

CONDICIÓN JURÍDICA DEL AGUA

Gunther Hernán Gonzales Barrón¹

Fecha de publicación: 11/03/2017

Sumario: 1.- Bienes Públicos. 2.- Propiedad privada y Dominio público. 3.- Dominio público y registro. 4.- Tutela estatal de los bienes públicos. 5.- Condición jurídica del agua: bien de dominio público. 6.- Condición jurídica del agua: recurso natural. 7.- Régimen jurídico del agua. 8.- Tutela estatal del agua. – Conclusiones.

¹ Abogado especialista en derecho de propiedad, agrario y de aguas.

1. Bienes Públicos

El Código Civil de 1936 contenía una clasificación de los bienes de acuerdo con el sujeto-titular, por lo que había bienes del Estado y bienes de los particulares (art. 821 a 823)². Por el contrario, el legislador de 1984 no reguló la materia, aduciendo que la distinción entre bienes del Estado y de particulares no está regida por el Derecho civil, excepto en la hipótesis de que el Estado sea propietario a título de particular, en cuyo caso le son aplicables a esos bienes las mismas reglas que las de la propiedad común³. Si bien es cierto que la materia propia de los bienes estatales no corresponde al Derecho privado⁴, sin embargo, la amplitud de la regulación de los Códigos abarca los conceptos generales del sistema jurídico, como

² El Código Civil de 1936 contenía una disposición que enunciaba los bienes que tenían la condición de dominio público. La doctrina comentarista de dicho Código decía lo siguiente: “Los primeros son los bienes que pertenecen al Estado y son de uso público, es decir, los que están afectos a la utilización de toda la ciudadanía. Son bienes privados los que pertenecen a personas de derecho privado (hombre, sociedad, asociación) y los que pertenecen al dominio privado del Estado, o sea los que no han sido afectados al uso público o declarados de necesidad y utilidad pública; es así que las tierras del Estado, que no son caminos, pueden ser vendidas a particulares. Esta distinción es muy importante por las diferentes consecuencias jurídicas que genera, se tiene así que los bienes del dominio público del Estado son inalienables, imprescriptibles, inembargables, calidades que no poseen los bienes del dominio privado del Estado, y cuya justificación radica, precisamente, en el destino que el Estado da a esos bienes”: MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Derechos Reales*, Librería Studium, Lima 1984, p. 19.

³ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. “Exposición de Motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales”. en COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, PUCP, Lima 1981, T. I, p. 791.

⁴ Sin embargo, la Constitución de 1979 introdujo algunas disposiciones genéricas sobre el tema, tales como: “Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados” (art. 128), o que los recursos naturales pertenecen al Estado (art. 118). Por su parte, el Decreto Supremo N° 007-85-JUS, Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, del 20 de febrero de 1985, actuó en los hechos como norma de desarrollo constitucional, cuando señaló: “Las calles, parques, plazas y paseos; los bosques y prados; áreas de conservación y protección; las playas; los ríos y lagos con sus cauces y riberas, y otras áreas de uso público tienen el carácter de intangibles, inalienables e imprescriptibles. Los municipios no permitirán su aplicación a fines o modalidades de uso diferentes a las que su carácter de bien público les impone” (art. 56). Sin embargo, este reglamento fue sustituido íntegramente por el Dec. Sup. 027-2003-VIVIENDA, publicado el 06-10-2003, que no reprodujo el precepto antes citado, y que en la actualidad se encuentra también derogado.

es el caso de los bienes y su clasificación, de lo que no se escapan, ni siquiera, los bienes estatales. Por tanto, era necesario prever algunas normas generales sobre esta clase de bienes⁵. Es más, el Código no ha podido escapar de regular tangencialmente algunos bienes declarados de dominio público o del “patrimonio de la Nación”, como es el caso de las aguas y las minas, respectivamente, que se catalogan de “bienes inmuebles” (art. 885, incisos 2-3, CC).

Normalmente, la disciplina jurídica de los bienes pertenecientes al Estado, los divide en dos clases:

- i. Bienes de dominio público (o “demaniales”)⁶, comprende a los que sirven y están destinados a la obtención de fines de interés público (necesidades generales. Ejemplo: sede institucional de los organismos públicos) o dan utilidad general (uso público. Ejemplo: playas⁷, plazas, caminos)⁸, o se trata de recursos

⁵ La doctrina en general ha criticado la supresión de las normas referidas a los bienes estatales. Por ejemplo, tenemos a CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*, Cultural Cuzco, Lima 1995, T. I, p. 166; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*, Editorial Rhodas, Lima 1996, T. I, p. 287.

