

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS NATURALES EN PERÚ

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA.– II. UN PROBLEMA DE ORIGEN: UNA DEFINICIÓN INCOMPLETA DE LOS RECURSOS NATURALES EN NUESTRO DERECHO. LOS PROBLEMAS Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.– III. ¿LOS RECURSOS NATURALES SE PUEDEN DEFINIR ALREDEDOR DEL DOMINIO EMINENCIAL: 1. Las cuestiones previas a la definición que se adopta.– IV. ¿QUÉ SON LOS RECURSOS NATURALES?: 1. Los elementos de la definición. 2. Punto de cierre y también de comienzo: El concepto híbrido de los recursos naturales peruanos.– V. ABREVIATURAS.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Es urgente que los recursos naturales sean definidos integralmente en nuestro Derecho. En concreto se necesita completar la noción aplicable a esta materia a partir de revisar su fórmula general (esencialmente funcionalista y económica), y luego tratar de desentrañar toda la problemática que originan los postulados sobre el dominio eminente presentados por un par de sentencias de nuestro TC y un sector de la doctrina, los cuales se manifiestan en los posteriores intentos por hacer que este extraño instituto de origen medieval sea considerado como la cobertura conceptual de los recursos naturales. Este trabajo tiene como objetivo esencial el anterior propósito, pero además busca plantear un eje conceptual propio que asimile a los bienes públicos (estatales, regionales y municipales) y los distintos recursos naturales, todos ellos ahora estudiados y tratados jurídicamente como dos figuras alejadas y encontradas.

Palabras claves: dominio público; dominio eminente; recursos naturales; funcionalismo; cosas públicas.

ABSTRACT: It is urgent that natural resources been define integrally in our Law. In concrete, it is necessary to complete the notion applicable to this subject from reviewing its standard formula (essentially functionalist and economic). Also, is required to unravel the explain all the problematic that where originate the postulates under the eminent domain present by a couple of verdicts in our Constitutional Court and a sector of the doctrine, which are expressed in the subsequent attempts to make this strange feudal institute be considered as a conceptual cover of natural resources. This work has an essential objective that is the previous purpose, but also seeks to raise an own conceptual axis that were able to assimilate public property (state, regional and municipal) and the different natural resources, all of them now studied and treated legally as two remote and found figures.

Key words: public domain; eminent domain; natural resources; functionalism; public things.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Los recursos naturales peruanos necesitan tener una atención distinta y más fundamentada desde las distintas ciencias que se encuentran involucradas en esta materia. Así, el Derecho (y en particular el Derecho administrativo), no puede permanecer ajeno y sólo basado en conceptos rudimentarios o extrapolados de la Economía, la Ecología o, en general, las Ciencias Biológicas y Naturales (1), sin tomar posturas basadas en nociones erigidas para responder a la atribución de la cosa justa en este subsector, quedando relegado a un papel inútil de comparsa (en el que sin categorías sólidas podría terminar afectando a los objetos más relevantes de nuestra innegable biodiversidad) (2).

A partir de lo indicado, la verdad es que resulta una actuación relevante intentar fundamentar y construir los conceptos jurídicos alrededor de esta figura, más si el ordenamiento positivo de esta materia ha crecido de una manera vertiginosa en los últimos siete años, particularmente en número de normas reglamentarias en los distintos sistemas jurídicos aplicables a estos elementos. Así, sólo para citar un recurso natural de régimen especial (el forestal) vale asumir que en ese inicial lapso de tiempo han existido cambios muy veloces y destacables, los cuales se encuadran desde la promulgación en el año 2011 de la vigente LFFS pasando luego por un tramo largo de inercia y falta de reglamentación que llevaron incluso a mantener vigencias diferenciadas en su contenido [con un lógico desorden aplicativo] (3), para terminar con recientes

(1) Sobre las ciencias naturales y la Ecología, el profesor español R. Martín Mateo señalaba hace algunas décadas atrás señalaba que la «*Ecología en cuanto explicación científica de determinación de comportamientos naturales corresponde, por tanto, inicialmente a las Ciencias Naturales. Las relaciones de los seres vivos con el medio ambiente ocuparon la atención de los modernos naturalistas, sobre todo a partir de DARWIN, pero el aislamiento científico-metodológico de la ecología tiene apenas un siglo de duración y fue propuesto por primera vez por HAECKEL, quien acuñó este término partiendo de la raíz griega "oikos" que corresponde a los términos medio, o ambiente*». Vid. Martín Mateo, Ramón; *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977, p. 9.

(2) Para mostrar un ejemplo, sólo en materia forestal los datos públicos y oficiales más conocidos indican que Perú cuenta con el 71.8% del total de tipos de ecosistemas y zonas de vida existentes en todo el planeta, siendo considerado como un territorio mega diverso. En concreto sobre recursos forestales, el país es el noveno a nivel mundial en superficies cubiertas de bosques, y el cuarto en territorios de bosques tropicales. En suma estamos ante un patrimonio natural de muchísima envergadura y calidad, que necesita tener respuestas jurídicas serias. El Derecho tiene que convertirse en un medio de cobertura y colaboración en el propósito *intergeneracional* de conservación y gestión adecuada del mismo. Para una mayor información sobre estos aspectos se puede revisar la información brindada por el SERFOR en el siguiente enlace: <https://www.serfor.gob.pe/peru-megadiverso/diversidad-de-ecosistemas>.

(3) No fue hasta el año 2015 que se uniformizó la vigencia de la LFFS mediante la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No. 1220. Esta última norma legal puso en vigor a los artículos 68, 127, 128, 149 y 150 de la LFFS lo cual permitió que

cambios legales puntuales en aras de la siempre mentada simplificación procedimental (destinada a permitir un despliegue más activo del aprovechamiento económico de los recursos forestales y otros elementos complementarios a éstos como las semillas, frutos, resinas, etc. por parte de los privados (4)].

Incluso, aunque este trabajo no verse sobre los subregímenes de gestión, organización administrativa y las profesiones ligadas a los recursos naturales, bien vale la pena indicar que en el país ha crecido la atención del Legislador en cubrir todos los aspectos posibles de los primeros, desde la creación de novedosas Administraciones públicas especiales y competentes (una de gestión general de siglas SERFOR y otras de clara tendencia a ejercitar las competencias de policía administrativa de siglas OSINFOR y OEFA) (5), además de unos intentos poco pulidos de «principios» (6), potestades admi-

el régimen de policía administrativa forestal peruana pudiera tener completos sus institutos y técnicas. Un año después alguno de estos artículos fue modificado completamente por el Decreto Legislativo No. 1283.

(4) Me estoy refiriendo a la *ratio legis* que guió al recientemente aprobado Decreto Legislativo No. 1283, el cual tenía como uno de sus fundamentos o razones a la necesidad de «aprobar medidas de simplificación administrativa que faciliten el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre previstos en la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y modifica diversos artículos de la citada Ley, a efectos de promover y formalizar las actividades forestales y de fauna silvestre, especialmente a favor de los pobladores rurales, comunidades nativas y comunidades campesinas, sin que ello signifique alteración alguna a los criterios y principios que rigen el aprovechamiento sostenible de dichos recursos».

(5) En particular, el orden competencial y objetivos de interés público de las dos Administraciones Públicas forestales tienen mucha cercanía a los postulados de la ciencia dasonómica creada en la Alemania del siglo XVIII, bajo la cual se tenía un propósito prioritario «de conciliar la explotación racional del bosque con su conservación. Objetivo que se pretendía específicamente asegurar mediante la creación de un Cuerpo Facultativo encargado de aplicar la legislación y la técnica forestal y mediante la atribución al Estado de la propiedad de los terrenos poblados de especies arbóreas altas y maderables». Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Principios de Derecho Forestal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 20-21

(6) Sobre el particular como bien indicaba el profesor LÓPEZ MENUDO existen «reglas o soluciones adoptadas por el legislador, a veces reforzadas por su reiteración o continuidad en el tiempo, pero que sin embargo no alcanzan el rango de los auténticos Principios. Constituyen, en suma, el gran cúmulo de soluciones legales cuyo sentido y dimensión es puramente contingente, siendo perfectamente alterables por la libre voluntad del legislador sin que por ello se resienta una idea de razón o de justicia comúnmente compartida, aunque siempre, claro es, estará omnipresente el problema de dónde termina el libérrimo arbitrio del legislador en el diseño de una solución legal y dónde se sitúa el punto en que ello puede atacar a un principio general del Derecho». Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco; «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, número 129, 1992, p. 60. Al respecto, resulta más que claro que figuras como la gobernanza forestal, la participación en la gestión forestal, la consulta previa libre e informada, la equidad e inclusión social, o la interculturalidad, conocimientos tradicionales y cosmovisión, entre otros preceptuados en el artículo II del Título Preliminar de la LFFS, son figuras que, aparecidas desde el desorden

nistrativas de todo calaje, novedosos mecanismos informáticos y de actuación, la propia singularización relativa de nuestro objeto de estudio del régimen de las áreas naturales protegidas y, finalmente, la implantación de nuevas e interesantes formas de relacionamiento de las mencionadas organizaciones administrativas con los distintos privados involucrados con el tratamiento de estos elementos.

Ahora bien, a partir de todos estos antecedentes esta colaboración intenta tratar y justificar con razones un único punto de todo esta enorme cantidad de temas pendientes. Sólo quiero concentrarme en definir la noción jurídica aplicable a los recursos naturales en nuestro Derecho vigente, a partir de revisar su fórmula general, asumiendo toda la problemática que originan los postulados sobre el *dominio eminente* presentados por un par de sentencias de nuestro TC y un sector de la doctrina, y los posteriores intentos por hacer que esta categoría de origen medieval otorgue cobertura a los primeros. En cualquier caso, respetuosamente adelanto que esta última postura la estimo incorrecta y merecedora de una severa crítica. Además, en este punto buscaré plantear una cuestión que he venido cavilando hace algún tiempo atrás, a partir de la serie de trabajos entregados a las sucesivas publicaciones de la RIBP, esto es la necesidad de contar con un eje conceptual propio que asimile a los bienes públicos (estatales, regionales y municipales) y los distintos recursos naturales, tomando en cuenta para esto a los distintos conceptos jurídicos indeterminados que abundan en nuestro ordenamiento (principalmente en nuestra CP).

