

Derecho constitucional

Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación

Eduardo Hernández Martínez

1. Introducción

Los recursos naturales son bienes que conforman el *dominio público*; no obstante, la tendencia hacia la desprotección jurídica de los bienes que integran este dominio ha originado que nuestro ordenamiento jurídico, doctrina nacional y jurisprudencia constitucional señalen que los recursos naturales conforman el *patrimonio de la Nación*, lo que a su vez ha ocasionado que se formulen teorías nacionales que afirman que el Estado no tiene la propiedad sobre dichos recursos, sino un dominio *eminencial, eminente o vigilante*, teorías que son promovidas por intereses particulares. Esta situación jurídica vulnera el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales como bienes integrantes del *dominio público*, afectando los intereses nacionales. El propósito del presente ensayo es que el lector comprenda la problemática contenida en este párrafo.

Para analizar la propiedad del Estado sobre los recursos naturales es importante tener en cuenta que, entre las diversas clasificaciones de los bienes, existe una que es fundamental en cualquier ordenamiento jurídico y que es debidamente reconocida y desarrollada por la doctrina internacional: la clasificación de los bienes en razón de su titular o “con relación a las personas a quienes pertenecen” y que erróneamente no fue incluida en el Código Civil de 1984, con lo que se perdió una valiosa oportunidad para perfeccionarla.

Según dicha clasificación, los bienes se dividen en *bienes del Estado* y *bienes de particulares*. A su vez, los bienes del Estado se clasifican en bienes que conforman el *dominio privado* y bienes que integran el *dominio público*.¹

Si analizamos la doctrina internacional,² podemos definir el *dominio público*³ como el “conjunto de bienes (muebles e inmuebles) de propiedad del Estado, que tienen como finalidad el uso público directo e indirecto (servicios públicos), la defensa nacional, el fomento de la cultura nacional y el fomento de la riqueza de la Nación; según lo dispuesto mediante ley”.⁴ No obstante, aún carecemos de una ley que regule profusamente esta institución.

Los bienes de *dominio público* son de gran interés común, razón por la cual recae sobre ellos un régimen especial de protección jurídica que se encuentra conformado, sobre todo, por los atributos de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, atributos con los cuales no cuentan los bienes de *dominio privado*.

En esa línea, los recursos naturales son bienes limitados,⁵ de gran interés público, que están relacionados con el fomento de la riqueza de

1 Esta clasificación de los bienes del Estado tiene ya larga data, siendo incorporada en las codificaciones del derecho civil de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Entre los primeros autores que la desarrollaron doctrinalmente se encuentran los juristas franceses Jean Marie Pardessus, en 1806, y Víctor Proudhon, en 1833, al igual que el jurista español Manuel Colmeiro y Penido, en 1850. En la actualidad es ampliamente reconocida en los códigos civiles vigentes.

2 Al respecto, véase Hernández (2008: I, 76-141), tesis disponible en la Biblioteca de la Universidad de Lima.

3 El *dominio público* o los bienes que lo integran son conocidos en los distintos ordenamientos jurídicos con las locuciones *bienes públicos*, *bienes dominiales*, *bienes dominicales*, aunque también es común la utilización de los términos *dominicalidad* o *dominialidad* para referirse a ellos. Además, algunos autores emplean los términos italianos *bienes demaniales*, *demanio*, *demanialidad*, entre otros.

4 En cambio, los bienes de *dominio privado* están integrados por todos los bienes que no son de dominio público.

5 Como señala Catalano, “Ninguno de ellos crece indefinidamente. Las leyes de la naturaleza han impuesto tasas de crecimiento de los recursos, al punto de que cada uno de ellos controla el desarrollo de los demás, en una relación de equilibrio” (1977: 11). En consecuencia, un recurso puede ser renovable y, a la vez, limitado. Asimismo, el carácter de limitado, en este caso, no tiene la acepción de *escaso*.

la Nación y, por ende, cuando se encuentran en su estado natural son de *dominio público*,⁶ siendo de vital importancia que el ordenamiento jurídico así lo establezca. Es relevante considerar que cada vez que se manifiesta que un bien es de *dominio público* se está haciendo referencia implícita al derecho de propiedad del Estado.

2. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación entre los recursos naturales y su titular

Las teorías expuestas por la doctrina sobre la propiedad de los recursos naturales se pueden agrupar en dos vertientes: las que niegan la propiedad del Estado sobre ellos y las que afirman su propiedad.

Dentro de las que niegan el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales existentes en su territorio, se encuentran las que se fundamentan en el concepto de *dominio eminente*, utilizándolo en sus dos acepciones: como expresión de *soberanía interna* y como *dominio directo*. Estas teorías vulneran la propiedad del Estado, beneficiando a grupos de interés.

Dentro de la vertiente que afirma el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales están las teorías que sostienen que son bienes de dominio público — a las que nos afiliamos — y las que consideran que son bienes de dominio privado.

2.1 Teorías derivadas de la negación de la propiedad

2.1.1 Teoría de la soberanía sobre los recursos naturales

Según esta teoría, el Estado sólo tiene sobre los recursos naturales un “dominio eminente” en su acepción de “soberanía interna”, la que se expresa en el derecho de gestión para reglamentar su aprovechamiento en beneficio de toda la colectividad.

Entonces, ¿qué es el dominio eminente en su acepción de soberanía interna? Al respecto, cabe resaltar que, desde sus inicios, el dominio

6 Por excepción, el recurso tierra puede ser de *dominio privado* o también de propiedad de particulares.

eminente era considerado por la doctrina como la facultad del Estado de disponer, en caso de necesidad pública,⁷ de los bienes de propiedad privada que existen dentro del territorio. En la actualidad, la doctrina identifica plenamente al dominio eminente con la soberanía interna, que es la potestad más alta que existe en el interior del Estado,⁸ o *summa potestas*, la cual comprende las facultades legislativa, jurisdiccional, expropiatoria e impositiva.⁹ Sin embargo, el dominio eminente no es un poder arbitrario: sus límites los determina el ordenamiento constitucional, siendo, por tanto, un poder sujeto a derecho.

El Estado ejerce la *summa potestas* respecto de sus propios bienes (dominio público y dominio privado) y sobre los bienes de particulares.¹⁰

7 El jurista español Muñoz Machado indica que fue Hugo Grocio quien desarrolló en su obra *De iure belli ac pacis*, publicada en 1625, la noción de *dominium eminens*, explicando que, a pesar de que las cosas pertenecen a diversas personas, permanece un derecho común a todos los hombres de usar los bienes, el que, en caso de necesidad, revive. Tal derecho corresponde con la obligación de permitir a los demás el uso de las cosas propias en caso de necesidad. Este derecho, considerado expectante, y perteneciente a la totalidad de la comunidad, es considerado por Grocio y sus seguidores como un derecho de soberanía y no como un derecho de propiedad. Sobre el particular, véase Muñoz (2004: 811).

8 La soberanía del Estado se divide en soberanía externa y soberanía interna. La soberanía externa es sinónimo de independencia; se manifiesta en las relaciones internacionales de los Estados e implica, para el Estado soberano, la exclusión de toda subordinación o dependencia hacia otro Estado.

9 Al respecto, Vélez Sarsfield cita a Zachariae en *Le droit civil française*, quien señalaba: “El ser colectivo que se llama el Estado tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior”. Y agregaba: “A este derecho del Estado que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado”. Citado a su vez, por Papaño et al. (2004: 185).

Para Molinario, el dominio eminente es “[...] la potestad legislativa, jurisdiccional, expropiatoria e impositiva que el Estado posee sobre todas las propiedades existentes en su ámbito espacial [...]” (1965: 119-120).

10 Para Marienhoff, “El dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los

En consecuencia, por el dominio eminente o soberanía interior, el Estado puede regular la propiedad enclavada dentro de los límites de su territorio, pero de ningún modo ello constituye un derecho de propiedad.

De acuerdo con lo mencionado, es innecesario señalar que el Estado ejerce su soberanía interna sobre los recursos naturales, pues esto se sobreentiende en razón de que la soberanía recae sobre todas las propiedades que se encuentran dentro del territorio. Como se infiere, el contenido de esta teoría y su denominación aparentan otorgar importantes derechos y facultades al Estado, cuando, en el fondo, no aportan nada. Es manifiesto que hay un error adrede de la doctrina desproteccionista al pretender relacionar la soberanía interna con algunos de los atributos de la propiedad, para tratar de encubrir con astucia la negación de la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, que es la esencia de lo que esta teoría propugna realmente.

Los defensores de esta teoría indican que, debido al dominio eminente en su acepción de soberanía interna, el Estado puede reglamentar el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de toda la colectividad. En consecuencia, la afirmación parecería dar a entender que el Estado puede, en el momento en que lo estime conveniente, según el mejor interés de la colectividad, modificar el acto mediante el cual concedió el aprovechamiento del recurso natural a un particular. Esto no es verdad (y sus defensores bien lo saben) porque la soberanía interna se ejerce con las limitaciones establecidas en el ordenamiento constitucional; así, en el caso de la Constitución peruana, se establecen garantías y seguridades (estabilidades).