⁶ “El dominio público constituye una institución jurídica que procede del Derecho Romano y que, con el transcurso del tiempo, la misma ha sido asimilada en determinados ordenamientos jurídicos, inicialmente, en el Derecho Civil, para posteriormente ser materia de estudio del Derecho Público. Así pues, la tendencia actual es que dichos bienes sean objeto de estudio del Derecho Administrativo y los actos que recaigan respecto de los bienes de dominio público tengan base legal expresa, pues sus características especiales y exorbitantes en el derecho en general, determinan la asunción de competencias y atribuciones de entidades públicas de similar naturaleza”: JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional”, en VIGNOLO CUEVA, Orlando y JIMÉNEZ MURILLO, Roberto (Coords). *Homenaje a Allan Brewer-Carías*, Ediciones Legales, Lima 2012, pp. 95-96.

⁷ Art. 1 Ley 26856, de Playas, del 5 de septiembre de 1997:

“Las playas del litoral de la República son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles. Se entiende como playa el área donde la costa se presenta como plana descubierta con declive suave hacia el mar y formada de arena o piedra, canto rodado o arena entremezclada con fango más una franja no menor de 50 metros de ancho paralela a la línea de alta marea.

El ingreso y uso de las playas es libre, salvo en los casos señalados expresamente en la presente Ley”.

Art. 2 Ley 26856, de Playas:

“Se considera zona de dominio restringido la franja de 200 metros ubicada a continuación de la franja de 50 metros descrita en el artículo anterior, siempre que exista continuidad geográfica en toda esa área.

naturales (aguas, minas, bosques, tierras eriazas) que pertenecen a la Nación, según el art. 66 de la Constitución⁹. **Los bienes de**

En consecuencia, no se entenderán comprendidos dentro de la zona de dominio restringido los terrenos ubicados más allá de acantilados, lagos, montañas, lomas, carreteras y otras situaciones similares que rompan con la continuidad geográfica de la playa.

Tampoco están comprendidos dentro de la zona de dominio restringido los terrenos de propiedad privada adquiridos legalmente a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, que se encuentran dentro de los 200 metros señalados en el párrafo anterior”.

Art. 3 Ley 26856, de Playas:

“Las zonas de dominio restringido serán dedicadas a playas públicas para el uso de la población. La adjudicación y/o construcción de inmuebles dentro de la zona de dominio restringido queda prohibida a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley. Solo por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y por el Ministro de Defensa se podrá desafectar áreas de la zona de dominio restringido o establecer las causales, condiciones y procedimientos de desafectación. Ninguna autoridad podrá, bajo responsabilidad, adjudicar terrenos o autorizar habilitaciones en la zona de dominio restringido que no hayan sido desafectadas”.

Art. 5 Ley 26856, de Playas:

“Ninguna Municipalidad o autoridad competente admitirá o autorizará proyectos de habilitación urbana, de construcción de balnearios, urbanizaciones o asociaciones colindantes a la playa o en terrenos ribereños y similares bajo el régimen de propiedad privada o pública, que se realicen en zona de dominio restringido o sin que en los mismos se contemple la vía libre de acceso establecida en los términos señalados en el artículo 4 de la presente ley. El funcionario que incumpla lo señalado en el párrafo anterior o que supervigile el cumplimiento de la habilitación del acceso, estará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles y penales que dispone la ley”.

Más recientemente, la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, se ha ocupado del tema en el art. 62, poniendo sobre el tapete la excepcionalidad por la cual se podría otorgar una concesión por parte de PROINVERSIÓN, y, en la misma medida, la autorización de uso por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas: *“Las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, así como los lagos, son bienes de uso público. Solamente por razones de seguridad nacional pueden ser objeto de concesión para otros usos”.*

El art. 14.2.a) de la Ley 29151, sobre desafectación del dominio público, indica que la SBN tiene la siguiente competencia compartida: *“Tramitar y aprobar la conversión de bienes de dominio público al dominio privado del Estado, por la pérdida de la naturaleza o condición apropiada para su uso o servicio público, sin perjuicio de la competencia de los gobiernos locales, para este efecto, asignada por normas especiales, luego de lo cual los bienes quedarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN”.*

⁸ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires 1979, T. II, p. 302.

⁹ El art. 66 de la Constitución señala que todos los recursos naturales -tierras, aguas, minas, bosques, etc.- son “patrimonio de la Nación”. ¿Constituye esta norma una excepción a la titularidad del Estado? Se ha sostenido que el art. 66 impide la propiedad privada en los recursos naturales -excepto en las tierras-, y que utilizando el eufemismo de la “Nación” (Estado-comunidad), en realidad se alude a que los recursos naturales son patrimonio del Estado como

dominio público se caracterizan por dos notas distintivas¹⁰: i)

Titularidad pública, ya sea del Estado, Regiones, Municipios, organismos autónomos, etc.; ii) Afectación Pública, esto es, destino a una finalidad pública que consiste en el uso público, servicio público, fomento de la riqueza nacional o recursos que sirven para los fines generales. El Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, define a los bienes de dominio público como: “Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley” (art. 2.2.a)