Pues bien lo presentado anteriormente es el esquema y materias específicas que se tratarán en este trabajo. Esta última siempre estará basada en una clara tendencia a conceptualizar. En cualquier caso, estimo que en nuestro Derecho existen aún espacios de indefinición (o de mera repetición normativa) que permiten plantear teorías de explicación y posibilitan darle un papel protagónico a la doctrina administrativista, apareciendo siempre estas estructuras para reforzar y darle una mirada más sólida a la mera disposición fría. Incluso, en nuestra actual realidad este rol se acrecienta pues las reglas sectoriales de los recursos naturales y las generales del medio ambiente aparecen aplicadas de manera mecánica por parte de los diversos operadores (entre los cuales se encuentran importantes organizaciones administrativas del país). Es más, es necesario esta actividad científica debido a una casi inexistente jurisprudencia constitucional y judicial, siendo un déficit que nuestros Poderes Públicos del sistema de Justicia poco han hecho y hacen por superar, no existiendo de ninguna manera un

y el intento de normativizar reglas de gestión pública de nuestro Legislador, no podrían ser catalogadas como principios aplicables y sostenedores de la materia forestal (no son cosas justas *per se*). En cualquier caso, aunque es una posición que necesita un trabajo y fundamentos específicos, considero que algunos de los institutos preceptuados en el Título Preliminar de la LGA siguen siendo los únicos y reales principios aplicables a los recursos forestales.

carácter de *Derecho vivo* que pueda ser predicable a los diferentes sistemas de regulación existentes en estas materias concretas.

En suma, nos hemos llenado de normas medianamente buenas, de propósitos loables, de Administraciones públicas competentes, de un cierto equipamiento de funcionarios públicos y recursos materiales, pero tenemos todavía una ardua labor por lograr una verdadera armazón conceptual que inspire y guíe al Derecho positivo en aras de garantizar la indispensable gestión de los recursos naturales, siempre con el objetivo último de producir «*los mayores beneficios para las generaciones actuales, sin merma de su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras, velando por su mantenimiento y conservación (...) con independencia de su titularidad o régimen jurídico, atendiendo a su ordenado aprovechamiento y a la restauración de los recursos renovables*» (7). Por lo dicho, la construcción de un Derecho de los recursos naturales, con bases jurídico-administrativas sólidas, y siempre conteniendo datos reflexionados desde la doctrina, será la mejor respuesta para el correcto tratamiento de estos objetos específicos de la biodiversidad y ecosistemas peruanos (8).

II. UN PROBLEMA DE ORIGEN: UNA DEFINICIÓN INCOMPLETA DE LOS RECURSOS NATURALES EN NUESTRO DERECHO. LOS PROBLEMAS Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El todavía bisoño Derecho ambiental Peruano intentó definir a los recursos naturales desde una visión brifronte de *utilitarismo* y *economicismo* promovida por el Legislador de la liberalización de la década de los noventa, según

(7) DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia; «La reciente Legislación sobre montes y recursos forestales de Castilla-La Mancha», *Revista Actualidad Ambiental*, número 9, 2012, p. 9.

(8) En este punto habría que recordar la rigurosidad y el empuje de un pionero de los estudios del Derecho ambiental en Iberoamérica, el desaparecido profesor español R. Martín Mateo, de quien se ha señalado que en su obra mantenía una acentuada «*preocupación por la cuestión conceptual (...) Esa inquietud por los aspectos dogmáticos de conjunto o por los tratamientos jurídicos comprensivos se irán haciendo más ostensible no sólo por referencias doctrinales comparadas, sino a partir de las nuevas aportaciones doctrinales españolas, mucho más ambiciosas y sistematizadas, que se publicarán a partir de los años ochenta coincidiendo, a su vez, con las publicaciones que Martín Mateo realiza en esa época*». Vid. Díez SÁNCHEZ, Juan José; «Las bases del derecho ambiental en la obra del profesor Ramón Martín Mateo» en Vol. Col. *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa*, Thomson-Reuters, Lima, 2015, p. 29. Al respecto, considero que la obsesión por definir en el Derecho ambiental y el resto de los estudios de sus componentes (entre ellos los recursos naturales) mostrada por el maestro vallesolitano, resulta la mejor muestra y ejemplo para los tiempos que corren en nuestra todavía incipiente realidad jurídico-ambiental, siendo ésta una tarea necesaria y extremadamente urgente.

la cual quedaría contenida en esta categoría mutable «*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*» (ver el artículo 3 de la LOASRN (9)). Esta definición inicial quedó luego compuesta por un grupo típico de supuestos de recursos renovables y no renovables, pero dejando siempre abierta la posibilidad de incrementar estos elementos a partir de que los operadores puedan encontrar alguna utilidad o forma de darle valor económico sostenible, abriéndose así el espacio para que la ciencia y tecnología puedan incrementar los números en el listado legal imperante. En cualquier caso, la categorización de un objeto como recurso natural obliga a que todos los intervinientes (incluyendo las organizaciones administrativas y otros Poderes Públicos del Estado), deban respetar un régimen que se sustenta en el «*fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación (...) y el desarrollo integral de la persona humana*» (ver el artículo 2 de la LOASRN).

Este concepto de clara tendencia *funcional* ha sido comentado y desarrollado por PULGAR-VIDAL a partir del señalamiento de cuatro características sustanciales que permitirían la catalogación de un concreto recurso natural, a saber: «*(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*» (10). Es más, este autor agrega los clarísimos tintes que componen esta tesis bastante acentuada en nuestro Derecho, indicado que estos caracteres «*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"*

(9) Esta importante norma legal preceptúa que se «*consideran 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 hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f. los minerales; g. los demás considerados como tales.*

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley».

(10) PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel; «Los recursos naturales, el Derecho y la visión de desarrollo», *Ius et Veritas*, número 36, 2008, p. 399.

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» (11).

En el mismo sentido, casi sin reconocerlo como tal (ni siquiera por nombre), el funcionalismo económico es tan excluyente y restrictivo en el Derecho ambiental del país, que algún sector de la doctrina lo ha utilizado para construir unas supuestas diferencias entre recursos naturales especiales tales como las supuestas distancias aparecidas en el régimen agrario y el forestal, cuando en ambos casos se encuentran involucrados distintos elementos pero con propósitos disímiles o no necesariamente pre-determinados (en los dos supuestos pueden existir o no aprovechamientos rentables y de colocación en el mercado). Al respecto, debe prestarse atención a lo indicado por LANDA, para quien —por ejemplo— el Derecho aplicable sobre la materia forestal permite la utización de estos recursos *«con fines de conservación, en cambio el régimen agrario se ha previsto con fines de explotación económica, ya sea para la industria agraria, agroindustrial, ganadera u otras actividades vinculadas» (12).*

En una perspectiva más moderada (menos restrictiva), citando alguna fuente internacional de impacto sobre este concepto incluido en nuestro Derecho y con el reconocimiento del factor agotamiento y reposición en el desarrollo de los supuestos previstos en la correspondiente tipología de la figura analizada, el profesor R. HUAPAYA ha reconocido que los recursos naturales *«se caracterizan por (i) ser proporcionados por la naturaleza; (ii) ser capaces de satisfacer las necesidades humanas, (iii) porque su apropiación y transformación depende del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicados» (13).*

En adición, el TC ha tomado en cuenta esta posición mayoritaria con algunos agregados extraídos de la Biología, y ha determinado directamente que los recursos naturales de todo tipo son *«un conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular,*

(11) PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 400.

(12) LANDA ARROYO, César; «Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco legal-administrativo y análisis de los vacíos y contingencias legales», *Sociedad Peruana de Ecodesarrollo*, Lima, 2014, p. 26

(13) HUAPAYA TAPIA, Ramón; «El régimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano», *Círculo de Derecho Administrativo*, número 14, 2014, p. 328. Esta postura se encuentra bastante cercana a la moderada posición asumida por el TC en la década pasada, bajo la cual estimaba a *«los recursos naturales (...) como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el ser humano»*. Ver Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. N.º 0003-2006-PI/TC, 4 de septiembre del 2006, f.j. 5.

y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar» (14).

Ahora bien, vale decir que la indefinición querida y el funcionalismo que se ha mantenido por casi 25 años, encuentra también respaldo en los silencios que nuestra CP ha mantenido sobre los recursos naturales (aunque estas omisiones no hayan sido obligaciones reales del Constituyente), pues sin indicar que son y cuál es su posición en el esquema de relaciones con la biodiversidad biológica, simplemente se les reconoce como «*patrimonio de la Nación*» y a continuación se entrega su aprovechamiento al concepto de la *soberanía estatal* (ver el artículo 66 de la CP). Es más, lo borroso de la noción se acrecienta cuando el TC en aras de indicar la interpretación de esta citada norma constitucional, sólo repite los textos pertinentes y coloca frases adicionales de poco sentido jurídico (más cercanas a un discurso político), que no permiten mostrar una ruta clara de respuesta (con ciertas luces). Así, el Alto Tribunal estima 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*» (15).

Un componente más del esquema de indeterminación parcial imperante, sin dejar de asumir la parte funcional que podría ser destacable, se complementa con las repeticiones dadas por la LGA que, sin mediar explicación adicional, simplemente repite la frase constitucional antes señalada y agrega datos muy cercanos a la tesis del dominio público (natural), en el sentido que

(14) Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril del 2005, f.j. 28.

(15) Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril del 2005, f.j. 29. Esta misma forma de interpretar los artículos constitucionales de los recursos naturales, sin profundidad y literalidad, había sido planteada antes por el propio TC de la siguiente manera: el «*artículo 66° de la Constitución, los recursos naturales y renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; según el artículo 67° del mismo texto constitucional, es el Estado el que determina la política nacional del ambiente y el que promueve el uso sostenible de los recursos naturales. El Estado, además, está constitucionalmente obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, a tenor del artículo 68°. En verdad, no sólo el Estado sino que cada uno de los peruanos tienen el deber de proteger los intereses nacionales, tal como lo señala el artículo 38° de la Constitución*». Ver la sentencia del TC, recaída en el EXP. N.° 0062000AI/TC, del 11 de abril del 2002, f.j. 2.

los «recursos naturales constituyen Patrimonio de la Nación. Su protección y conservación pueden ser invocadas como causa de necesidad pública, conforme a ley» (ver el artículo 5 de la LGA). Sin embargo, para no ser injusto con la crítica, el Legislador en esta norma si otorga un sentido de *pertenencia* a los recursos naturales, en tanto, partes esenciales del medio ambiente o ambiente (16), siguiendo así una tendencia occidental a incluir variados tipos de objetos naturales e incluso artificiales (como los urbanos), así como sus ejercicios mutuos de interacción (17). Indica el numeral 2.3 de la LGA que «toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros».