2.1.2 Teoría del dominio directo sobre los recursos naturales

Lo que se conoce en doctrina como *dominio menos pleno* o *imperfecto* se divide entre dos titulares: del *dominio directo* (o *dominio eminente*) y del *dominio útil*. El *dominio eminente* como *dominio directo* es el derecho que

bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados. Como bien se dijo, el dominio eminente es la expresión político-jurídica de la soberanía interna" (1960: 37).

tiene una persona de disponer de un bien (fundo) cuyo dominio útil ha cedido; o de percibir cierta prestación o tributo anual en reconocimiento de su superioridad o señorío sobre el bien; o, únicamente, el derecho de superioridad sobre un bien cuyo dominio útil se ha cedido. En cambio, el *dominio útil* es el derecho de usar y percibir los frutos del bien, debiéndose pagar una prestación o tributo a quien mantiene el *dominio directo*. Si bien ambos titulares obtienen ventajas, ninguno reúne todos los atributos de la propiedad.

Las figuras jurídicas más comunes en la antigüedad, del dominio menos pleno, han sido la *enfiteusis* y el *feudo*.

Tomando en cuenta lo antecedente, esta teoría sostiene que el Estado sólo mantiene un dominio eminente —en su acepción de *dominio directo*— sobre los recursos naturales, en tanto que los particulares (concesionarios) que aprovechan estos bienes mantienen el dominio útil. Este planteamiento, al igual que el anterior, implica indudablemente una vulneración al derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales, por lo que de ninguna manera puede ser aceptado. Un ejemplo de la aplicación de esta equivocada teoría se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, que en su artículo 27 establece: “[...] Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias [...]”.¹¹

2.2 Teorías derivadas de la aceptación de la propiedad

2.2.1 Teoría de los recursos naturales como dominio privado

Esta teoría postula que los recursos naturales son parte del dominio privado del Estado, por lo que son alienables, embargables y prescriptibles. Aceptarla implica la desprotección jurídica de dichos recursos, pues sin el régimen especial de protección jurídica que recae sobre los

11 Sobre el particular, el jurista mexicano Serra Rojas señala: “En las minas, el dominio directo corresponde a la nación y el dominio útil al concesionario; así, el que indebidamente explota un fundo minero lesiona el dominio directo de la nación [...]” (1981: 194).

bienes de dominio público se posibilita la vulneración del derecho de propiedad del Estado.

2.2.2 Teoría de los recursos naturales como dominio público

Es la teoría que conviene al Estado y, por ende, a toda la Nación. Sostiene que los recursos naturales son bienes de dominio público, por lo que son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Al afirmar el carácter demanial de estos recursos, se garantiza el derecho de propiedad del Estado sobre ellos, así como el régimen especial de protección jurídica que les corresponde por ser bienes integrantes del dominio público.

3. Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación

En la normativa peruana se considera que los recursos naturales integran el “patrimonio de la Nación”. Así, el artículo 66 de la Constitución Política de 1993 establece: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. [...]”. Siguiendo la misma orientación, la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales,¹² en su artículo 1 dispone: “La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación. [...]”. Luego, en su artículo 4, nombrado “Alcance del dominio sobre los recursos naturales”, señala: “Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. [...]”.¹³

Pues bien, entonces, ¿qué se entiende por “patrimonio de la Nación”? Cabe recordar que la Constitución Política de 1979 fue la primera en mencionar dicha expresión, introduciéndola en nuestro ordenamiento jurídico, lo que originó una equivocación que se mantiene hasta hoy, ya que el ordenamiento jurídico debe establecer que los recursos naturales son bienes de dominio público, concepto desarrollado y plenamente

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de junio de 1997.

13 En concordancia con la Ley 28611, Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre del 2005, que en su artículo 5 señala: “Los recursos naturales constituyen patrimonio de la Nación. [...]”, disposición reiterada en el numeral 2 de su artículo 85, que indica: “Los recursos naturales son patrimonio de la Nación, [...]”.

reconocido en la doctrina y legislación internacional, y no utilizar, cuando se trata de explicar la propiedad sobre los recursos naturales, una expresión que no tiene acogida en aquellas y que carece de un concepto claro y definido.

3.1 Confusiones que se originan al utilizar la expresión *patrimonio de la Nación*

Esta expresión puede dar ocasión a interpretaciones incorrectas debido a que no distingue si los recursos naturales integran o no el “dominio público”.

3.1.1 *Confusión con respecto al término patrimonio*

Analizada literalmente la expresión *patrimonio de la Nación*, la palabra *patrimonio* ocasiona las siguientes confusiones:

Se entiende por patrimonio el conjunto de derechos y obligaciones, siendo la propiedad o dominio un derecho integrante del patrimonio; por ende, la expresión *patrimonio de la Nación* incluye a la de *propiedad de la Nación*, la cual a su vez comprende al dominio privado y al dominio público. En efecto, el reconocido jurista español Colmeiro, en su obra *Derecho administrativo español*, publicada en 1876, considera que en la “[...] expresión genérica *dominio nacional* o *propiedad de la nación* se comprenden el dominio público y el del estado; dos derechos que si bien distintos entre sí, proceden de una raíz común. [sic.]” (1876: 111), de manera que al mencionar al patrimonio no estamos distinguiendo entre dominio público y dominio privado.

En el derecho comparado, al término *patrimonio* se le suele encontrar formando parte de expresiones utilizadas para referirse a los bienes del dominio privado, como *bienes patrimoniales* y *patrimonio estatal*. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, la Ley 33/2003, Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que “Son bienes y derechos de dominio privado o *patrimoniales* los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales. [...]”¹⁴. Otro ejemplo es el de la legislación italiana, que divide los

14 La cursiva es nuestra. Inciso 1 del artículo 7 de la Ley 33/2003.

bienes patrimoniales en patrimonio indisponible y patrimonio disponible. Los primeros son aquellos que las leyes no consideran bienes demaniales, y dentro de esta categoría se encuentran los bosques, las minas, las canteras, etc.

Volviendo al ordenamiento jurídico español, encontramos que aparte de la expresión *bienes patrimoniales* para referirse a los bienes del dominio privado, también se utilizan las expresiones *patrimonio nacional* o *patrimonio real* para mencionar a los bienes afectados a la Corona, es decir, a aquellos bienes de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del rey y de los miembros de la Real Familia, regulados en la Ley 23/1982, Ley Reguladora del Patrimonio Nacional, y por Real Decreto 496/1987, que desarrolla el Reglamento de Patrimonio Nacional.

Por consiguiente, tomando en cuenta la doctrina y la legislación internacional, puede inferirse que el término *patrimonio* no distingue entre dominio público y dominio privado, siendo utilizado generalmente para hacer referencia a este último dominio.

3.1.2 Confusión en la doctrina nacional, generada por la expresión patrimonio de la Nación

Otro fundamento importante para eliminar la expresión *patrimonio de la Nación* del ordenamiento jurídico es que, en la doctrina peruana, no son pocos los autores que con respecto a la propiedad de los recursos naturales han optado, erróneamente, teorías distintas de la del dominio público. Apreciamos las confusiones ocasionadas por esta expresión.

3.1.2.1 *Los recursos naturales no corresponden ni al dominio público ni al dominio privado*

Entre los autores que consideran que los recursos naturales no pertenecen ni al dominio público ni al dominio privado se encuentra el jurista peruano Núñez Borja, quien en su obra *Breve tratado de derecho administrativo del Perú* comparte la clasificación de los bienes del Estado (a los que se refiere con la denominación de *bienes públicos*¹⁵) formulada

15 Con relación a la expresión *bienes públicos* —empleada por el autor—, debe indicarse que otros autores la emplean erróneamente para referirse a los bienes del

por el tratadista Fritz Fleiner, el que los divide en patrimonio fiscal, patrimonio administrativo y del uso público;¹⁶ a la cual añade “los bienes que constituyen fuente potencial de riqueza, llamándolos bienes del dominio del Estado, y quizá, más propiamente, del *patrimonio de la Nación; para diferenciarlos de los bienes públicos*” (Núñez 1971: 288).¹⁷

De modo que la teoría de Núñez Borja considera cuatro grupos de bienes. El primero, denominado *patrimonio fiscal*, reúne los bienes de dominio privado, en tanto que las categorías *patrimonio administrativo* y *uso público* contienen bienes que para la doctrina internacional son de dominio público. Estos tres grupos, para el autor, son bienes del Estado, a los que agrega uno cuarto, que denomina *patrimonio de la Nación*, conformado por los recursos naturales, y sostiene que estos, más bien, son una categoría aparte de los bienes del Estado, por lo que no los incluye ni en el dominio público ni en el dominio privado.

3.1.2.2 *Los recursos naturales integran el dominio privado*

Otros juristas consideran que estos recursos integran el dominio privado. Examinemos algunos ejemplos.

