su titular atributos de los derechos reales, es decir, lo vinculará con la cosa, en este caso, el recurso natural.

Por último, la mención constitucional a "un derecho real", abre ciertamente la necesidad de una definición casuística del mismo, pues es evidente que tal singularidad no es identificable específicamente en uno cualquiera de los derechos reales reconocidos por el Código Civil, sino que se tratará de un derecho real que la ley orgánica que legisle el aprovechamiento de cada recurso natural deberá definir en cada oportunidad, seguramente dentro de la metodología de los atributos de todos o algunos de los derechos reales que reconoce el derecho común.

La denominación de los títulos con los que el Estado confiere atributos sobre los recursos naturales y el contenido de ellos son distintos según los siguientes ordenamientos principales vigentes:

- La Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario, Decreto Legislativo No. 653, define en el artículo 23 que la propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado y el artículo 24 ejemplifica como tales, las no cultivadas por falta o exceso de agua y, en general, las demás tierras improductivas; distinguiéndolas en el artículo 25, de aquéllas que se encuentren en proceso de habilitación agrícola e implícitamente de aquéllas aprovechadas, respecto de las cuales el artículo 4 reconoce el derecho de propiedad privada, que el Estado garantiza.

Por su parte, las tierras eriazas así definidas pueden otorgarse a particulares mediante adjudicación por denuncia, arrendamiento o venta.

- La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Decreto Ley No. 21147, dispone que tales recursos son de dominio público, no existiendo derecho adquirido sobre

ellos. Es evidente que esta Ley va a requerir de una pronta adaptación, por cuanto mantiene una prioridad para la extracción forestal, afincada en las empresas de propiedad social, comunidades nativas, empresas públicas, comunidades campesinas, sociedades agrícolas de interés social, cooperativas, empresas privadas y pequeños extractores, enfatizando tales prioridades en los casos de transformación y comercialización de los productos de la fauna silvestre.

- La Ley General de Pesca, Decreto Ley No. 25977, define en su artículo 2 que son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del país; y que corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos. Nótese la clara adecuación al dominio eminente del Estado en esta definición.

“... la Constitución vigente ha definido con más propiedad que las precedentes, el tema de la soberanía o dominio eminente del Estado sobre los recursos naturales...”

Para el desarrollo de las actividades pesqueras se reconocen títulos como la concesión, la autorización, el permiso de pesca y la licencia.

- La Ley General de Hidrocarburos, Decreto Ley No. 26221, define que los hidrocarburos *in situ*, son de propiedad del Estado y que éste otorga a Perú Petro el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, para el efecto de que pueda celebrar contratos de exploración y explotación de ellos. A su turno, el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, puede ser transferido a los terceros que contraten con Perú Petro.

A diferencia de otros títulos para el aprovechamiento de los recursos naturales, en el caso de los hidrocarburos, los terceros distintos de Perú Petro sólo acceden al aprovechamiento de los hidrocarburos mediante contratos a celebrarse con dicha empresa, bajo las modalidades del contrato de licencia, contrato de

servicios y otras modalidades de contratación que autorice el sector energía y minas.

- El Texto Único de la Ley General de Minería a que se refiere el Decreto Supremo No. 014-92-EM, define que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible y establece como título jurídico para ejercer actividades mineras, la concesión, que se clasifica en minera, de beneficio, de labor general y transporte minero.

- La Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25844, define que el Estado previene el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Es igualmente una definición que cae claramente dentro del concepto del dominio eminente del Estado. Para el ejercicio de actividades bajo esta Ley, se reconocen como títulos, las concesiones, licencias y autorizaciones, en función de la capacidad de generación o las características de la transmisión o distribución de energía.

Se advierte del precedente inventario, que la Constitución vigente, al singularizar el concepto de la concesión y el atributo de un derecho real, no guarda concordancia con los títulos y atributos que se han venido empleando en el derecho positivo.

5. LA LEY ORGÁNICA.

Ya se explicó cómo el artículo 66 de la Constitución vigente innova la metodología para consagrar el aprovechamiento de los recursos naturales, determinando la necesidad de una ley orgánica.

Esta innovación parece positiva en cuanto que, por la jerarquía de la norma, su aprobación, modificación o derogación legislativa, sólo podrá ocurrir por norma que exija mayoría calificada de los miembros del Congreso unicameral, según el artículo 106 de la Constitución, lo que ciertamente le da una categoría superior a la de una ley común, y asegura una mayor estabilidad de la legislación.

La referencia a una ley orgánica puede interpretarse como una ley única reglamentaria del texto constitucional; o, por el contrario, como una ley general y como leyes específicas, reguladoras de cada recurso, en función de su importancia. Esta última ha sido la metodología empleada desde siempre por la legislación nacional.

Analizando las leyes sectoriales principales que norman actualmente el aprovechamiento de los recursos naturales, encontramos que sólo la Ley de Hidrocarburos, Decreto Ley No. 26221, tiene el carácter de ley orgánica.

Surge por consiguiente la interrogante de si aquellas normas anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución vigente, deben o no ratificarse, como leyes orgánicas o sustituirse por nuevas con dicho carácter. Frente a esta situación dubitativa, cabe rescatar la absolución por el Ministerio de Justicia de una consulta de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo, en torno a la procedencia de sancionar la Ley General de Minería con carácter de ley orgánica, mediante una nueva norma con esta característica. Sobre esta materia el Ministerio de Justicia se pronunció considerando innecesaria una nueva sanción de la ley sectorial.

En conclusión, la Constitución vigente ha definido con más propiedad que las precedentes, el tema de la soberanía o dominio eminente del Estado sobre los recursos naturales; los ha clasificado con las características de renovables y no renovables dejando a leyes orgánicas la definición sobre su aprovechamiento, sistematizando así el tratamiento legal de este importante tema. Empero, al afincar una mención expresa a la concesión como título presumiblemente vinculado al otorgamiento de los recursos naturales y la atribución de un derecho real inherente a dicho título, ha dejado una situación equívoca e incierta que, en este tema, como en el de la definición precisa y científica del concepto de recursos naturales, debe quedar aclarada en una ley marco de los preceptos contenidos en el artículo 66 de la Constitución. 卐