Por otro lado, la legislación estatal especializada aplicable a algunos recursos naturales (las más relevantes por el avance de su sistematización), también ofrece también un panorama similar, pero con un agregado de complicación: el uso *intercambiable* de nociones distintas tales como bien público, uso público, propiedad del Estado (propiedad estatal), patrimonio, dominio público, dominio eminential y las características de protección del dominio público (imprescriptibilidad, inaleabilidad) (18). Lo que es peor, en muchos de

(16) El profesor R. MARTÍN MATEO indicaba, siguiendo un postulado comunitario, que el medio ambiente activo es «un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados, bajo la forma que lo conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante ha establecido relaciones directas». Vid. MARTÍN MATEO, Ramón; *Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 73.

(17) Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca; *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 83. En esta amplitud de elementos, por razones esencialmente metodológicas y de cruzamiento con otras disciplinas especiales del Derecho administrativo (como el urbanismo y la ordenación territorial), es que ciertas posturas extraen al suelo del alcance del ambiente o medio ambiente, aunque se reconoce su evidente naturaleza de recurso natural (escaso). Al respecto ver el importante trabajo de Martín Mateo; *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, Volúmenes I y II, 1991.

(18) Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón; «El régimen legal y constitucional de...», ob. cit., pp. 331-333. En este trabajo se hace un rápido recorrido de algunas de las más importantes legislaciones sectoriales de recursos naturales (minerales, agua, forestal, pesca, hidrocarburos, entre otras). Advierto que esta interesante colaboración presente una revisión normativa que resulta recomendable pero dramática, pues el operador o intérprete puede terminar sencillamente confundido. Peor todavía podría tener una situación más crítica y sin soluciones posibles, si por ejemplo intenta buscar luces en las poquísimas sentencias del TC existentes, en las que se utilizan los términos sin una mayor precisión o rigurosidad conceptual. Así, para una muestra un botón: «Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídicopolítica de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano

los supuestos de recursos naturales de régimen especial se admite abiertamente la *propiedad privada* sobre ciertos tipo de elementos (como las tierras forestales), o los *frutos* o *productos* obtenidos de los primeros a partir los específicos aprovechamientos habilitados a ciertos particulares (cerca de lo que sucede con los recursos minerales, gasíferos, geotérmicos y petróleo), en concordancia con los reconocimientos brindados por el mandato del artículo 66 de la CP, el artículo 4 de la LOASRN (19), la correspondiente legislación sectorial y los datos generales preceptuados en el CC (ver los artículos 890 y 894).

Lo señalado anteriormente no sólo incrementa la inseguridad de la falta de definiciones y una base para afrontar la presencia de las evidentes *dos formas de titularidad* que coexisten en muchos ámbitos, sino que además demuestra la necesidad de diferenciar a los *recursos naturales en su fuente*, de aquellos otros *separados* y obtenidos desde el impulso extractivo o transformador de los particulares (siendo esta división una tipología legal sin todavía desarrollo efectivo en ninguna fuente jurídica nacional conocida).

Pero el uso descontrolado de definiciones disímiles también presenta un decisivo impacto negativo en la policía administrativa aplicable al conjunto de estos objetos (que termina siendo instrumentalizada mediante un amasijo de órdenes competenciales de muchísimas organizaciones administrativas y con productos incomprensibles como el uso de la técnica de la autorización y la consecuente relativización del alcance de la concesión). Finalmente, este dato negativo no es muy distinto al postulado constitucional mantenido en el artículo 54 de la CP, según el cual, sin siquiera acercarse al posterior subrégimen del ambiente y los recursos naturales, y desde una visión generalista, el Constituyente ha considerado que el «*territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre*». A su turno, en esta misma disposición plantea directamente la categoría del *dominio marítimo* para explicar la posición de titularidad del

en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su *ius imperium* y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce». Ver Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. N.° 0003-2006-PI/TC, 4 de septiembre del 2006, f.j. 5.

(19) Esta norma legal muy importante preceptúa que los «*recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos 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*». Entonces, de saque en Perú se admite la titularidad pública original sobre los recursos naturales (aunque pretenda encubrirse tras un concepto indeterminado normativo como el Patrimonio de la Nación) y, sin mayores titubeos luego, una posible titularidad privada que nace del desarrollo de la libertad de emprendimiento de los particulares interesados y habilitados por las organizaciones administrativas competentes, aplicada sobre elementos específicos que necesitan ser segregados mediante una transformación elaborada e industrializada para generar otros recursos naturales patrimonializables (con rendimientos y sostenibilidad mediante operaciones de mercado).

Estado sobre «*el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley*».

III. ¿LOS RECURSOS NATURALES SE PUEDEN DEFINIR ALREDEDOR DEL DOMINIO EMINENCIAL?

Pero el panorama de la indeterminación conceptual se termina por acrecentar aún más cuando el TC y el sector mayoritario de la doctrina nacional incluyeron al *dominio eminential* para explicar las relaciones jurídica del Estado (y sus Poderes Públicos competentes) respecto de los recursos naturales. En suma, como veremos luego, incluir una mala adaptación de esta noción propia del Antiguo Régimen es simplemente condenar a que esta figura nunca pueda ser definida de manera íntegra, pues siempre faltará el componente *subjetivo* (el titular) que llevará adelante el tratamiento jurídico y material respecto a la funcionalidad o la utilidad que puedan brindar y satisfacer estos objetos.

El TC incluyó esta noción medioeval en un par de resoluciones de una manera aislada, sin valorar sus antecedentes (ni siquiera se mencionan) y con una pobre fundamentación. Sin embargo, a pesar de estas omisiones la figura tuvo un éxito inusitado y se ha mantenido sin discusión o crítica alguna hasta ahora, salvo algunas honrosas excepciones (20). En la primera de las sentencias, el Alto Tribunal señaló que de una manera contradictoria 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. 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*

(20) R. HUAPAYA apuntó hace algunos años atrás los problemas de indefinición que ocasiona el dominio eminential. Así, señaló que el «*empleo de la expresión “dominio eminente” por parte del Tribunal Constitucional Peruano, refleja un concepto de difícil aprensión y encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre todo por que 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 dominalista 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 derecho*». Vid. HUAPAYA TAPIA, Ramón; «El régimen legal y constitucional de...», ob. cit., p. 330. En adición, un trabajo que ha pasado completamente desapercibido en nuestra doctrina y al cual reconozco una importante cantidad de razones para fundamentar una postura contraria al *dominio eminential*, aunque no comparto sus conclusiones y ciertos elementos incidentales, es el de HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo; «Los recursos naturales y el Patrimonio de la Nación», *Ius et Praxis*, número 42, 2011.

mejor aprovechamiento» (21). Un año después el TC afirmaba el dato de la soberanía nacional (bastante típico de las Constituciones de los países emergentes) (22), trayendo a colación que los «recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico-política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), significa que es bajo su ius imperium y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce» (23). A continuación en esta misma resolución, el Alto Tribunal mezcla conceptos, niega cuestiones sin reflexión y termina planteando que los «recursos naturales en ningún caso quedan excluidos del dominio soberano del Estado, por lo que resulta constitucionalmente vedado el ejercicio de propiedad privada sobre ellos, sin perjuicio de lo cual, conforme refiere el artículo 66° constitucional, cabe conceder su uso y explotación a entidades privadas, bajo las condiciones generales fijadas por ley orgánica (además de las regulaciones específicas previstas en leyes especiales), y teniendo en cuenta —se insiste— que, en ningún caso, dicho aprovechamiento sostenible puede quedar librado de la búsqueda del bienestar general, como núcleo instrumental y finalista derivado no sólo de su condición de patrimonio nacional (artículo 66°), sino de principios fundamentales informantes de todo el compendio constitucional formal y sustantivo» (24).

(21) Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril del 2005, f.j. 29.

(22) Al respecto, el profesor Sánchez-Apellaniz buscó explicaciones sobre esta corriente soberanista, y planteó que la «noción de soberanía permanente sobre los recursos naturales es un concepto polémico y dialéctico: utilizado por los países en vía de desarrollo —especialmente por los años se erigieron en su vanguardia reivindicativa—, como un arma en la lucha contra los países industrializados de Occidente, da la impresión de haber nacido —al igual que las viejas doctrinas áulicas “ad usum principis”— como apoyatura teórica de hechos consumados, en este caso conocidas expropiaciones y nacionalizaciones a partir de la postguerra.

Y una vez nacido, ese mismo carácter polémico como instrumento de combate, ha hecho que el concepto al correr de los años presente una evolución que, desarrollando y desplegando los principios contenidos en la doctrina, la ha ido progresivamente ampliando y a la vez radicalizando (...).

En efecto, los países del Tercer Mundo han estimado —y en ello, a nuestro juicio, tienen toda la razón, independientemente de que la tengan o no en los medios elegidos— que la soberanía política no es suficiente, si no se halla acompañada de una adecuada soberanía económica —sin entrar, en este momento, en cuál deba ser el alcance y el contenido justo de la misma—. Vid. SÁNCHEZ-APPELLANIZ Y VALDERRAMA, FRANCISCO: «La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenido», *Anuario español de Derecho Internacional*, número 5, 1979, pp. 3-4.

(23) Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. N.º 0003-2006-PI/TC, 4 de septiembre del 2006, f.j. 5.

(24) Pleno Jurisdiccional del TC, recaído en el Exp. N.º 0003-2006-PI/TC, 4 de septiembre del 2006, f.j. 6. Resulta bastante contradictorio que esta sentencia afirme la imposibilidad de titularidades privadas sobre los recursos naturales cuando ya en esa época se encontraba vigente el mencionado artículo 4 de la LOASRN. Acaso ¿los frutos y rendimientos segregados

Después de estas dos resoluciones del TC algunos puntuales trabajos han intentado justificar el *dominio eminential* de claro tinte soberanista, tratando de argumentar su especificidad y un cierto nivel conceptual. Al respecto, se afirmó con un claro énfasis reactivo que es muy típico de las normas y la interpretación que se siguieron respecto de la actual CP que: la «*declaración de patrimonio de la Nación significa que el Estado es propietario de lo que demás no pueden ser propietarios y dentro de un régimen peculiar: el que la Nación tiene la necesidad de imponerle. La cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas*» (25).