Para Castañeda, los “bienes del Estado” se dividen en bienes del dominio público y del dominio privado; dentro de este último grupo incluye, entre otros, a los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión (1973: 48-79). Por su parte, Bacacorso opina que estos bienes se clasifican en “bienes de uso público” y “bienes fiscales o

Estado en general, cuando lo correcto es utilizarla sólo para referirse a los bienes de dominio público.

16 Al respecto, Núñez Borja anota: “Los primeros son aquellos que por su valor o su rentabilidad proveen al Estado de medios pecuniarios para atender los gastos que ocasiona su gestión administrativa, como valores, numerario, etc. Forman el patrimonio administrativo los bienes que constituyen base material imprescindible para el cumplimiento de determinado servicio público, como edificios de las escuelas, hospitales, etc. Los bienes de uso público son los utilizados por todos, como el aire, el mar, los ríos, los caminos, los lagos, etc.” (1971: 281-282).

17 Las cursivas son nuestras. Como la obra de Núñez Borja fue publicada en 1971, es decir, antes de la dación de la Constitución Política de 1979, puede considerarse que la referida cita es un antecedente doctrinal del empleo de esta equivocada expresión.

privados del Estado”, incluyendo a los recursos naturales en estos últimos.¹⁸

Asimismo, Ramírez Cruz, refiriéndose a los bienes de dominio privado, considera que “se trata de bienes, que sin ser de uso público o colectivo, están afectados a un servicio público [...] o que están destinados a la defensa del territorio [...] o, incluso, de bienes destinados al fomento de la riqueza nacional” (2007: 246); por lo que, para el autor, los recursos naturales integran el dominio privado. Del mismo modo, González Linares considera que los bienes del Estado se dividen en “bienes de dominio público” y “bienes de propiedad del Estado” (que vendrían a ser los bienes de dominio privado), incluyendo en este último grupo a los recursos naturales (2007: 128).

3.1.3 *Confusión de la expresión patrimonio de la Nación con patrimonio cultural de la Nación, patrimonio natural, patrimonio mundial y otros patrimonios*

La expresión *patrimonio de la Nación*, utilizada para referirse a los recursos naturales, da ocasión a que sea confundida y asimilada con expresiones como *patrimonio cultural de la Nación*, *patrimonio cultural*, *patrimonio natural*, *patrimonio mundial*, *patrimonio natural de la Nación*, entre otras.

Patrimonio cultural de la Nación es una expresión empleada en nuestro ordenamiento jurídico para referirse a los bienes regulados por la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, y su reglamento (aprobado mediante D.S. 011-2006-ED). Este patrimonio se encuentra conformado por bienes de dominio público y bienes de particulares; no obstante, la expresión para englobarlos incluye las palabras “de la Nación”, lo que da ocasión a que equívocamente se consi-

18 En ese sentido, Bacacorso afirma: “[...] continuando con el desarrollo de la propiedad fiscal, decimos que a ella pertenecen jurídicamente los recursos naturales renovables (bosques, lagos, lagunas, manantiales y cauces —puquios u ojos de agua—, fuentes termales; parques nacionales, reservas nacionales, santuarios nacionales, reserva comunal); y no renovables (yacimientos mineros, de hidrocarburos, de gas y toda fuente energética, las covaderas de guano y las estacas de salitre) [...]” (2000: 265).

dere que la expresión semejante, *patrimonio de la Nación*, también pueda incluir a bienes de particulares. Asimismo, la semejanza de las expresiones *patrimonio cultural de la Nación* y *patrimonio de la Nación* permite que sean confundidas en la doctrina nacional.¹⁹

Se debe tener en cuenta que la expresión *patrimonio cultural de la Nación* tiene su antecedente en la expresión *patrimonio cultural*, empleada en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural,²⁰ documento que también utiliza la expresión *patrimonio natural*,²¹ cuyo concepto está referido a lo que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende por *áreas naturales protegidas*.

En la mencionada convención, los Estados Partes acordaron constituir un *patrimonio universal*, conformado por la sumatoria del *patrimonio cultural* y el *patrimonio natural* de cada país, pactando lo siguiente:

Respetando plenamente la *soberanía* de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los *derechos reales* previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que *constituye un patrimonio universal* en cuya

19 Así por ejemplo, el jurista Vásquez Ríos clasifica a los bienes de dominio público en “bienes de uso público”, “bienes destinados al servicio público” y “bienes culturales que constituyen el *patrimonio de la Nación*” (las cursivas son nuestras) (2003: 100).

20 Convención aprobada en la XVII Conferencia General de la Unesco, celebrada en París, del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, cuya adhesión fue aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa 23349, del 21 de diciembre de 1981.

21 Al respecto, el artículo 2 de la Convención considera “patrimonio natural” a “los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural”.

protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar.²²

Consideramos adecuado y meritorio que todos los Estados Partes presten su apoyo para la protección de dichos bienes. Sin embargo, en referencia a lo que resta del tenor, estamos en total desacuerdo con lo pactado, debido a que —como se aprecia— el dispositivo citado sólo establece el respeto de la soberanía, pero no menciona el derecho real de propiedad que tienen los Estados sobre los bienes que conforman el patrimonio natural y el patrimonio cultural, que se encuentran ubicados dentro de sus respectivos territorios (debiéndose, para mayor exactitud, establecer que estos bienes integran el dominio público del Estado en cuyo territorio se ubican). En cuanto a la frase: “sin perjuicio de los derechos reales sobre ese patrimonio”, nótese que el dispositivo no señala a qué derechos reales se refiere ni a quién es su titular. Esta redacción, nada clara, da ocasión a que se interprete en perjuicio de la propiedad que el Estado tiene sobre dichos bienes. Asimismo, es inadecuado y contrario a los intereses nacionales mencionar la constitución de un “patrimonio universal”, “patrimonio mundial” o “patrimonio de la humanidad”, pues esta idea vulnera el derecho de propiedad del Estado y choca directamente con el dominio público, constituyendo *un modo de decir que la propiedad sobre los bienes que integran el patrimonio natural (y los del patrimonio cultural que correspondan al Estado) no es del Estado*. En consecuencia, se puede inferir que el Estado, al haber suscrito esta convención, ha desprotegido jurídicamente a los recursos naturales que involucra.

Lo manifestado en el párrafo anterior, muestra con claridad el peligro que se cierne sobre la protección de los recursos naturales, y la flexibilización en la regulación de su propiedad, debiendo el lector notar la semejanza de las expresiones mencionadas (patrimonio cultural, patrimonio natural, *patrimonio universal*, *patrimonio mundial*, *patrimonio de la humanidad*) con lo que nuestra legislación denomina *patrimonio de la Nación*.

22 Inciso 1) del artículo 6 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (las cursivas son nuestras).

En esa línea, causa suspicacia que la legislación peruana emplee la expresión *patrimonio de la Nación* para designar a los recursos naturales. En nuestra opinión, en un futuro próximo se pretenden universalizar los recursos naturales, como propugna la nueva teoría económica²³ que se viene gestando con mayor énfasis en estos últimos años, sosteniendo la existencia de “bienes públicos mundiales”²⁴ (un nuevo disfraz de la frase “patrimonio de la humanidad”), los que serían administrados por la comunidad internacional. En dicha expresión se incluye, entre otros bienes, a los recursos naturales;²⁵ así por ejemplo, con respecto a la

23 Al respecto, debemos aclarar que, a diferencia del derecho, la economía tiene un concepto distinto de *bien público*, también denominado *bien colectivo de consumo público*. Sus características son la no-rivalidad (lo cual significa que el consumo del bien por parte de un individuo no disminuye el consumo del bien por parte de otro individuo, es decir, no compiten entre sí; estos bienes no se oponen a otros ni en cuanto a su producción ni en cuanto a su consumo) y la no-exclusión (lo cual significa que no es posible excluir de su consumo a las personas que no pagan por él).

24 El de los *bienes públicos mundiales*, también denominados *bienes públicos globales* o *bienes comunes de la humanidad*, es un término cuyo principal promotor es el Programa de las Naciones Unidas para la Población y el Desarrollo (PNUD). Su desencadenante principal fue la obra *Global public goods. International cooperation in the 21st Century (Bienes públicos mundiales. Cooperación internacional en el siglo XXI)*, editada por Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern, publicada por Oxford University Press en 1999, y publicada en castellano en el mismo año por el PNUD. A esta obra le han seguido otras, como *Providing public goods: Managing globalization* (2003). Aún no se ha asignado un concepto unívoco a este término, dada su amplia polisemia. Es criticado porque su significado puede variar dependiendo de la intención política; así, se han incluido dentro de este concepto, entre otros, a los derechos humanos, la paz y seguridad, la justicia social, el patrimonio cultural, la biodiversidad, el agua, los alimentos, etc.