- ii. Bienes de dominio privado, que comprende aquellos en los que el Estado tiene una mayor disponibilidad por cuanto se trata de activos que no están afectados a fines públicos o generales. Si bien esta circunstancia la acerca a la propiedad privada, sin embargo, es claro que el dominio estatal siempre está interferido por normas de derecho público, por lo que no puede regularse solo por el Código Civil. El Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, los define como: “Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y

persona jurídica representativa de la Nación, por lo que en suma, los recursos naturales serían un tipo de dominio público, susceptible de aprovechamiento a través de títulos otorgados por el Estado, pero en los que no puede haber exclusivo beneficio privado: FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. “La concesión de aprovechamiento de los recursos renovables en el Derecho Peruano”, *Vox Iuris*, N° 8, USMP, Lima 1997, pp. 219-220.

¹⁰ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Teoría general de los bienes y las cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 676, Madrid, marzo-abril 2003, p. 1008.

respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos” (art. 2.2.c). No obstante, en la actualidad, los bienes de dominio privado, al igual que los de dominio público, son imprescriptibles.

El artículo 73 de la Constitución no define los bienes de dominio público, pero sí señala sus características de inalienabilidad (no pueden enajenarse) e imprescriptibilidad (los particulares no pueden adquirirlo por usucapición)¹¹. Es cierto que se omite la clásica característica de inembargabilidad, pero esta puede deducirse del hecho que no son enajenables, por lo que se excluye cualquier forma de pérdida del dominio, sea por acto voluntario o por ejecución forzada ante la falta de pago de una obligación.

2. Propiedad privada y Dominio público

En doctrina se discute sobre la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, esto es, si estamos en presencia de un derecho de propiedad de la entidad, o frente a una categoría jurídica propia del derecho público¹². En

¹¹ MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel. *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de Costas*, Editorial Civitas, Madrid 1992, p. 21.

¹² Sobre el particular, pueden citarse hasta tres teorías: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “Teoría general de los bienes y las cosas”, Op. Cit., pp. 1011-1012:

“a) La teoría tradicional es la francesa, patrocinada por HAURIUO, según la cual estamos ante un derecho de propiedad del ente público, aunque, dada la especial caracterización de los bienes demaniales, se trata de una propiedad especial. Pero no es simplemente soberanía, sino propiedad privada. El ente público ha de someter los bienes al uso preciso para los ciudadanos o incluso para que den fruto, conforme a las normas de la propiedad. Estos bienes de uso público están sujetos a licencias municipales como todas las propiedades del término, si se quiere construir sobre ellos, por ejemplo. Y además, pueden adquirirse por usucapición por darse el uso público durante el tiempo de la usucapición, lo que sólo se explica por la teoría de la propiedad.

b) La teoría alemana que mantienen actualmente otros autores, es la denominada ‘funcionalista’, según la cual, no hay aquí propiedad del ente público, sino una relación jurídica de potestad, que da lugar también a unos deberes específicos de mantener los bienes para que sirvan a un uso o servicio público. Esta misma posición es la que había mantenido PROUDHON, en 1833, considerando los bienes demaniales como *res nullius* y *res omnium communis*, por entender que el derecho de propiedad es incompatible con los fines del demanio, sin que se pueda hablar de relación de propiedad, sino de soberanía.

c) Actualmente, un sector de la doctrina alemana se ha inclinado por la tesis privatista del dominio o propiedad del ente público, que la ostenta como cualquier titular de la propiedad de un bien, con la especialidad de que tiene superpuesta una servidumbre pública o administrativa que determina la reducción de las facultades dominicales. Por ello, se ha podido hablar de una tesis dualista. De esta tesis se han hecho eco algunos administrativistas españoles como VILLAR PALASÍ y PAREJO ALFONSO.

esta polémica, nuestra posición se inclina decididamente por la segunda hipótesis. La propiedad privada mira el interés individual, permite la exclusión de los demás; es enajenable, embargable y prescriptible. Nada de esto ocurre con el dominio público, por lo que es obvio que se trata de una categoría jurídica distinta, pues la titularidad estatal de las cosas se encuentra completamente intervenida, y no solo armonizada, por la función pública que tales activos deben acometer en orden a los intereses generales¹³. En buena cuenta, la propiedad privada es derecho; mientras **el dominio público es deber**¹⁴.

Parece que puede ser admitida una tesis mixta comprensiva de las teorías del dominio y de la función pública. En los bienes de dominio público hay una titularidad de propiedad pública, que explica las facultades del ente público en cuanto a la posibilidad de aprovechamiento, utilización y frutos o rentas de tales bienes, así como la facultad de otorgar concesiones; y hay también un aspecto de función pública, que es compatible con el concepto de propiedad pública”.