Como se notará, más desde el puro voluntarismo, se intenta a toda costa evitar el señalamiento del *dominio público estatal* sobre los recursos naturales (por razones diversas), tratando de utilizar un concepto indeterminado y políticamente más neutro (como el dominio eminential) que —de saque— impediría otorgar cobertura a la reserva y titularidades públicas sobre los distintos tipos de recursos naturales, aunque los efectos del primero terminan siendo similares (pues el dominio eminential no permite la existencia de propiedades privadas originales o reconocidas inicialmente por la CP). Incluso, las aparentes diferencias de figuras de base (como de un supuesto género natural a una especie de creación jurídica) (26), permitirían alejar el trata-

de la fuente no son recursos naturales de propiedad privada? Es difícil negar esta naturaleza jurídica y física de estos elementos, más allá del proceso productivo o de extracción por pleno impulso de los particulares, pues siguen siendo medios naturales que necesitan todavía varios procesos posteriores para cambiar su composición (y utilidad). Hubiese sido interesante que el TC plantee de una manera más pormenorizada los fundamentos de los recursos naturales en estado original frente a aquellos otros que están fuera de la fuente. Sin duda los segundos tendrían un subrégimen distinto además de ser objeto de las actuaciones de aprovechamiento y usos efectuados por los privados pertinentes (pero en ese estado inicial de extracción y ya en poder de los habilitados).

(25) KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César; *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2012, p. 188. Estos autores peruanos apoyan su tesis del *dominio eminential* en una pequeña interpretación del importante trabajo del profesor español MORILLO-VELARDE PÉREZ. Este último fundamenta —de manera correcta— que el dominio eminential y dominio público tuvieron caminos distintos de construcción, siempre en el marco de la crítica fuerte que brinda a las posturas subjetivas de la segunda categoría. Lo dicho, evidentemente por razones históricas y jurídicas, resulta una obviedad, sin embargo, no puede ser el sustento para la recepción abierta del dominio eminential en nuestro Derecho, cuestión última que ha terminado generando una definición parcial e incompleta de los recursos naturales peruanos.

(26) Fue el profesor M. RUBIO que buscó considerar que, particularmente en el caso de los recursos naturales, era posible afirmar que: «*No todos los bienes sobre los que el Estado ejerce el dominio son bienes de dominio público en el sentido que hemos dicho antes. Otros son denominados de dominio eminential que corresponde a bienes sobre los que no se*

miento de los bienes públicos y los recursos naturales estudiados. La siguiente cita de contraposición es más que clara sobre estos propósitos implícitos: «No debe confundirse el dominio eminente de los recursos naturales con el dominio público. Así, el concepto del dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecerse derechos privados de propiedad. En cambio, el concepto de dominio público se refiere a un régimen jurídico especial de bienes del Estado que son inalienables» (27).

Más adelante, el profesor LANDA casi en similares términos pero de manera un poco confusa, repite la contraposición entre dominio público y dominio eminential, descartando al primero para definir a los recursos naturales, para a continuación eliminar de plano la posibilidad de la propiedad en el dominio eminente, y en paralelo aceptar la irrupción del propietario en las formas de dominio público y privado ejercitadas sobre los bienes por parte de las competentes organizaciones administrativas. Muchas figuras distintas y explicaciones encontradas para este grupo de cosas. Así señala que «el régimen jurídico que la Constitución adscribe a los recursos naturales es el dominio eminente, que no es lo mismo que el dominio público. Habría que tener presente que el Estado tiene bienes de dominio público y bienes de dominio privado, pero en uno y otro caso, ejerce un derecho de propiedad, el primero regido por el derecho administrativo (bajo el cual los bienes —entre ellos los recursos naturales— serían inalienables, inembargables e imprescriptibles) y el segundo por el derecho civil (que el Estado puede transferir libremente). (...) En cambio en el régimen del dominio eminente no hay propiedad, los bienes del dominio eminente pertenecen a la Nación en su conjunto, correspondiéndole al Estado en nombre de la Nación, según lo establece la propia Constitución, fijar las reglas, vía ley orgánica, para su aprovechamiento sostenible» (28).

En tiempos más recientes, sin reconocer el alcance de la *publicatio* que cita al inicio de su fundamentación, negando cualquier vinculación al tesis propietario, pero asumiendo las particularidades manifiestas que tiene la tierra

estableció aún derecho privado alguno y por consiguiente están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio Sin embargo sobre ellos se podrán sí establecer derechos privados e inclusive podrán ser dados en propiedad particular siguiendo determinados procedimientos Por ejemplo los terrenos eriazos pueden ser denunciados por particulares. Si el Estado hace una gran imaginación probablemente venderá en propiedad particular las parcelas de lo que antes fue bien de su dominio eminente Estos como es obvio no son bienes de dominio público». Vid. Rubio Correa, Marcial: *Estudios de la Constitución de 1993*, Fondo editorial PUCP, Lima, 1999, Tomo III, p. 389.

(27) KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César; *El régimen económico de la Constitución...*, ob. cit., p. 188.

(28) LANDA ARROYO, César; «Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre...», ob. cit., p. 15.

(y sus componentes y variantes según uso), el autor PULGAR-VIDAL afirma que los «recursos naturales no pertenecen al Estado en su calidad de propietario, ni en el texto constitucional de 1979 ni en el de 1993 (...) 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» (29).

(29) PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel; «Los recursos naturales...», ob. cit., pp. 401-402. La postura de Pulgar-Vidal se apoyó en un trabajo de un importante y desaparecido profesor de Derecho civil, D. Jorge AVENDAÑO quien además participó directamente en los respectivos trabajos parlamentarios de la futura LOARSN. Indicaba este último autor nacional en 1997 que: «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». Vid. AVENDAÑO VÁLDEZ, Jorge; en Vol. Col. *Ley Orgánica de Aprovechamiento Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Antecedentes y comentarios*, Pronaturaleza, Lima, 1997, pp. 204-206. Sobre esto último cabría preguntarse si el *dominio eminential*, al menos en su versión más defendida, supone la negación completa de la propiedad, como puede explicarse luego que las organizaciones administrativas competentes puedan ceder a los particulares algunas facultades de un derecho inexistente (claro que esta confusión se camufla por J. AVENDAÑO tras la idea de que estamos ante un «instituto similar» a la propiedad privada). En suma, creo que no es posible sostener esta postura por sus propias contradicciones y las consecuencias que generan sobre el dato subjetivo de la definición de los recursos naturales.

En referencia a esta anterior tesis, de una manera más enérgica y en defensa de la introducción de la tesis propietarista en el dominio estatal se ha pronunciado HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, para quien la defensa de AVENDAÑO sobre el dominio eminential es «equivocada y falsa porque mezcla distintas teorías referentes a la negación de la propiedad del Estado sobre los bienes que integran el dominio público en general, las que sostienen que aquel no tiene un derecho de propiedad sobre dichos bienes, sino únicamente la administración y vigilancia; son idénticas a las que niegan la propiedad del Estado sobre los recursos naturales (soberanía interna y dominio directo), señaladas inicialmente. Además, lo manifestado por la teoría no refleja la conceptualización que la doctrina internacional tiene sobre el dominio público». Vid. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 210.

Ahora bien, si la doctrina citada y las sentencias del TC fueron las fuentes que más datos aportaron en defensa del *dominio eminente*, unos años antes, exactamente en 1997, ciertos artículos de la LOASRN plantearon el marco perfecto para la indefinición de la noción analizada (aunque sin recoger positivamente la figura aquí criticada), además de permitir tiempos posteriores de exacerbación del funcionalismo económico y el indiscutible desapego de la doctrina nacional a fundamentar el dato subjetivo de los recursos naturales. Veamos a continuación estas explicaciones, sin dejar de mencionar que el vigente CC poco aportó en esta discusión pues sus reglas de bienes nunca fueron pensadas o diseñadas para catalogar a los recursos naturales (más allá de alguna mención discutible de carácter «inmueble» o «mueble» recaída sobre el «suelo, el subsuelo y el sobresuelo (...) El mar, los lagos, los ríos, las manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales, (...) Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos (...) Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación» previstas respectivamente en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 885 y el numeral 2 del artículo 886 del CC).

Así, casi tomando un calco del artículo 66 de la CP, el concepto jurídico indeterminado (30) del «Patrimonio de la Nación» y la soberanía toman lugares gravitantes para evitar cualquier mención normativa a las nomenclaturas dominio (31) o propiedad, indicándose que el «Estado es soberano en el aprovecha-

(30) Muchas de las complicaciones acerca de esta noción constitucionalmente introducida tienen que ver con su naturaleza jurídica de concepto jurídico indeterminado, figura última bajo la que «en su zona de incertidumbre es el operador jurídico quien define el criterio de decisión con base en el cual adjudicar el caso a la zona de certeza negativa o positiva del concepto, mediante una operación que no reviste naturaleza cognitiva ni lógico-deductiva dado que, precisamente, en dicho halo de incertidumbre no existe premisa mayor con base en la cual iniciar el razonamiento silogístico, indudablemente lo que está haciendo quien resuelve el problema jurídico en cuestión es elegir —integrando o completando— la norma aplicable —con alcance particular, aunque, en virtud del principio de igualdad, con pretensión de universalidad— al mismo». Vid. MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo; *Discrecionalidad administrativa*, Universidad del Externado, Bogotá, 2007, p. 238. Por esta naturaleza jurídica, el no definir la perspectiva subjetiva de los recursos naturales no se fija el contenido y alcance específico del Patrimonio de la Nación, es decir, estaríamos en presencia de una omisión doblemente defectuosa.

(31) Existe una relativa exclusión de la *nomenclatura* «dominio público» de las leyes peruanas, pero nunca se puede predicar lo mismo de su contenido y alcance que aparece desperdigado tras la policía administrativa de los recursos naturales (tales como las técnicas de ordenación para el aprovechamiento singular por parte de los privados) y otros rastros como los propios fundamentos del dominio eminential nacional (vigilancia, control y el ejercicio de potestades públicas en aras de salvaguardar el interés público). Como veremos luego es un dominio público de bienes públicos y recursos naturales que se encuentra transformado en un concepto compatible con la propiedad privada y adaptado a la innegable irrupción del propietario en nuestro Derecho. Por estas razones, no comparto la conclusión terminante de algunos sobre la exclusión total del dominio público, ni menos sobre la aparición de un principio-dominio eminential al estilo del Derecho del antiguo régimen virreinal, utilizado desde

miento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos» (ver el artículo 6 de la LOASRN). En segundo lugar, se concentra toda la atención del Legislador en el subrégimen de la iniciativa privada y como debe desarrollarse ésta de cara al aprovechamiento económico de los recursos naturales, importándole bien poco otras cuestiones esenciales de cierre de la definición positiva (como las dos titularidades que aparecen coexistiendo) aunque luego admite la introducción del *interés público* (para equilibrar un poco los propósitos últimos de los recursos naturales), preceptuándose así que «el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia» (ver el artículo 8 de la LOASRN). Por último, aunque se cuidó mucho en no introducirlos, el Legislador nacional terminó aceptando —sin saber— ciertos contenidos propios del *dominio público* (principalmente demostrado en el otorgamiento de títulos habilitantes (32) sobre recursos naturales a favor de privados pero manteniendo el Estado «el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares» (33)), y de la detestada propiedad (pública) que aparece claramente en el tratamiento de protección ligada al ejercicio registral incluido en el artículo 14 de la LOASRN.

la expresión patrimonio de la Nación que «da ocasión a que se formulen teorías nacionales que mezclan distintas teorías del derecho comparado sobre el dominio público, refiriéndose a los recursos naturales como bienes de dominio eminential, empleando como sinónimos los términos dominio eminente, dominio vigilante o dominio latente. En el fondo, esta teoría sostiene que el Estado tiene un dominio directo sobre los recursos naturales, negando su propiedad, en tanto que el concesionario tendría el dominio útil». Vid. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 218.