25 Al respecto, recuérdese el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el numeral 2 del artículo 1 indica: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, *sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco*, así como del derecho internacional. [...]” (las cursivas son nuestras). Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el numeral 2 de su artículo 1 establece: “2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, *sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica in-*

Amazonía, en febrero del 2005, Pascal Lamy —excomisario de la Unión Europea y aspirante en aquel entonces al cargo de director general de la Organización Mundial del Comercio— planteó, durante una conferencia de las Naciones Unidas, que “las selvas tropicales sean consideradas ‘bienes públicos mundiales’ para que la comunidad internacional las pueda administrar en forma colectiva”²⁶ —en la actualidad, Lamy ejerce desde setiembre del 2005 el cargo mencionado—. Adviértase que, con esta teoría, los países cederían la propiedad (el dominio público) que tienen sobre sus recursos naturales a organismos internacionales, lo cual es inaceptable.

Por otra parte, cabe indicar que nuestro ordenamiento jurídico también emplea el término *patrimonio natural de la Nación*. Así, la Ley 28477,

ternacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. [...]” (las cursivas son nuestras). De esta manera, bajo frases imprecisas y ambiguas, los Estados Partes han restringido su libertad de disponer de sus propios recursos naturales como mejor les parezca, ya que no podrían perjudicar el “beneficio recíproco” derivado de la “cooperación económica internacional”. En nuestro país, ambos instrumentos fueron aprobados mediante los Decretos Leyes 22128 y 22129, de 28 de marzo de 1978.

26 Citado del sitio web de BBC Mundo: <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4299000/4299623.stm>. [Consulta: 13 de abril del 2011.]

La noticia también señala que, mediante un comunicado de la cancillería, el ministro brasileño de Relaciones Exteriores condenó tal planteamiento e indicó que se subestima la habilidad de los países en desarrollo de proteger sus recursos naturales. Sobre el tema, el 2 de marzo del 2005 fue publicado en el sitio web de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica un comunicado denominado: “Mensaje sobre las florestas tropicales”, en el que se indica: “La secretaria general de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), Rosalía Arteaga Serrano, manifiesta su preocupación por las declaraciones del Sr. Pascal Lamy, candidato a la Dirección General de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en referencia al estatus jurídico de los bosques tropicales y otros recursos naturales. La secretaria general de la OTCA considera que la soberanía de los países amazónicos sobre la región no debe ser cuestionada ni relativizada, y que la idea defendida por el Sr. Lamy —de considerar que los bosques tropicales deben ser “bienes públicos mundiales”— contraría decisiones de la comunidad internacional que garantizan la autonomía de los países en la gestión de su patrimonio natural. [...]”. <<http://www.otca.org.br/ep/noticia/noticia.php?idNoticia=222&tipoN=14>>. [Consulta: 13 de abril del 2011.]

Ley que declara a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación, establece: “Declárense a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación”.²⁷ Como se puede dilucidar, al utilizar esta expresión para referirse a bienes que pueden ser de particulares, el ordenamiento jurídico añade confusión a la expresión *patrimonio de la Nación*, con la que guarda gran semejanza, dando ocasión a que en forma errónea se considere que esta última también contiene bienes de particulares.

3.2 Patrimonio de la Nación y soberanía del Estado

La Constitución Política de 1993, luego de mencionar en su artículo 66 que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, agrega: “[...] El Estado es soberano en su aprovechamiento. [...]”. Siguiendo la misma pauta, la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en su artículo 6, denominado: “El Estado y los recursos naturales”, establece: “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”. Dado este marco normativo, ¿es posible interpretar que el patrimonio de la Nación forma parte del dominio público? O ¿se puede considerar que la expresión *patrimonio de la Nación* es semejante o tiene relación con la expresión *dominio público*?

Veamos. La Constitución Política de 1979, en su artículo 118, dispuso: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. [...]”.²⁸ Este tenor es diferente al contenido en el artículo 66 de la Constitución de 1993. Nótese que en el texto citado de la Constitución derogada los recursos naturales “pertenecen” al Estado; en cambio, la Constitución vigente indica que el Estado tiene “soberanía” sobre los recursos naturales.

27 Artículo 1 de la Ley 28477, publicada el 24 de marzo del 2005.

28 El artículo en mención tiene como antecedente el artículo 37 de la Constitución Política de 1933, que establecía: “Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares”.

Si bien el término *pertenencia*, comprendido en el artículo 118 de la Constitución de 1979, implicaba el reconocimiento de propiedad,²⁹ también se puede interpretar que se refiere a derechos reales como posesión, usufructo y otros derechos reales sobre bien ajeno; incluso, puede referirse al dominio directo. Por eso, consideramos que el dispositivo derogado debió reconocer directamente el derecho de propiedad del Estado y no utilizar términos imprecisos.³⁰ A pesar de ello, si lo comparamos con el artículo 66 de la Constitución de 1993, es evidente que la norma derogada brindaba una mejor protección jurídica a los recursos naturales, pues el término *soberanía*,³¹ empleado en la Constitución vigente, no es igual al de *pertenencia* (o *propiedad*), mencionado en el dispositivo derogado.

Ahora bien, la doctrina nacional interpretaba en forma singular la expresión *patrimonio de la Nación*, utilizada en la Constitución de 1979, señalando que significa *que el aprovechamiento de los recursos naturales debe realizarse en beneficio de la Nación*.³² Por ello, estos autores considera-

29 Rubio y Bernales, en sus comentarios a la Constitución de 1979, anotan: “La pertenencia al Estado da el título de propiedad sobre dichos recursos, excluyendo por tanto a cualquier otro propietario potencial. No puede haber propiedad sobre ellos” (1983: 460).

30 El mismo error fue cometido en el artículo 37 de la Constitución de 1933, que, de igual manera, establecía: “pertenecen al Estado”. Asimismo, nótese que en dicho artículo la concesión podía otorgar la propiedad a los particulares.

31 Es decir, la *summa potestas* que ejerce el Estado sobre bienes que son de su propiedad (dominio público y privado) o de particulares.

32 Por ejemplo, Rubio y Bernales, en sus comentarios a la Constitución de 1979, consideran: “[...] La referencia al derecho patrimonial de la Nación significa que los recursos naturales y su explotación no pueden estar separados del interés nacional, es decir, no pueden ser explotados exclusivamente en beneficio de intereses privados, nacionales o extranjeros. [...]” (1983: 461).

De igual manera, Vásquez Ríos, respecto al artículo 118 de la Constitución de 1979, opina: “Hay aquí dos niveles que plantea la norma constitucional y que tienen serias implicancias en el derecho civil. En efecto, por un lado, establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación; y por otro, que son propiedad del Estado. Aparentemente, se podría entender que existe redundancia, pero no es tal, por cuanto, la referencia al derecho patrimonial de la Nación significa que los recursos naturales y su explotación no podrían estar separados del interés nacional, y en consecuencia, no deben ser explotados exclusivamente en

ban que no había contradicción en lo que establecía el artículo 118 de la Constitución derogada; así, mientras el primer párrafo señalaba en beneficio de quién debía realizarse el aprovechamiento (Nación), el segundo nombraba quién era el propietario (Estado).

Esta interpretación no es aplicable al artículo 66 de la Constitución de 1993, pues el término *soberanía* —que tiene el Estado en el dispositivo vigente— no es equiparable a *propiedad*, como ya aclaramos, y si considerásemos que la expresión *patrimonio de la Nación* tiene el significado indicado en el párrafo anterior, entonces terminaríamos concluyendo que en la Constitución vigente no se encuentra reconocido el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales. No obstante, algunos autores siguen otorgando el mismo significado a la expresión *patrimonio de la Nación*, contenida en la actual Constitución.³³

3.3 Los recursos naturales como patrimonio de la Nación en las sentencias del Tribunal Constitucional

Esta confusión en la doctrina peruana y en los legisladores peruanos se ve reflejada en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. Al respecto, apreciemos lo que ellas entienden por “los recursos naturales son patrimonio de la Nación” y por “el Estado es soberano en su aprovechamiento”.

beneficio del interés privado, sino que su aprovechamiento debe ser en beneficio del Estado-Nación y, por tanto, es válido que estos bienes sean de propiedad del Estado” (2003: 97).

33 Así, Bernaldes, comentando la Constitución de 1993, opina: “Que los recursos naturales sean patrimonio de la Nación quiere decir, en nuestro criterio, que su aprovechamiento debe ser realizado con miras a un doble beneficio: individual y colectivo. Los recursos naturales pertenecen al conjunto del país, como elementos que hay que preservar y utilizar racionalmente para beneficio no solo de la presente generación, sino también de las futuras, y como un recurso que sirva para el progreso de la Nación en su conjunto. La responsabilidad de conducir este aprovechamiento corresponde al Estado, al que la Constitución le da atribución soberana para decidir. [...]” (1998: 374).

Con igual criterio, Chirinos y Ruiz apuntan: “No hay contradicción en señalar que en función al patrimonio de la Nación el Estado administra los recursos naturales en beneficio de todos [...]” (2002: 35).

El Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que cuando se considera que “los recursos naturales son patrimonio de la Nación” se entiende que *su explotación no puede ser separada del interés nacional y el bien común, debiendo alcanzar sus beneficios a la Nación en su conjunto*.³⁴ De esta manera, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la expresión *patrimonio de la Nación*, utilizada en la Constitución de 1993, es similar a la efectuada por la doctrina nacional de la misma expresión, empleada por la Constitución de 1979.

En cuanto a la frase “el Estado es soberano en el aprovechamiento”, para dicho Tribunal significa que *es bajo el ius imperium y supervisión del Estado que debe desarrollarse el aprovechamiento de los recursos naturales*, entendiendo al *ius imperium* como sinónimo de “soberanía interna”.³⁵

34 La sentencia emitida en el expediente 0048-2004-PI/TC, en el fundamento 29, indica: “El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce”. La misma sentencia, en el fundamento 33, considera: “[...] los recursos naturales —especialmente los no renovables—, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto”.

Por su parte, la sentencia recaída en el expediente 2064-2004-AA/TC, en el fundamento 5, menciona: “[...] el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales constituyen patrimonio de la nación; en consecuencia, su explotación no puede ser separada del interés nacional, y sus beneficios deben alcanzar a la nación en su conjunto. [...]”. Del mismo modo, la sentencia emitida en el expediente 0003-2006-PI/TC, en el fundamento 5, afirma: “Que los recursos naturales, *in totum*, sean patrimonio de la Nación, implica que su explotación en ningún caso puede ser separada del interés nacional y el bien común, por constituir 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 lo que queda proscribida su explotación con fines exclusivamente individualistas o privatísticos”.

35 Al respecto, la sentencia emitida en el expediente 0048-2004-PI/TC, en el fundamento 29, señala: “[...] El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación,

Dada esta interpretación, cabe preguntarse: ¿en qué extremo del artículo 66 de la actual Constitución se encuentra reconocido el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales? La respuesta obvia sería: en ninguna parte. Por esta razón, consideramos que no debe interpretarse que la expresión *patrimonio de la Nación* tiene el significado anteriormente mencionado.

En síntesis, el Tribunal Constitucional no contempla que el término *patrimonio de la Nación* es igual al de *dominio público*, o que este se integre en aquel.

Ahora bien, en escasos fundamentos y de modo tangencial, dicho Tribunal, de manera correcta, ha señalado que los recursos naturales son bienes que integran el dominio público,³⁶ pero esta afirmación actualmente no se encuentra plasmada en ningún texto legal.

Es sorprendente que el Tribunal Constitucional, sosteniendo fundamentos contradictorios en la sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC, niegue la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, apoyando teorías que perjudican el interés nacional, al expresar que el Estado sólo tiene una función de conservación, de guarda y de administración de estos bienes, pero no la propiedad. Bajo esa pauta, los fundamentos 100 y 101 de dicha sentencia sostienen:

El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran

es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce". En texto similar, el fundamento 5 de la sentencia del expediente 0003-2006-PI/TC indica: "[...] 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".

36 La sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC, en el fundamento 98, establece: "Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público [...]". En el mismo sentido, el fundamento 57 de la sentencia del expediente 0003-2006-PI/TC afirma: "Asimismo, en tanto recurso natural y bien de dominio público, el uso del espectro radioeléctrico se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad toda".

en una concepción patrimonialista del dominio privado. [...] (expediente 0048-2004-PI/TC, fundamento 100).

El estatuto subjetivo constitucional del Estado — como personificación jurídica de la Administración — *frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación*, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución (expediente 0048-2004-PI/TC, fundamento 101).³⁷

3.4 Recursos naturales en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

Prosiguiendo con el análisis de esta inadecuada tendencia de negar la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, hallamos que las normas que promueven la inversión privada nacional y extranjera en actividades productivas, dan a entender que los particulares pueden tener derechos de propiedad sobre los recursos naturales *in situ*. Así, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada,³⁸ establece: “[...] las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país [...]”,³⁹ en concordancia con el Decreto Supremo 162-92-EF, Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada,⁴⁰ que en su título IV, denominado: “Limitaciones a los derechos de propiedad y posesión de inversionistas extranjeros”, estipula, en el artículo 32:

De conformidad con lo prescrito en el artículo 126 de la Constitución de 1979 y el artículo 13 del Decreto Legislativo 757, para el ejercicio de

37 Las cursivas, en los fundamentos citados, son nuestras.

38 Norma del 8 de noviembre de 1991.

39 Las cursivas son nuestras. Artículo 13 del Decreto Legislativo 757.

40 Norma del 9 de octubre de 1992.

los derechos de propiedad o posesión de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía por inversionistas extranjeros, ya sea directa o indirectamente, en las áreas comprendidas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del país, se requerirá obtener previamente la correspondiente autorización [...], la misma que se otorgará por resolución suprema refrendada por el ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el ministro del Sector correspondiente. [...]

En la resolución suprema a que se refiere el párrafo anterior se establecerán las condiciones o limitaciones para el ejercicio de *los derechos de propiedad o posesión correspondientes*, los mismos que solamente podrán ser restringidos por razones de seguridad nacional. [...]”⁴¹

Posteriormente, el artículo 34 agrega:

La adquisición de los bienes a que se refiere el artículo 32 del presente Decreto Supremo *o la transferencia de la posesión o propiedad de dichos bienes* que realicen los inversionistas extranjeros a otros inversionistas extranjeros, que no cuenten con la correspondiente autorización previa, serán sancionadas con la pérdida para el inversionista del derecho adquirido en el beneficio del Estado [...] (las cursivas son nuestras).

Nótese cómo las mencionadas normas, en lugar de aclarar que el Estado sólo puede otorgar concesiones sobre los recursos naturales, indican, por el contrario, que los particulares pueden tener derechos de propiedad sobre minas, bosques, aguas, fuentes de energía y otros recursos, vulnerándose la propiedad del Estado sobre estos bienes, que conforman su dominio público,⁴² así como su régimen especial de protección jurídica. Tomando en cuenta lo establecido en dichos dispositi-

41 Las cursivas son nuestras. El artículo constitucional mencionado corresponde a la Constitución Política de 1979, norma vigente al momento de la publicación del D.S. 162-92-EF.

42 A excepción del recurso tierra, que bien puede ser de dominio privado del Estado o de propiedad de particulares.

vos, de manera errónea se podría considerar que los recursos naturales son bienes que integran el dominio privado y que, por ende, pueden ser enajenados por el Estado. Ante ello, es necesario que la normativa establezca en forma expresa que ellos son bienes de dominio público, eliminando la denominación de “patrimonio de la Nación”.

Cabe destacar que si bien los citados dispositivos podrían interpretarse en el sentido de que la propiedad de los particulares recae sobre el derecho de concesión⁴³ y sobre los recursos naturales extraídos, esto no es lo que se desprende de su lectura, por lo que es necesario modificar dichos artículos, que han sido redactados de manera ambigua en perjuicio del Estado.

3.5 Otras disposiciones legales sobre recursos naturales

Las normas principales que específicamente regulan a cada recurso natural no precisan que estos integren el *dominio público*; por el contrario, solo indican que son parte del *patrimonio de la Nación* o, simplemente, no hacen referencia a ninguno de dichos términos; existiendo la tendencia de excluir la utilización del término *dominio público* de las normas que todavía lo contengan, bien sea a través de la derogatoria de estas o mediante su reemplazo por otras que omitan cualquier referencia a dicho dominio.⁴⁴ Por ejemplo, así se puede inferir del análisis histórico de la normativa sobre recursos forestales y recursos de fauna silvestre.⁴⁵

43 La concesión es un bien distinto de los recursos naturales.

44 Véase Hernández (2008: III, 519-532).

45 Sobre el particular, compárense los artículos 1 y 48 del derogado Decreto Ley 21147, con el artículo 7 de la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (restituida mediante Ley 29376). De la apreciación histórica de la normativa sobre la materia, se puede notar que esta ha efectuado un cambio en la denominación utilizada para hacer referencia a la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y los recursos forestales y de fauna silvestre, pasando del término *dominio público*, que no ocasionaba ambigüedades en su distinción con el de *dominio privado*, al empleo del término *patrimonio forestal nacional* o *patrimonio forestal del Estado*, que guarda semejanza con el controvertido término *patrimonio de la Nación*.

3.6 El dominio eminente en el proyecto de Ley 2596/96-CR, ahora Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales

La Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República fue la encargada de la elaboración del proyecto de Ley 2596/96-CR,⁴⁶ ahora Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Por ello, y dado que la doctrina nacional considera que el “patrimonio de la Nación” tiene el significado antes mencionado, es fundamental conocer qué concepto sobre el dominio público y, específicamente, qué teoría sobre la naturaleza jurídica de la relación entre los recursos naturales y su titular era la sostenida por los integrantes de la referida comisión.