(32) No es posible dejar de mencionar el clarísimo fenómeno de la creación de los *títulos habilitantes* como categoría unitaria de aprovechamiento privado sobre los recursos naturales, originada tras el agrupamiento en una sola figura «con los mismos alcances» que incluye a las concesiones, permisos, autorizaciones, licencias, «contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales» y «diversos títulos de aprovechamiento sostenible» (ver los artículos 23, 24, 25 y 26 de la LOASRN). En todos los casos, estos títulos sirven para que un particular interesado pueda hacerse de la «utilización privativa del dominio público», sin que la organización administrativa pierda el «dominio». Vid. GARCÍA PÉREZ, Marta; «La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, número 1, 1997, p. 339.

Entonces, dadas estas cuestiones, es posible preguntarse ¿La concesión y el resto de títulos habilitantes no son demostraciones innegables del *dominio público* aplicado sobre los recursos naturales que aparece expresamente legislado pero con nombres extraños?

(33) Ver el artículo 19 de la LOASRN.

1. Las cuestiones previas a la definición que se adopta

A partir de la postura mayoritaria sobre los recursos naturales que mezclan el *dominio eminente* para definir su componente subjetivo, sumado a un funcionalismo económico restrictivo que permite singularizarlos y clasificarlos, y bajo la cual siempre se desprecia cualquier cercanía con la propiedad (a pesar que las normas anteriores y actuales muestran un camino distinto); se hace muy necesario presentar algunas iniciales precisiones y otras razones de desmitificación sobre ciertas cuestiones que se afirman en esta posición (a veces de una manera muy ligera en nuestro Derecho). Así, antes de entrar al detalle de mi tesis sobre el concepto a ser defendido, quisiera presentar las siguientes consideraciones:

(i) No creo que se pueda entender el camino de indefinición seguido por el artículo 66 de la CP respecto de los recursos naturales, sin tomar en cuenta que son omisiones abiertamente queridas por el Constituyente de 1993, demostradas en los debates de los textos (34) y en la tendencia generalizada por *despublicar* (35) la vida social y económica del país que existía en esos momentos (a fin de romper el estatismo insano que nos acompañó hasta los inicios de la década de los noventa). Es en ese marco complejo que se entendió de manera incorrecta la teoría del dominio público y la propiedad, sin que exista espacio para la atención —al menos de una manera somera— de las evoluciones más recientes de estos dos institutos y cómo existen posibilidades reales para su coexistencia. Tampoco se dijo nada sobre la *reserva pública* de estos elementos (no existe en la actualidad tal instituto) y menos se bloqueó

(34) Ver todos estos debates de los Constituyentes de 1993 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleto93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf>.

(35) La despublicación ha sido asumida de manera clara por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ de la siguiente manera: «se trata pura y simplemente de un acto jurídico-público de contrario imperio a la *publicatio*, por el que se suprime la reserva a la titularidad exclusiva de los Poderes públicos sobre un determinado tipo de actividad o de servicio, devolviéndolo en consecuencia al ámbito del ejercicio de la libertad de empresa, del derecho de propiedad y del conjunto de las libertades económicas —bajo la pertinente regulación alternativa—. En toda despublicación hay pues siempre, claramente, un antes y un después bien definidos, determinados de ordinario por la entrada en vigor de la ley que la formalice. Y es siempre plena en su aplicación a determinado tipo de actividad o servicio. Lo que no impide que si en un tipo determinado de servicio cabe diferenciar varios subtipos de actividad o servicio, puedan despublicarse sólo uno o varios de éstos y no los otros. Pero sobre aquella modalidad o especie de actividad a la que se aplique la figura, producirá efectos plenos y no parciales. Unos efectos que podrán aplicarse de forma instantánea o a lo largo de un proceso transitorio gradual de adaptación, regulado por la ley despublicadora, pero que no podrán ser en sí mismos sino completos y absolutos». Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis: «Nuevo sistema conceptual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 3, 1999, pp. 137-138.

las titularidades privadas y otros derechos sobre los primeros (es más existen expresamente tal como sucede del caso de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas y la abierta posibilidad por permitir diversas formas de aprovechamiento singular). Simplemente se reaccionó y el Constituyente optó por la salida efectista de usar nociones con un contenido indeterminado (como la soberanía y el Patrimonio de la Nación).

(ii) La anterior CP de 1979 sí declaró abiertamente la *pertenencia* del conjunto de los recursos naturales a favor del Estado y por ende la imposibilidad de una cercanía original de éstos con el mercado o titularidades privadas (son *res extra commercium* de saque), indicándose expresamente en su artículo 118 que los «*minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado*». Este concepto supone una titularidad potente, universal, exclusiva y generadora de una completa reserva pública de estos elementos (36) (que se condice con el uso de esta misma técnica para asuntos prestacionales y económicos aparecidos en otras reglas de esta Carta Magna). En cambio, la vigente CP nunca asimiló un instituto de esta envergadura, ni menos las posibilidades para tentar alguna reserva del objeto de estudio. Es más, el uso de estas última técnica de intervención (creadora de monopolios) se encuentra completamente prohibida según una interpretación coherente y sistémica del artículo 61 y la Octava Disposición Final y Transitoria de la CP.

(iii) La indeterminación del artículo 66 de la CP supone en buena medida la recuperación de la libertad y la propia iniciativa privada respecto de los recursos naturales, en medio de un lento y casi imperceptible proceso de *despublicación* generado desde 1991 (con el primer paquete liberalizador emprendido por el expresidente Fujimori). Incluso el impulso de los particulares aparece de una manera más estructurada en la gestión de los recursos naturales prevista en la LOASRN y la variopinta legislación sectorial que se promovió desde 1993 en adelante, hasta llegar al pleno reconocimiento de la propiedad privada sobre recursos naturales extraídos (productos o frutos), o los interesantes reconocimientos inmediatos de estas formas de titularidad hechas por el Legislador en los llamados «bosques naturales en predios privados».

(36) La figura de la reserva pública a favor del Estado de los recursos naturales, sectores económicos y servicios que existía en la antigua CP se acerca mucho a la que aparece recogida en el numeral 128.2 de la Constitución Española. Al respecto, el profesor Gimeno Feliú ha indicado que la utilización de la primera en un caso concreto supone «*una negación radical de la libertad de emprender*». Vid. GIMENO FELIÚ, José María; «Sistema económico y derecho a la libertad de empresas versus reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de Administración Pública*, número 135, 1994, p. 176. Mi posición contradice lo manifestado por PULGAR-VIDAL, para quien los «*recursos naturales no pertenecen al Estado en su calidad de propietario, ni en el texto constitucional de 1979 ni en el de 1993*». Vid. PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 401.

(iv) Los conceptos de «Patrimonio de la Nación» y «soberanía estatal» previstos en el artículo 66 de la CP son absolutamente incompletos y necesitan de otros institutos del Derecho administrativo para poder obtener la idea final de un régimen o sistema aplicable los recursos naturales. Por eso, no se puede decir que se conceptualiza a estos últimos a partir de sólo acompañarlos de ambas iniciales nociones (al estilo de los artículos 4 y 6 de la LOASRN), sin indicar a continuación si existe dominio público, propiedad, titularidad o alguna fórmula subjetiva para que el Estado (y sus Poderes públicos) y los propios particulares puedan relacionarse con estos elementos a fin de siempre conservarlos y gestionarlos.

(v) El *dominio eminente*, tan citado y repetido por la tesis mayoritaria en nuestro país, es una categoría que merece algunas reflexiones importantes, en aras de entenderla como un antecedente de lo existente en nuestro Derecho, no como una figura que se puede usar libremente a desmedro del enorme arsenal dogmático acumulado por más de doscientos años en el Derecho administrativo. En primer lugar, y partiendo su conocido origen atribuido a H. GROCIO (37), es un instituto pensado y adaptado al Antiguo régimen y el Estado absoluto para permitir «*la intervención del poder en la esfera de la libertad y propiedad privada*» (38). Si se quiere, según las certeras explicaciones del profesor CARRO supone «*la posibilidad de intervención del príncipe en los derechos adquiridos con tal que existiese justa causa para ello (...) La colisión (...) de un derecho adquirido con una finalidad de utilidad pública constituía causa suficiente para eximir al Príncipe de su vinculación de aquél. Entonces la propiedad podía ser expropiada, el privilegio suprimido y el contrato roto. Y todo ello merced a un derecho de soberanía que se escondía bajo las expresiones ius eminens, potestas, imperium o dominium eminens*» (39). Por último, esta figura preconstitucional que fue tomada en cuenta en los inicios del Derecho administrativo (por O. MAYER en particular), nunca fue concebida para explicar aspectos propios de la propiedad, titularidades o dominios diferenciados entre los sujetos intervinientes; era por el contrario «*un aspecto de la soberanía (si se puede hablar de este modo), que se refiere a los bienes de los súbditos y se manifiesta principalmente en el derecho de expropiación que corresponde*

(37) Sobre los orígenes y evolución de este concepto me remito completamente al buen recuento y explicaciones planteados por VERGARA BLANCO, Alejandro; «El dominio eminente y su aplicación en materia de minas», *Revista Chilena de Derecho*, volumen 15, número 1, 1998, pp. 87-94.

(38) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis; «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, número 38, año 9, 2009, p. 41.

(39) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis; «Policía y dominio eminente...», ob. cit., p. 52.

en realidad, según Grocio y su Escuela, a la comunidad o la autoridad que representa en base al pacto social» (40).