De la revisión de las actas se desprende que, en lo referente a los derechos reales, tuvo especial influencia en los miembros de la comisión la opinión del excongresista Jorge Avendaño Valdez,⁴⁷ quien en una de las reuniones manifestó en forma errónea que el dominio público admite, según la doctrina, las siguientes *formas*: a) dominio soberano, que recae sobre el territorio nacional y el mar territorial; b) dominio de uso público; c) servicio público; y d) dominio eminential o eminente, que se tiene sobre los recursos naturales. Este último vendría a ser un dominio vigilante que el Estado ejerce sobre los bienes que ha concedido a los particulares para su explotación.⁴⁸ Esta posición fue reiterada por

46 Proyecto presentado por los congresistas Oswaldo Sandoval Aguirre, Beatriz Merino Lucero, Graciela Fernández Baca de Valdez, Rafael Urrelo Guerra, Luis Ezequiel Campos Baca, Segundo Vito Aliaga Araujo, Adolfo Luis Amorín Bueno, Alfonso Baella Tuesta, Gamaniel Chiroque Ramírez, Genaro Colchado Arellano, Lourdes Flores Nano, Alfonso Grados Bertorini, Fernando Olivera Vega, Víctor Manuel Ruiz Caro Álvarez, Víctor Coral Pérez, Anselmo Revilla Jurado y Alejandro Santa María Silva.

47 Avendaño señaló: “En la última versión que han elaborado se ha incluido virtualmente todo lo que había propuesto con relación a este tema de los derechos reales: el derecho al concesionario y el derecho de propiedad del Estado” (19 de mayo de 1997).

48 Avendaño afirmó ante la Comisión: “El Estado puede ser dueño a título de dominio privado, o sea, igual que un particular. El Estado puede ser dueño de una casa. Pero el Estado también puede ser propietario a título de dominio público, que es distinto, es un dominio diferente y dentro de ese dominio público la doc-

Avendaño durante su intervención en el debate para la aprobación de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, realizado en el pleno del Congreso de la República.⁴⁹

Antes de su exposición, esta teoría ya había sido afirmada ante la comisión por Manuel Pulgar Vidal, director ejecutivo de la Sociedad

trina distingue una serie de formas. Hay un dominio soberano, el que el Estado tiene sobre el territorio nacional y el mar territorial. Fíjense que ese es un dominio que no es incompatible con el dominio privado. Una casa mía está ubicada en la avenida Arequipa 328, dentro del territorio nacional, pero el Estado tiene un dominio soberano sobre todo el territorio y sobre el espacio aéreo y sobre el mar territorial; entonces es un dominio especial, un dominio soberano.

El Estado tiene un dominio eminential. Esto es lo que vamos a analizar. ¿Qué cosa es eminential? Por ejemplo, cuando se explota el petróleo, el Estado está allí, como mirando atrás: tú, concesionario, vas cumpliendo con todo; bien, te dejo que explotes y hagas todo, pero si te portas mal y no explotas o explotas mal o lo que fuere, revierte a mí. Ese es el dominio del Estado que la doctrina llama eminential. Además, el Estado tiene un dominio de uso público sobre las calles, las carreteras, los parques, las avenidas que el Estado no usa, lo usamos todos, todos nosotros vamos por las calles, es un dominio a favor de todos los ciudadanos.

Finalmente, hay unos bienes que se denominan de servicio público, que quiere decir bienes que se destinan a la prestación de un servicio público. Por ejemplo, un bien destinado a un Ministerio, donde se presta un servicio público como ejemplo" (19 de mayo de 1997).

Cabe indicar que esta teoría no considera como integrantes del dominio público a los bienes relacionados con el fomento de la cultura y con la defensa nacional.

- 49 Avendaño expresó ante el pleno del Congreso de la República: "En derecho público, una de las formas que admite el dominio del Estado, pues admite varias formas, hasta cuatro por lo menos, es la que se conoce como dominio eminential. ¿Qué es eso? Que el Estado mantiene una suerte de dominio vigilante sobre los bienes que ha concedido a los particulares para su explotación. Es el caso de las minas. ¿Qué cosa se concede a los particulares en una concesión minera? ¿Qué derecho tiene el concesionario? El derecho a explotar la mina, hacer suyos los frutos; pero el Estado está encima, vigilante, mirando si el concesionario no cumple con las condiciones de la concesión, pues caso contrario la concesión revierte al dominio del Estado y el Estado vuelve a conceder la mina a otro particular, porque le conviene al interés público que las minas sean explotadas. No pueden permanecer abandonadas. No es un dominio privado en los términos que tenemos todos sobre nuestra casa en el área urbana. No es así. Hay un dominio eminential del Estado [...]" (6 de junio de 1997).

Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), quien recoge la teoría sostenida por Avendaño en anteriores oportunidades.⁵⁰

Esta teoría de las cuatro formas de dominio público 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.

Debe tenerse presente que el dominio público no admite varias “formas”, como defiende esta teoría; el dominio público es sólo uno y está

50 Pulgar Vidal fue invitado por la comisión para dar su punto de vista, y dijo lo siguiente: “[...] Lo mismo señala el doctor Jorge Avendaño, que es un experto en derechos reales. Entonces, la declaración es que realmente los recursos naturales son de los que se denomina el “dominio eminential del Estado”, a lo que me referiré más adelante. [...] El dominio del Estado se expresa de cuatro maneras: el dominio soberano, sobre el territorio o el mar territorial; el dominio eminential del Estado, que faculta a delegar ciertos derechos a particulares, pero no el desprendimiento del dominio; el dominio que tiene el Estado sobre los recursos naturales, que es un dominio eminential. Por otro lado, las otras dos formas son: las zonas de uso público, como los parques y plazas, y los servicios públicos. Esas son las cuatro formas o las cuatro modalidades de dominio del Estado [...]. Sobre los recursos naturales, lo que el Estado mantiene es un dominio eminential” (11 de noviembre de 1996).

La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y otras ONG mantienen la teoría eminential, combinándola con la teoría que sostiene que, siendo los recursos naturales considerados como patrimonio de la Nación, ello significa que deben ser administrados en beneficio de todos. De esta manera, han elaborado una teoría que se resume en lo siguiente: a) Los bienes de dominio público no son de propiedad del Estado; b) Los recursos naturales, por ser patrimonio de la Nación, deben ser administrados por el Estado en beneficio de todos; c) Los recursos naturales forman parte del dominio eminential, aunque este no esté reconocido por la normativa; d) El dominio eminential faculta a otorgar ciertos derechos, pero no a desprenderse del dominio; este “dominio” no hace referencia a la “propiedad”, sino al “dominio eminential, eminente o latente”; e) En rigor, los recursos naturales, al ser del dominio eminential, se encuentran en una categoría distinta a la del dominio público.

conformado por los bienes relacionados con las cinco finalidades mencionadas en el concepto anteriormente brindado. No existen varios “dominios” dentro del dominio público. La naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y los bienes de dominio público no varía dependiendo del bien. Asimismo, el derecho real de propiedad del Estado sobre el dominio público y el dominio privado es el mismo, con las limitaciones legales aplicables a los bienes demaniales en razón de su régimen especial de protección jurídica.

No obstante, la referida teoría señala que dentro del dominio público existe un “dominio soberano” sobre el *territorio* y un “dominio eminential o eminente” sobre los *recursos naturales*. Recuérdese que, según explicamos, el dominio eminente tiene dos acepciones: dominio eminente como soberanía interna y dominio eminente como dominio directo. Ninguna de estas es sinónimo de propiedad.

En esa virtud, resulta claro que es distinto afirmar que “el territorio y el mar territorial son de dominio público” —con lo cual estamos manifestando de manera implícita que son propiedad del Estado—, que aseverar que “el territorio y el mar territorial son de dominio soberano”, porque en esta última afirmación no estamos indicando que son propiedad del Estado ni tampoco quién es su titular, peor aún si consideramos

En ese sentido, afirman lo siguiente: “Jorge Avendaño reconoce una cuarta categoría denominada del dominio eminential que faculta al Estado a delegar ciertos derechos a particulares, pero no a desprenderse del dominio. En estos casos el Estado concede algunas facultades similares al usufructo que permitiría asignarlos para su explotación a particulares, manteniendo siempre dicho dominio, es decir, el dominio latente. Este es el caso de los recursos naturales. Los bienes de dominio público, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, son inalienables e imprescriptibles. Esto significa que son bienes indispensables para la utilidad pública. Se trata de bienes que tienen la característica de no poder pertenecer a particulares, siendo el Estado el que ejerce las potestades reales sobre ellos. No son *stricto sensu* de propiedad del Estado [...]. Por ello se habla de bienes de dominio público [...]. Tratándose de los recursos naturales, no habría contradicción alguna en señalar que en su consideración de bienes del patrimonio de la Nación, estos deben ser administrados en beneficio de todos y que, en relación al dominio público, es el Estado quien detenta la afectación de los mismos al fin público que están llamados a cumplir”. Chirinos y Ruiz (2002: 34-35).

que la soberanía interior es la potestad suprema del Estado que se ejerce sobre todas las propiedades que se encuentran dentro de los límites de su territorio (bien sea sobre la propiedad del mismo Estado o sobre la propiedad de particulares). Por ejemplo, con esta teoría no habría problema para que los particulares fueran propietarios de áreas del espacio marítimo, ya que, sobre este, el Estado sólo tendría soberanía, pero no propiedad.