(vi) En el mismo sentido, el derecho de soberanía que predicaba el *dominio eminente* fue luego racionalizado por el ius naturalismo del siglo XVII para terminar produciendo la idea de las cosas comunes a todos los hombres, sin que esta noción sea útil para explicar nada más. A pesar de esta deficiencia, y sin más el Derecho Peruano del siglo pasado, terminó cambiando a los sujetos intervinientes, alteró el trazo original del instituto con un dato patrimonialista y finalmente trató de darle un alcance caprichoso (de cobertura jurídica sólo aplicable a los recursos naturales). Por eso, en este punto estoy totalmente de acuerdo con la crítica de VERGARA en cuanto a que «el concepto del dominio eminente que hoy utiliza la doctrina es el concebido por el jurista de la época moderna, como una facultad del príncipe sobre las personas y los bienes de las personas, facultad derivada de la soberanía; este concepto fue deformado por juristas posteriores, dándole un contenido patrimonial, que no tenía en sus orígenes» (41).

(vii) Por otro lado, la transmisibilidad forzosa de derechos y bienes que permitía el *dominio eminente* como figura del Antiguo régimen (siempre a favor del Rey), resultaba su razón de ser. Es decir este instituto tenía un propósito expansivo a fin de que el Monarca pudiera hacerse de patrimonio ajeno y, claro a falta de la técnica expropiatoria, la soberanía cumplía el papel justificatorio y llenaba el contenido del primero. Es claro que la deformación actual las ha llevado a que sirvan para todo lo contrario (para explicar la pertenencia original del Estado sobre una materia concreta) Pero, cabe hacerse la pregunta, a razón del machacón uso previsto en la tesis mayoritaria: ¿se puede utilizar la soberanía en la actualidad de similar manera a como lo planteaban el iusnaturalismo y la Escuela de Hugo Grocio? No parece, según las respuestas dadas desde el Derecho Internacional Público, que la presencia de la soberanía haya sido planteada en el anterior sentido. Es más, ambas figuras tienen alcances completamente distintos y con surgimientos en espacios de la historia muy distantes. Así, la soberanía permanente sobre los recursos naturales es una tendencia de países en vías de desarrollo nacida a finales de los años cincuenta en el seno de la ONU, la cual se fue exacerbando desde indicaciones moderadas recaídas sobre estos elementos hasta llegar al concepto de «derecho inalienable» que negaba cualquier posibilidad de

(40) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis; «Policía y dominio eminente...», ob. cit., p. 52.

(41) VERGARA BLANCO, Alejandro; «El dominio eminente y su aplicación...», ob. cit., p. 94.

aprovechamiento por parte de los particulares, tal como bien lo ha explicado el profesor SÁNCHEZ-APELLANIZ Y VALDERRAMA (42).

IV. ¿QUÉ SON LOS RECURSOS NATURALES?

1. Los elementos de la definición

Parto indicando que los recursos naturales son cosas apropiables por los seres humanos, y son tales debido a que «*proporcionan una utilidad a las personas, una utilidad entendida como valor de la cosa, que deriva de su carácter raro, limitado o deseado*» (43). Es más, sólo podrán ser recursos naturales cuando descubiertos por el hombre, tratados mediante las distintas ciencias pertinentes, se puedan catalogar luego como figuras jurídicas susceptibles de un régimen estricto de intervención de nuestras organizaciones administrativas ambientales y de relacionamiento con los ciudadanos, siempre basados en el criterio de la *apropiabilidad*. Por ende, y siguiendo este última figura que aparece claramente recogida en varios de los supuestos preceptuados por los artículos 885 y 886 del CC, los recursos naturales tienen una indudable cercanía a la visión jurídica de los bienes, pues sólo las cosas apropiables permiten su inmediata catalogación jurídica como los últimos (44). Sin embargo, cabe decir que aunque puedan ahora existir elementos naturales fuera de una adjudicación material humana con propósitos distintos (como los fondos marinos, el subsuelo más profundo, etc.), nuestro Derecho tiene un precavido listado de *numerus apertus* que termina extendiendo el tratamiento de conservación y gestión a todo por lo descubrir en la naturaleza (ver el artículo 3 de la LOASRN).

En cualquier caso, el lector debe tener una prevención que ha sido bien construida por LÓPEZ RAMÓN en los siguientes términos: «*El anterior planteamiento parte implícitamente de considerar que hay cosas que no son apropiables por su propia naturaleza, como los pensamientos, el aire o las aguas marinas. Sin embargo, la firme creencia contemporánea en el carácter ilimitado de los avances tecnológicos ha determinado que ningún objeto se considere ya como absolutamente insusceptible de ser apropiado, al menos, en el futuro. De manera que el carácter inapropiable de algunas cosas es, en realidad,*

(42) SÁNCHEZ-APELLANIZ Y VALDERRAMA, Francisco: «La soberanía permanente sobre los recursos naturales...», ob. cit., pp. 9-11.

(43) LÓPEZ RAMÓN, Fernando; «Teoría de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, número 186, 2011, p. 11.

(44) El criterio de apropiación también aparece recogido en el trabajo de R. HUAPAYA, pero sin mostrar argumentos adicionales que permitan sostener su utilización. Vid. HUAPAYA TAPIA, Ramón; «El régimen legal y constitucional de...», ob. cit., p. 328.

un efecto establecido explícita o implícitamente por el Derecho en relación con ciertos objetos: de una parte, los que se desea estén excluidos de toda apropiación y uso, como el ser humano (que ya no puede considerarse cosa al estar prohibida la esclavitud), y, de otra parte, los objetos que se quiere estén abiertos al uso de todos aunque sin poder ser apropiados en exclusiva por nadie (las cosas comunes)» (45).

Ahora bien, un segundo elemento que define a los recursos naturales es que son cosas apropiables que necesitan ser revisadas obligatoriamente alrededor de una *titularidad* específica y siempre en aras de sostener una primigenia *colectivización*, aunque después existan necesarias modulaciones para permitir el útil ejercicio de derechos diversos a concretos particulares. Lo colectivo es lo más relevante, con datos innegables en nuestra antigua historia pre-republicana y en los propios desenvolvimientos de la República (46), que aunque deban ser examinados en los tiempos actuales con los cuidados debidos, nunca pueden ser negados por ser la esencia definidora este instituto (47). Por eso todos los ciudadanos del país, de la comunidad a la que nos sentimos parte por nacimiento o naturalización, somos titulares de estas cosas y siempre podremos beneficiarnos de sus respectivos usos, sea de manera directa o indirecta, y no sólo mediante aprovechamientos económicos, sino a través de diversas satisfacciones que pueden incluir aspectos científicos, educativos, de ocio, estéticos, turismo, servicios ecológicos, medicinales, etc. Por tanto, la noción jurídica indeterminada constitucional «Patrimonio de la Nación» (ver el artículo 66 de la CP), viene referida directamente a esta parte de la naturaleza del concepto, a lo que puede estimarse como el alcance de los recursos naturales respecto de los terceros (los destinatarios y responsables de su apropiación).

En tercer lugar, se debe traducirse lo colectivo en Derecho administrativo como lo *público* (lo extraído fuera del comercio y del mercado por razón de ser). Esto implica la necesidad del ingreso de los Poderes Públicos del Estado y la construcción de un régimen jurídico-administrativo ajeno al Derecho civil, aunque ambos compartan las bases comunes de las cosas y los bienes. En nuestro Derecho, los recursos naturales no nacen y pertenecen de suyo al mer-

(45) LÓPEZ RAMÓN, Fernando; «Teoría de las cosas...», ob. cit., p. 11.

(46) Al respecto, basta sólo recordar el tratamiento que realizó el Imperio Inca sobre la tierra de uso agrícola y sus frutos mediante la figura de unidad denominada el *Ayllu* (familia extensa). La colectivización se mantiene hasta la actualidad a través de la citada propiedad comunal, un tipo de titularidad privada entregada a un conjunto de ciudadanos, que bajo una agrupación peculiar, realizan aprovechamientos del suelo agrícola y sus recursos naturales allí establecidos mediante la figura antes citada de las Comunidades Campesinas y Nativas. Considero que estas titularidades de tierra, desde una postura jurídico-administrativa, serían propiedades privadas de interés público.

(47) Cfr. ESTEVE PARDO, José; *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 156-157.

cado y a las libertades (aunque muchos lo quisieran), aunque los ciudadanos sean los destinatarios de su alcance, es claro que para la realización efectiva y ordenada de este último mandato constitucional, se necesita instrumentalizar mediante distintos mecanismos considerados como *títulos de intervención* (48) y un *dominio público* practicado desde las organizaciones administrativas pero adaptado a lo impuesto por nuestro Derecho, esto es la convivencia entre una gran y natural titularidad pública de los recursos naturales (expresada desde el artículo 66 de la CP a favor del conjunto de los ciudadanos), a la cual se le suma el ingreso de titularidades privadas específicas (algunas nacidas con el propio recurso como pasa con las *propiedades comunales* de las Comunidades Campesinas y Nativas prevista por el artículo 136 del CC), y otras controladas ex ante por las Administraciones públicas competentes (como sucede con los frutos y productos de los recursos naturales extraídos de su fuente por parte de particulares habilitados). Por tanto, el dato subjetivo de nuestro instituto siempre involucra la necesidad de compartir roles entre un dominio público racionalizado y la propiedad privada, no siendo figuras incompatibles, siendo ambas productos claros de la despublificación que vivió nuestro Derecho hace más de 25 años.

En cuarto lugar, el dato subjetivo que vengo sosteniendo impone la necesidad de construir una prohibición de una absoluta *demanialización estatal* de los recursos naturales, pues nunca fueron considerados como cosas apropiables del dominio público de las diferentes organizaciones de los Poderes Públicos, en tanto titularidad excluyente del Estado otorgada mediante la vigente CP o las Leyes de desarrollo. Esto se condice con la alegada y general interdicción de *reservas estatales* existente en nuestra Carta Magna. Ahora bien, de esta regla general deben excluirse los elementos generales del territorio previstas en el artículo 54 de la CP (tales como el suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo). En el resto de supuestos de recursos naturales específicos, siempre nuestro Legislador, quizás por temor al regreso del *estatismo*, se cuidó por no generar la demanialización del señalado estilo, produciendo más bien expresiones de una titularidad pública (colectiva) que se otorga a todos los nacionales y con un claro componente intergeneracional, las cuales en la práctica también excluyen el tráfico de mercado y aseguran el uso público y común de estas cosas a favor de todos (49). Por eso expresiones con las del artículo 4 de la LOASRN acerca de los «*recursos naturales mantenidos en su*

(48) En el Derecho administrativo moderno esta feliz expresión se debe al muy lúcido profesor español J.L. VILLAR PALASÍ, quien consideraba al dominio público como un título de intervención de la Administración pública. Al respecto, siempre es necesario leer y releer su trabajo: «Concesiones administrativas» en Vol. Col. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, 1952, pp. 648-770.

(49) Cfr. LOZANO CUTANDA, Blanca; *Derecho ambiental...*, ob. cit., pp. 290-291.

fuelle, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación», o la más gráfica aparecida en el artículo 2 de la LRH que indica al recurso agua como «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» (50).

En quinto lugar, aunque nuestro Derecho positivo tenga una clara vena economicista, es claro y demostrable que los recursos naturales tienen una *funcionalidad múltiple* que no puede ser desaprovechada en su definición. Muchos de éstos, sean renovables o no, son muestras claras de la mezcla entre necesidades de conservación para objetivos de interés públicos determinados de índole social, educativo, meramente biológicos, urbanísticos; que deben convivir forzosamente frente a otros cuya explotación racional permitirá satisfacer intereses de mercado (de corte económico). Por tanto, la *multifuncionalidad* de los recursos naturales en su vertiente de utilidad, aparece como un elemento equilibrador para superar el inmovilismo ecologista y el extractivismo descontrolado, permitiendo el ingreso de una cierta cláusula del progreso tecnológico en el tratamiento de estos elementos y, por último, terminar por colocar a las ciudadanos-titulares como el centro de estas nuevas formas de gestión integral (que aparecería fuera de la perspectiva restrictiva dictada por la inversión, el mercado, la economía globalizada y las ONG) (51).

Por otro lado, el sexto elemento del concepto que se defenderá tiene que ver con la definición de la titularidad pública sobre los recursos naturales que se implanta en nuestro Derecho. Así, y en esto acierta la tesis mayoritaria del

(50) En este punto, no creo que la exclusión de la propiedad privada sobre los recursos hídricos preceptuada por nuestro Legislador, inmediatamente lleve a creer que estamos ante una *demanialización estatal*. Hace falta revisar otros subconceptos que podría llevar a pensar en una titularidad pública diferente de corte colectivo y que se acomode más con las nociones constitucionales del artículo 66 de la CP. Al menos, en este punto me alejo de la postura reactiva y de definición por negación que deslizan CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul; «Régimen jurídico de las aguas residuales en el Perú», en el Vol. Col. *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa*, Thomson-Reuters, Lima, 2015, p. 193.

(51) Un ejemplo de la *multifuncionalidad* aplicada en el Derecho positivo peruano es la aprobación en el año 2015 del llamado paquete reglamentario forestal, que permitió el desarrollo largamente esperado de la LFFS. En estas normas se ha reconocido claramente las distintas modalidades de aprovechamiento económico (maderables principalmente), pero también de índole social de los bosques y otros recursos forestales complementarios, sin perjuicio de permitir el ingreso de intereses públicos diversos como aspectos a ser salvaguardados por medio de la gestión de estos elementos. Sobre el concepto de multifuncionalidad aplicado a los recursos forestales es necesario revisar el trabajo de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María; «La experiencia comparada en materia de montes: Francia y Alemania», en Vol. Col. *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes. Estudios de Derecho Forestal Estatal y Autonómico*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, pp. 43-91.

dominio eminential, quizás sin las palabras exactas, los conceptos claros y presentando sólo las consecuencias que aparecen fijadas a favor de los Poderes Públicos del Estado; es evidente que no existe una titularidad pública del Estado recaída sobre estos elementos (52), en el sentido de una extracción normativa de estos objetos que venga además reservada y protegida bajo monopolio (o propiedad) a favor de organizaciones del Poder Público. De ninguna manera, el Constituyente optó por crear una fórmula especial de *titularidad pública colectivizada* a favor de la Nación (ver el artículo 66 de la CP), en la que los ciudadanos de distintas generaciones de este país serán los propietarios o titulares (en tanto comunidad humana con un sentido de pertenencia cultural y unificación). La Nación ejerce el señorío y un *dominio público singular* sobre los recursos naturales ubicados en el territorio nacional, utilizando luego de manera instrumental y principalmente, mediante la democracia y el Derecho, al Legislador y las organizaciones administrativas para gestionar integralmente los recursos naturales (53). De todas estas anteriores explicaciones deben extraerse las partes generales del territorio previstas en el artículo 54 de la CP y que si han sido expresamente otorgadas como dominio público a favor del Estado.

En relación con la anterior explicación, es necesario asumir que en nuestro Derecho según mandato de nuestra CP y por el dato subjetivo, existen *dos clases generales* de recursos naturales, unos propios del citado *dominio público colectivo* ubicados en el territorio (sin que sean en sí mismos este último) y que están —en mayor o menor medida— espontáneamente dados a ser apropiados por parte de las personas (tales como los yacimientos mineros, los bosques, los médanos, el agua, los recursos gasíferos, los recursos geotérmicos, la fauna, los

(52) Por todas las posturas existentes sobre el dominio eminente o eminential, y siempre fijándose en las consecuencias pero sin dar explicaciones debidas sobre el origen de estos efectos que imposibilitan una titularidad pública del Estado sobre los recursos naturales, puede revisarse a PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 402.

(53) Una postura extrema en nuestro Derecho ha justificado la necesidad de publicar al máximo los recursos naturales, planteado la necesidad de eliminar el concepto constitucional del «Patrimonio de la Nación» y retomar el ingreso a un dominio público estatal único, siempre bajo el propósito de criticar la (errada) teoría del dominio eminential. Todo esto sin reconocer los avances de la tesis del dominio público que desde siempre fue maleable, con intensidades y matices,. Sobre el particular, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ indicó que «De lo expuesto se concluye que la ambigua e innecesaria expresión *patrimonio de la Nación* debe eliminarse del ordenamiento jurídico, sustituyéndola por la de *dominio público*, que tiene un concepto claro y definido. De esta manera, se interpreta adecuadamente que los recursos naturales son de propiedad del Estado y que recae sobre ellos un régimen especial de protección jurídica conformado por los atributos de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, evitando antítesis. De igual modo, es fundamental rechazar la teoría desproteccionista del *dominio eminential* porque, en el fondo, niega la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, con perjuicio del interés de todos los peruanos». Vid. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo; «Los recursos naturales...», ob. cit., p. 219.

específicos terrenos eriazos, entre otros). Mientras, que los grandes elementos del territorio (el «*suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre*») quedan efectivamente publicados por el Constituyente a favor de los Poderes Públicos del Estado, como objetos que plantean los grandes marcos delimitadores y de establecimiento general de los recursos naturales más específicos. Esto último será el *dominio público estatalizado* que tiene un régimen especial y propio (54).

Por mandato del Legislador, a través de múltiples habilitaciones, el papel de las organizaciones administrativas respecto del primer grupo de recursos naturales será siempre el de *gestoras cuasi-exclusivas* de esta titularidad pública colectivizada, nunca propietarias, capaces de ejercer las más variadas potestades a favor de este singular dominio público recaído a favor de los ciudadanos. En ese sentido, todas estas competencias administrativas van encaminadas siempre a velar por el uso común, la conservación, la planificación, por el control del ingreso de operadores (no sólo del mercado) para poder aprovechar la funcionalidad variada de estas cosas (estos últimos serían los gestores secundarios y con otra naturaleza jurídica), el respeto por las iniciales propiedades privadas que coexisten con esta forma de titularidad pública, el reparto equitativo entre los titulares originales de los resultados obtenidos por estas actuaciones de aprovechamiento (los ciudadanos en su conjunto), entre otras. Vale indicar que la gestión de Administraciones públicas involucradas con este tipo de recursos naturales va mucho más allá de la mera administración, involucra una serie de actuaciones integrales en aras de obtener el cubrimiento de diversos intereses públicos y la buena marcha de estas cosas (muchas veces tan vulnerables).

En noveno lugar, las anteriores explicaciones deben llevar a pensar que la soberanía prevista en el artículo 66 de la CP y repetida a lo largo de

(54) Un ejemplo del régimen especial de dominio público estatalizado es el artículo 1 y 3 de la LLBDM, normas en las que se preceptúan directamente que «*las aguas comprendidas dentro de las líneas de base establecidas en el artículo 1 de la presente Ley, forman parte de las aguas interiores del Estado*». En adición, el Legislador ha señalado que en «*cumplimiento del artículo 54 de la Constitución Política del Perú y de conformidad con el Derecho Internacional, las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del dominio marítimo del Estado hasta la distancia de doscientas millas marinas, en las que el Estado peruano ejerce soberanía y jurisdicción*». Sobre el particular, y compartiendo la postura esgrimida por el suscrito en el texto principal, el profesor LÓPEZ RAMÓN reconoce que el «*único ámbito demanial que disfruta de una específica protección constitucional es el referido a los bienes concretamente declarados (...) de dominio público estatal en el propio texto constitucional: la zona marítimo-terrestres, las playas, el mar territorial y los recursos económicos de la zona económica y la plataforma continental (...)* Pero más allá de esos bienes demaniales por ministerio de la Constitución, ni tan siquiera cabría mantener que el legislador sea libre para extender a su antojo los bienes públicos». Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012, p. 54.

las diversas leyes, siempre bajo la expresión el «*Estado es soberano en su aprovechamiento*», en realidad siempre debe ser interpretada bajo un prisma amplio pero colocando a las potestades de las respectivas organizaciones del Poder Público Estatal como instrumentos esenciales de la gestión de los recursos naturales (como dijimos principalmente el Poder Legislativo y las organizaciones administrativas). En realidad respecto del dominio público colectivizado de los recursos naturales, la idea de soberanía estatal no predica nada relevante, siendo cierto lo planteado por J. PIMIENTO en cuanto a que «*la soberanía es un concepto más político que jurídico, cuya aplicación real se explica en la relación que tiene el Estado a nivel internacional; internamente, la soberanía adquiere las características del poder público*» (55).

La última y décima parte de la definición que propondré tiene que ver con la idea de sistémica con la cual debe otorgarse a los recursos naturales estatalizados y colectivizados, según sus correspondientes formas de titularidad (propiedad) y bajo los regímenes propios que se les debe asignar por sus particularidades. En cualquier caso, los artículo 54 y 66 de la CP han creado una figura peculiar de *demanio o dominio público natural* que intenta excluir del tráfico jurídico-privado —de suyo y por principio— a todos los recursos naturales, a fin de dotarlos siempre de una racionalidad colectiva y de utilización común, pero sin dejar de prever que existan puntuales titularidades privadas y el ingreso controlado en gestiones sectoriales de específicos privados bajo modalidades de aprovechamiento singular y otros mecanismos de relacionamiento menos ligados al mercado (como los de mera conservación). Esta mezcla de componentes en el demanio natural peruano no son extrañas, ni merecen una crítica para cambiarlo, son un ejemplo más de la *transformación* del dominio público en una figura que se acerca a la propiedad, de alcances más racionales y acotados y en el que la simbiosis de institutos con un afán utilitarista de protección al interés público, descarta el uso frecuente de la demanialización como reserva estatal excluyente y monopólica de los elementos (por ende y en paralelo las titularidades y actuaciones de gestión privadas deben servir también al bien común) (56).