Hay que tomar en cuenta que la soberanía interna del Estado es algo que se presupone, algo sobre lo cual no hay ninguna duda; por ello, es más relevante precisar que el territorio peruano (concepto que incluye a los componentes marítimo y aéreo) es de dominio público, reafirmando así la propiedad sobre aquel.

Cuando esta teoría indica que el Estado sólo ejerce un “dominio eminential” o “dominio eminente” sobre los recursos naturales, se está refiriendo a lo que se conoce como *dominio directo*, el cual tampoco es sinónimo de propiedad, pues no se trata de un dominio pleno o perfec-

Luego, agregan: “Es decir, dentro de la interpretación lógica que se intenta dar al *status* jurídico de los recursos naturales, son patrimonio de la Nación y, a la vez, aunque no lo diga expresamente la Constitución, forman parte del dominio eminential del Estado. En cierto modo, en tanto se encuentran dentro del territorio sobre el que se ejerce derechos soberanos, los recursos naturales son patrimonio de la Nación en su conjunto, pero en la medida en que el Estado los representan, a su vez, parte del dominio eminential de este Estado. La pregunta central de este debate es la siguiente: ¿son los recursos naturales bienes de dominio público? Aunque coloquialmente pueda afirmarse que sí lo son, en rigor, y como ya se adelantó, se encuentran bajo el dominio eminential del Estado, lo cual constituye una categoría de dominio distinta a la del dominio público clásico [...]”. Chirinos y Ruiz (2002: 37).

Como podemos dilucidar, esta teoría, en el fondo, nos demuestra la confusión existente en la doctrina nacional con respecto al tema de los recursos naturales como bienes integrantes del dominio público. Así, no nos explicamos cómo, bajo esta teoría, el Estado podría otorgar derechos sobre dichos recursos sin ser considerado propietario. Asimismo, la teoría propugna que los recursos naturales están en una categoría distinta del dominio público y del dominio privado, entre otros errores. Debemos señalar que nos causa suspicacia la manera en que se pretende dotar de legitimidad y credibilidad a una teoría que considera “cuatro formas de dominio”, la cual no tiene ningún sustento en la doctrina internacional.

to, sino, por el contrario, de un dominio menos pleno o imperfecto. Es lo que sucede, por ejemplo, en el derecho real de enfiteusis, que en la actualidad no se encuentra contemplado en la legislación nacional. Pues bien, esta teoría pretende trasladar a nuestro ordenamiento jurídico las características del dominio menos pleno —forzando las instituciones jurídicas— y señalar que el Estado solamente tiene un “dominio directo” sobre los recursos naturales, lo que presupondría —a su vez— que si el recurso natural ha sido otorgado en concesión, el concesionario tendría el “dominio útil”.

Lógicamente, sus errados defensores consideran que es equivalente a propiedad y que esta se conserva en manos del Estado. A esta confusión se añade que la expresión *dominio eminential* o *eminente* suena atractiva en nuestro idioma y puede confundir a quien no se detenga a analizarla. La palabra *eminente* significa “alto, sobresaliente, elevado”, y se asemeja a su vez a *eminencia*, que indica “excelencia”, por lo que parecería que nos estamos refiriendo a una propiedad suprema o superior (adviértase que la propiedad es el derecho real por excelencia, sobre el cual no cabe establecer superlativos), cuando en realidad estamos indicando algo distinto en el ámbito jurídico: el *dominio directo*, que es un dominio imperfecto. Por estos fundamentos, no conviene emplear la expresión *dominio eminente* en un contexto que puede generar ambigüedades; peor todavía si vamos a referirnos a la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y los recursos naturales, en donde es innecesaria.

Otra falacia de esta teoría tiene que ver con que, precisamente, el dominio directo no implica que quien lo ejerza esté detrás del titular del dominio útil, a manera de vigilante; todo lo contrario. Por ejemplo, en la enfiteusis, la doctrina señala que el titular del dominio directo debe dejar libre y expedito el uso y disfrute del bien al titular del dominio útil, sin ponerle impedimento alguno ni permitir que lo ponga un tercero. Cabe agregar que sólo se vigila o guarda cuando otro sujeto de derechos es el propietario. Por ello, hay que tener cuidado con el empleo del término *vigilante*.

Los defensores nacionales de esta teoría, también señalan que el “dominio eminente faculta a delegar ciertos derechos a particulares, pero no el desprendimiento del dominio”. Debemos reiterar que el “dominio” que supuestamente conservaría el Estado, en la teoría del “dominio eminential”, no es igual a *propiedad*; no hace referencia a este derecho real, por más que sus equivocados defensores sostengan que la expresión *dominio eminente* comprende a la propiedad. Adviértase en los

textos citados en las notas 48 al 50, ubicadas al pie de página, cómo los defensores de esta teoría no utilizan el término *propiedad*, sino el de *dominio*; y si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos jurídicos se utiliza el término *dominio* en lugar de *propiedad*, comprenderemos que el lector, sin darse cuenta, podría interpretar que se está reconociendo el derecho de propiedad.

Por lo expuesto, sostenemos que, sin duda alguna, esta teoría implica una vulneración al derecho de propiedad del Estado sobre los bienes de dominio público —entre los cuales se encuentran los recursos naturales— y, por ende, una vulneración al régimen especial de protección jurídica que recae sobre estos bienes.

Sin embargo, esta teoría —en la que el Estado ejerce sobre los recursos naturales una “forma de dominio” distinta de la ejercida sobre los demás bienes de dominio público, y que en el fondo niega la propiedad sobre dichos recursos— fue considerada por la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso, para elaborar el proyecto de Ley 2596/96-CR, ahora Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, norma fundamental en la materia, pero que no aclara qué se debe entender por “patrimonio de la Nación” y omite señalar en forma expresa que los recursos naturales son bienes de dominio público.

De modo que la interpretación doctrinal de la expresión *patrimonio de la Nación* y la exclusión del término *dominio público* del ordenamiento jurídico han ocasionado el surgimiento de teorías distintas de la del dominio público cuando se trata de explicar la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, como la teoría desproteccionista del dominio eminential.⁵¹

51 Es importante considerar que el Decreto Legislativo 1079, que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas, ha introducido en el ordenamiento jurídico los principios que garantizan el patrimonio de las áreas naturales protegidas, entre los que se encuentran el “principio del dominio eminential” (cuyo contenido indica: “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos, productos y subproductos, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el

Cabe señalar que parte de la doctrina peruana⁵² conceptúa de distinta manera la expresión *dominio eminente*, utilizándola para referirse a los

título por los cuales fueron otorgados” [numeral 2 del artículo 3]) y el “principio de protección administrativa” (que establece: “La protección del dominio eminential está a cargo de la Administración Pública, a través de sus órganos competentes [...]” [numeral 3 del artículo 3]). Como se puede dilucidar, mediante el decreto legislativo se ha buscado legitimar la teoría del “dominio eminential o dominio eminente”, introduciéndola en la categoría de “principio”.

De este modo, se inserta en el ordenamiento jurídico un nuevo término, el de *dominio eminential*, que se nos muestra bajo un atractivo disfraz, el de “principio” que garantiza el patrimonio de las áreas naturales protegidas, por lo que no sorprendería que en los próximos años este principio se hiciera extensivo a toda la normativa referente a los recursos naturales. De tenor confuso, parecería reforzar la propiedad del Estado sobre los recursos naturales; sin embargo, al sostener que “En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos, productos y subproductos [...]”, lo que pretende es sostener que el Estado sólo tiene el “dominio directo” sobre los recursos naturales, en tanto que el particular tiene el “dominio útil”. Nótese que el mencionado dispositivo no hace referencia a la concesión; únicamente utiliza el término genérico de *derechos*. Lógicamente, su confusa redacción está orientada a su rápida aceptación en el ordenamiento jurídico. Si, realmente, lo que se buscó es proteger jurídicamente los recursos naturales, se debió establecer de manera expresa que estos integran el *dominio público*, mencionando los atributos que conforman su régimen especial de protección jurídica.

52 Rubio y Bernal, en sus comentarios a la Constitución de 1979, indicaron: “Existe otro tipo de propiedad estatal que, en términos tradicionales, podríamos caracterizar como ‘bienes de nadie’ o ‘res nullius’. Estos son los territorios dentro de las fronteras nacionales, sobre los que ningún particular ha tomado propiedad, pero que pueden ser adquiridos siguiendo un procedimiento predeterminado; en nuestro país, el denuncia. Tales son, por ejemplo, los terrenos eriazos. Se dice que ellos pertenecen a la categoría del ‘dominio eminente’ del Estado, es decir, son de él porque están dentro de sus fronteras y no pertenecen a nadie. Se diría que es una forma de atribuir la propiedad al Estado, en ausencia de una propiedad privada preestablecida” (1983: 460).

Posteriormente, Rubio, comentando la Constitución Política de 1993, señala: “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 eminente, que corresponde a bienes sobre los que no se estableció aún derecho privado alguno y, por consiguiente, están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio [...]” (1999: 389).

bienes que pueden ser de propiedad de particulares, pero que mientras no se constituyan derechos privados a favor de estos últimos son del Estado, por encontrarse dentro de su territorio. Esta teoría también la consideramos errónea, y agrega mayor confusión a la ya existente en la doctrina peruana.

3.7 El patrimonio de la Nación en la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su reglamento

La Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, en el inciso d) de su artículo 7 establece:

Son garantías que rigen el Sistema Nacional de Bienes Estatales, las siguientes: [...]

d) Que todo acto de disposición de dominio, a favor de particulares, de los bienes inmuebles de *dominio privado estatal* sea a título oneroso, teniendo como referencia el valor comercial y según los procedimientos establecidos en las normas legales vigentes, *en tanto los mismos constituyen patrimonio de la Nación*. [...] (las cursivas son nuestras).

Como se observa, esta ley considera que los bienes inmuebles de dominio privado constituyen o integran el *patrimonio de la Nación*, con lo cual confunde aun más el posible significado de este término, ya que si antes esta expresión solo era utilizada para hacer referencia a los recursos naturales, que son bienes de dominio público, ahora el patrimonio de la Nación también engloba a los bienes de dominio privado. Entonces, como consecuencia de esta norma, podemos indicar que el patrimonio de la Nación está conformado por bienes de dominio privado y por los recursos naturales, que son de dominio público.

Por otro lado, el D.S. 007-2008-VIVIENDA, Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, cuando desarrolla la definición de dominio público⁵³ no considera a los recursos naturales entre los bienes que lo integran. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que indique de modo expreso que los

53 Véase el inciso a) del numeral 2.2 del artículo 2 del D.S. 007-2008-VIVIENDA.

recursos naturales son bienes de dominio público; lo que sí señala la legislación es que son bienes integrantes del patrimonio de la Nación.

Así, cuando se afirma que los recursos naturales son patrimonio de la Nación no se está precisando si son de dominio privado o de dominio público, lo cual puede dar pie a ambigüedades e interpretaciones erróneas, como las que sostienen que el Estado no es propietario de los recursos naturales, o las que indican que el Estado puede transferir la propiedad de los recursos naturales *in situ* a favor de particulares.

4. Sinopsis

La inserción y utilización, en el ordenamiento jurídico, de la expresión *patrimonio de la Nación* para hacer referencia a la naturaleza jurídica de la relación entre los recursos naturales y su titular, ocasiona una serie de confusiones en su interpretación, pues dicha expresión no distingue si tales recursos integran o no el *dominio público*. Así, la doctrina y la legislación internacional generalmente utilizan el término *patrimonio* para referirse al *dominio privado*. La expresión *patrimonio de la Nación* también confunde a la doctrina nacional, pues ocasiona que algunos autores, en forma errónea, encuadren a los recursos naturales dentro de los bienes de *dominio privado* (incluso, otros señalan, con desacierto, que dichos recursos no pertenecen ni al *dominio público* ni al *dominio privado*). Además, da lugar a su confusión con denominaciones similares comprendidas en convenciones internacionales, cuya ambigua redacción ha sido elaborada con la óptica de universalizar en un futuro próximo los bienes que son materia de las mismas, con la finalidad de que sean administrados por organismos internacionales, lo que choca directamente con el dominio público y los intereses nacionales. De este modo, se viene preparando el engranaje jurídico, causando suspicacia la semejanza que guardan los diversos *patrimonios* que contempla la legislación nacional, con los usados y creados en instrumentos internacionales.

Hemos señalado que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la expresión *patrimonio de la Nación*, utilizada en la Constitución de 1993, es igual a la realizada por la doctrina nacional, otorgándole un significado que no tiene ninguna relación con el *dominio público*. Si esa fuese la interpretación correcta, entonces el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales no estaría reconocido en la actual Constitución, motivo por el cual nos apartamos de tal criterio interpretativo. Por otro lado, escasos fundamentos de las sentencias del Tribunal

Constitucional señalan correctamente que los recursos naturales son bienes de *dominio público*. Tal afirmación debería estar plasmada en una norma legal y ser ampliamente reconocida en la jurisprudencia constitucional.

En la normativa vigente, el artículo 66 de la Constitución Política no establece que los recursos naturales son de *dominio público*. Siguiendo la misma pauta, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales —norma fundamental en la materia— omite toda referencia al *dominio público*. Igualmente, las principales normas que en forma específica regulan a cada recurso natural no precisan que estos integren el *dominio público*; por el contrario, solo indican que son del *patrimonio de la Nación* o, simplemente, no mencionan estos términos, existiendo la tendencia de excluir la utilización del término *dominio público* de las normas que todavía lo contengan.

Asimismo, la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, al emplear la expresión *patrimonio de la Nación* para referirse a bienes de dominio privado, confunde aún más su interpretación, que antes de la dación de esta norma solo era aplicada para referirse a los recursos naturales, en tanto que su reglamento no incluye a estos recursos en la definición de *dominio público*.

Por consiguiente, no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico nacional que, de manera expresa, indique que los recursos naturales son bienes de *dominio público*.

De igual forma, la expresión *patrimonio de la Nación* 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*.

En consecuencia, la interpretación doctrinal realizada sobre la expresión *patrimonio de la Nación* y la eliminación del término *dominio público* de las normas que regulan a los recursos naturales tienen como corolario el surgimiento de la teoría del *dominio eminente*, que pretende sustituir la expresión *dominio público*, asemejándose a esta.

Está claro que, dado este marco jurídico, no se puede interpretar que el *patrimonio de la Nación* forma parte o integra el *dominio público*.

Tampoco se puede considerar que la expresión *patrimonio de la Nación* sea semejante o sinónima de la de *dominio público*.

5. Conclusión

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 anfibologías. 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.

Por último, con la finalidad de superar esta problemática, proponemos que el artículo 66 de la Constitución vigente sea modificado con el siguiente tenor:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son de propiedad del Estado e integran el dominio público. Su explotación no puede ser separada del interés nacional y el bien común. El Estado tiene plena soberanía sobre los recursos naturales. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización.

El Estado otorga concesión sobre los recursos naturales. El titular tiene un derecho real sobre la concesión, mas no sobre los recursos naturales materia de esta.

La redacción brindada garantiza el derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales y su régimen especial de protección, al ser bienes que integran el dominio público. A su vez, impide la utilización de expresiones ambiguas, refuerza la plena soberanía del Estado sobre dichos bienes y evita el surgimiento de teorías desproteccionistas. Todo ello sin desfavorecer a la inversión privada ni detener el desarrollo nacional.

Bibliografía

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (6 de junio de 1997). Exposición del excongresista durante su intervención en el debate y aprobación del dictamen del proyecto de Ley 2596/96-CR, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en el pleno del Congreso de la República, en la sesión de 6 de junio de 1997. <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/8.2.htm>>. [Consulta: 13 de abril del 2011.]

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (19 de mayo de 1997). Exposición del excongresista ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República del Perú, en la sesión de 19 de mayo de 1997, durante la discusión del proyecto de Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales. <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/4.1.7.htm>>. [Consulta: 13 de abril del 2011.]

BACACORZO, Gustavo (2000). *Tratado de derecho administrativo*. 4.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1998). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 4.^a edición. Lima: RAO editora.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1973). *Instituciones de derecho civil. Los derechos reales*. Tomo I. 4.^a edición. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva.

CATALANO, Edmundo Fernando (1977). *Teoría general de los recursos naturales. Política y legislación*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.

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

COLMEIRO, Manuel (1876). *Derecho administrativo español*. Tomo II. 4.^a edición. Madrid: Imprenta y Librería de Eduardo Martínez.

GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo (2008). "Protección de los bienes de dominio público en el ordenamiento jurídico peruano". Tomos I y III. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Lima.

PAPAÑO, Ricardo et al. (2004). *Derecho civil. Derechos reales*. Tomo I. 2.^a edición, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

MARIENHOFF, Miguel (1960). *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

MOLINARIO, Alberto D. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real*. Buenos Aires: La Ley S.A.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Thomson Civitas.

NÚÑEZ BORJA, Humberto (1971). *Breve tratado de derecho administrativo del Perú*. Tomo I. Arequipa: Editorial Universitaria.

PULGAR VIDAL, Manuel (11 de noviembre de 1996). Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República del Perú, en la sesión de 11 de noviembre de 1996, durante la discusión del proyecto de Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales. <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/3.1.2.htm>>. [Consulta: 13 de abril del 2011.]

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio (2007). *Tratado de derechos reales*. Tomo I. 3.^a edición. Lima: Rodhas.

RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución política de 1993*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS (1983). *Constitución y sociedad política*. 2.^a edición. Lima: Mesa Redonda Editores.

SERRA ROJAS, Andrés (1981). *Derecho administrativo*. Tomo II. 10.^a edición. México: Porrúa.

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto (2003). *Los derechos reales*. Tomo I. 2.^a edición. Lima: San Marcos.