(55) PIMIENTO ECHEVERRI, Julián; «Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, número 21, 2011, p. 224.

(56) El demanio o dominio público natural peruano comparte varios de los rasgos de la escala de publicidad de nacimiento francés y propuesta en nuestro idioma por LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Sistema jurídico de los bienes...*, ob. cit., pp. 54-55.

2. Punto de cierre y también de comienzo: El concepto híbrido de los recursos naturales peruanos

A partir de todo lo explicado, quisiera otorgar una noción del instituto tomando en cuenta las complicaciones y elementos de configuración revisados. Al respecto, considero que la definición de los recursos naturales peruanos tiene que estar compuesta necesariamente por tres componentes completamente relacionados:

(i) La raíz *subjetiva* propia del *dominio público natural* racionalizado aparecida en nuestro Derecho, que obligatoriamente permite mezclar la prioritaria titularidad pública *colectivizada* y la *estatalizada* más restringida. Estos datos subjetivos admiten además explicar el doble papel que le toca hacer a los ciudadanos y las organizaciones del Poder Público dependiendo del tipo de elemento natural específico. En la mayoría de los casos, la Nación Peruana actuará como un conjunto de titulares que principalmente exigirá los resultados del tratamiento integral de los recursos naturales colectivos, mientras que los Poderes Públicos, y en concreto, las organizaciones administrativas, serán los gestores no excluyentes de estos elementos. En casos más puntuales y por mandato exclusivamente constitucional, de los llamados recursos naturales estatalizados tales como «*el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre*», la titularidad pública y la gestión siempre se encuentra reservada al Estado (si se quiere este subrégimen es un dominio público más tradicional).

(ii) El multifuncionalismo recaído sobre las utilidades de los recursos naturales, que obliga a superar la contraproducente y restrictiva mirada sólo de objetivos económicos, que ha impedido abrir el abanico de finalidades ligadas a intereses de todo estilo (como los sociales, culturales, urbanísticos, etc.), en general cualquier necesidad pública ligada al bien común (así tenga o no una presente valoración «de mercado»). Finalmente, la utilidad de los recursos naturales y sus posibilidades de mantenimiento y desarrollo sostenible por parte de los seres humanos dependerá del avance de la ciencia, existiendo la posibilidad de una mutación y ampliación de la funcionalidad, el número y, como no, de la propia composición de estos elementos.

(iii) La obligatoria relación, en tanto cosas apropiables por las personas, con los bienes públicos, que obligaría a desterrar de plano la idea de que el régimen de estos últimos (sean estatales, regionales y municipales) y de los dos regímenes de recursos naturales existentes en nuestro vigente Derecho no tienen vasos comunicantes y que merecen estudios completamente separados. De ninguna manera, ambos pertenecen y se pueden explicar, con sus evidentes peculiaridades, mediante el instituto del *dominio público*, pues en ambos casos por su naturaleza jurídica pueden considerarse como bienes en sentido amplio, al expresar «*la relación directa y exclusiva de las personas con las cosas u*

objetos de la realidad» (57). Por eso, con cargo a una próxima publicación, desde sus especificidades y regímenes singulares, se puede configurar un dominio natural y otro artificial que explicarían cada uno, desde intensidades diversas del dominio público, a cada uno de estas cosas en sus distintos facetas y supuestos.

Por tanto, desde una perspectiva innegablemente *híbrida*, los recursos naturales son cosas apropiables por las personas, de naturaleza orgánica o inorgánica aparecidos en el ambiente, más o menos agotables en su recuperación cualitativa y cuantitativa, cuyas titularidades públicas mayoritariamente son ejercidas por los ciudadanos que conforman la Nación Peruana (58), pero que en determinados supuestos impuestos desde la CP y el Legislador, termina compartiendo roles puntuales con una restringida titularidad pública estatalizada y con propiedades privadas [surgidas por datos históricos o mediante una ficción jurídica (59)]. Ambas titularidades públicas son gestionadas de manera cuasi-exclusiva mediante potestades públicas habilitadas a diversos Poderes Públicos del Estado, aunque se admite el secundario papel gestor de particulares mediante el otorgamiento de diversos derechos surgidos desde variados títulos habilitantes previstos en los ordenamientos sectoriales para el conjunto del dominio o demanio natural peruano.

Por otro lado, no debe dejar de mencionarse como parte de esta noción mixta que los recursos naturales son cosas apropiables *extra commercium*, fundamentalmente configuradas de esta manera para proteger su uso común, sostenibilidad y una racionalidad mínima a favor de los mayoritarios titulares, por eso el mercado y las libertades económicas encuentran barreras relativas de acceso para el aprovechamiento singular, pero nunca un absoluto descarte (son necesarias bajo esquemas de desarrollo verosímil y siempre que se consideren como iniciativas que colaboran y satisfagan al interés público). En perspectiva similar, de manera mayoritaria los recursos naturales son cosas apropiables extraídas de cualquier reserva monopólica a favor del Estado, existiendo una expresa prohibición constitucional —enmarcada en despublicación y afán

(57) LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Sistema jurídico de los bienes...*, ob. cit., p. 25.

(58) La titularidad pública de los recursos naturales *colectivizados* tendrá como principal norma legal a la citada LOASRN, sumando luego al enorme conjunto de leyes y reglamentos sectoriales que aparecen desperdigados por tipo de elemento natural.

(59) En el primer caso me estoy refiriendo principalmente a las *propiedades comunales*, mientras que las segundas titularidades privadas tienen que ver con los frutos y productos, también recursos naturales pero segregados de la fuente, obtenidos por los privados previamente habilitados por las organizaciones administrativas gestoras. Este señalado último supuesto de propiedad privada aparece tras la ya mencionada división entre recursos naturales mantenidos en su fuente (de titularidad pública colectiva) y los segundos antes mencionados obtenidos de procesos estructurados de extracción. Esta tipología aparece preceptuada, como se adelantó, en el artículo 4 de la LOASRN.

de colectivización— que impide el avance de cualquier forma de extracción normativa de más recursos naturales a favor del Estado fuera del listado del artículo 54 de la CP (ver el artículo 61 y la Octava Disposición Final y Transitoria de la CP).

Para terminar quisiera indicar que todo lo afirmado, sujeto a la necesaria polémica frente a la tesis mayoritaria de los recursos naturales y con otras posturas que pudieran ir apareciendo en lo sucesivo, sólo revela que la necesidad irrefrenable por definir los institutos del Derecho administrativo peruano es una tarea de absoluta actualidad. Nada está claro, mucho falta por categorizar, casi todo está en plena construcción dogmática.

Lima, febrero del 2018.

V. ABREVIATURAS

- CC Código Civil
- CP Constitución Política
- D.S. Decreto Supremo
- LFFS Ley Forestal y de Fauna Silvestre
- LLBDM Ley de Líneas de Base del Dominio Marítimo
- LGA Ley General del Ambiente
- LRH Ley de Recursos Hídricos
- LOASRN Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los recursos naturales
- MINAGRI Ministerio de Agricultura y Riego
- OEFA Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
- ONG Organismos No Gubernamentales
- ONU Organización de las Naciones Unidas
- OSINFOR Organismo de Supervisión de los recursos forestales
- RIBP Red Internacional de los Bienes Públicos
- SERFOR Servicio Forestal y de Fauna Silvestre
- TC Tribunal Constitucional del Perú

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AVENDAÑO VÁLDEZ, Jorge: en Vol. Col. *Ley Orgánica de Aprovechamiento Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. antecedentes y comentarios*, Pronaturaleza, Lima, 1997.
- CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul: «Régimen jurídico de las aguas residuales en el Perú», en el Vol. Col. *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa*, Thomson-Reuters, Lima, 2015.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, número 38, año 9, 2009.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia: «La reciente Legislación sobre montes y recursos forestales de Castilla-La Mancha», *Revista Actualidad Ambiental*, número 9, 2012.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: «Las bases del derecho ambiental en la obra del profesor Ramón Martín Mateo» en Vol. Col. *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa*, Thomson-Reuters, Lima, 2015.
- ESTEVE PARDO, José: *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, Marta: «La naturaleza jurídica de la auorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, número 1, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo: «Los recursos naturales y el Patrimonio de la Nación», *Ius et Praxis*, número 42, 2011.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón: «El régimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano», *Círculo de Derecho Administrativo*, número 14, 2014.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César: *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2012.
- LANDA ARROYO, César: «Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco legal-administrativo y análisis de los vacíos y contingencias legales», *Sociedad Peruana de Ecodesarrollo*, Lima, 2014.
- LÓPEZ MENDUO, Francisco: «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, número 129, 1992.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *Principios de Derecho Forestal*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- «Teoría de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, número 186, 2011.
- *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson-Reuters, Navarra, 2012, p. 54.

- LOZANO CUTANDA, Blanca: *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo: *Discrecionalidad administrativa*, Universidad del Exter-nado, Bogotá, 2007.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: «Nuevo sistema conceptual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 3, 1999.
- MARTÍN MATEO: *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, Volúmenes I y II, 1991.
- *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María: «La experiencia comparada en materia de montes: Francia y Alemania», en Vol. Col. *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes. Estudios de Derecho Forestal Estatal y Autonómico*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián: «Reflexiones en torno a la división de los bienes públi-cos en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, número 21, 2011.
- PULGAR-VIDAL OTÁLORA, Manuel: «Los recursos naturales, el Derecho y la visión de desarrollo», *Ius et Veritas*, número 36, 2008.
- RUBIO CORREA, Marcial: *Estudios de la Constitución de 1993*, Fondo editorial PUCP, Lima, 1999, Tomo III.
- SÁNCHEZ-APELLANIZ Y VALDERRAMA, Francisco: «La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenido», *Anuario español de Derecho Inter-nacional*, número 5, 1979.
- VERGARA BLANCO, Alejandro: «El dominio eminente y su aplicación en materia de minas», *Revista Chilena de Derecho*, volumen 15, número 1, 1998.
- VILLAR PALASÍ, José Luis: «Concesiones administrativas» en Vol. Col. *Nueva Enci-clopedia Jurídica*, Editorial Franciso Seix, 1952, pp. 648-770.