Sin embargo, parece que el autor español no ha comprendido la tesis de Luciano Parejo Alfonso, que difícilmente puede catalogarse de privatista del dominio público, conforme puede verse en la subsiguiente nota a pie de página.

¹³ La profesora española Carmen Chinchilla dice: “el dominio público ni impone ni excluye el vínculo de la apropiación o pertenencia privativa, sino que es título de intervención, un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la Administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de un fin de interés público”: Cit. JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional”, Op. Cit., p. 101.

¹⁴ “Si los bienes demaniales fuesen una relación jurídica, debería encontrarse un sujeto de derecho al cual imputar esta relación, calificándola como deber jurídico o como derecho en relación a dicho sujeto. La propuesta de Maunz es considerar la cosa pública “desligada de sus representaciones materiales y concebida como una relación específica con la norma jurídica”. De esta forma, los bienes públicos dejan de ser cosas, en sentido material, para ser relaciones de derecho, en las que tienen una importancia sustancial el elemento teleológico o finalista, es decir, el fin al que dichos bienes están destinados. El dominio público dejará de ser, en este sentido, un conjunto de bienes (playas, ríos, montes, etc.) destinados o afectados a un determinado interés público, para ser precisamente ese interés público, ese destino o afectación, lo que constituye la esencia del dominio público. En esta construcción, el sujeto de dicha relación jurídica será el Estado, y la naturaleza física de los bienes dejará de ser un elemento indispensable para su calificación, pasando a serlo el destino público al que están adscritos. Todo el esquema se cierra así en plenitud de significado: la relación jurídica que entraña la cosa pública tiene como contenido la prestación de una actividad determinada por parte de un sujeto público (la Administración del Estado), a favor de otros sujetos, que normalmente serán los propios ciudadanos. En el núcleo de la construcción queda, por tanto, el destino o vinculación de la cosa a la satisfacción de un interés de carácter general”. Sobre esta base, podemos entrar a conocer la propuesta del Profesor Parejo, que como hemos señalado, parte de la original visión de Maunz. El autor afirma, en este sentido, que la “cosa pública consiste en la relación jurídica en sentido estricto, que nace en el momento en que la Administración se autovincula por acto propio a la creación y al mantenimiento de una determinada prestación, en aplicación del ordenamiento jurídico que lo prevé y regula así. Lo primero en la cosa pública es, en efecto, el deber jurídico que para la Administración competente surge del referido acto, pues la relación

La propiedad privada se basa en la idea de **disfrute individual**, exclusivo y excluyente, pero en el lado opuesto se encuentra en el disfrute comunitario de toda la sociedad, sin que pueda excluirse uno del otro, por lo que, podría identificarse con el régimen de los bienes de uso público, en el que la primacía la tiene el **bien común**. Es decir, la propiedad privada se basa en el disfrute individual, como paradigma, aunque obviamente se admite su coexistencia con el bien común; mientras el dominio público se funda casi principalmente en el bien común, pues tales activos buscan cumplir los fines de orden general que administra el Estado para el beneficio colectivo¹⁵, y no el disfrute individual.

En buena cuenta:

- Propiedad privada = derecho individual + función social
- Dominio público = función social

En tal contexto, es imposible que la cláusula de garantía constitucional de la propiedad (art. 70º) sea aplicada sin más al dominio público, como si fuesen instituciones idénticas; y ello por una razón muy simple: la propiedad privada busca asegurar un espacio de disfrute individual para la rentabilidad del propietario; mientras el dominio estatal pretende en exclusiva el logro de fines colectivos o generales. Esta diferencia de esencia origina que la propiedad privada se proteja mediante la cláusula de inviolabilidad, cuyo fin es asegurar la posición jurídica de los particulares con miras a proteger las inversiones, la seguridad económica, el esfuerzo

jurídica determinada por dicho deber es cabalmente la cosa pública”. En esta visión del dominio público subyace un concepto nuevo de lo que debe entenderse por propiedad estatal, de tal suerte que ya no se trata de atesorar el dominio del Estado sobre determinados bienes, sino de entender que dichos bienes obedecen a una finalidad pública a la cual se obliga el Estado como responsable de la persecución de los intereses concretos a los que tiende dicha relación. Se trata de una perspectiva mucho más favorable al administrado, en la que no se pone énfasis en lo que dichos bienes son en sí mismos, sino en lo que dichos bienes deben procurar a los ciudadanos (concretos o en su generalidad), es decir, en la función que debe cumplir el dominio público y que la Administración debe prestar como titular de dicha relación jurídica”: MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Francisco. “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del dominio público”, en SUPERINTENDENCIA DE BIENES NACIONALES. *Propiedad Estatal. Apuntes jurídicos y administrativos*, SBN, Lima 1998, pp. 25-26.

¹⁵ “En esta visión del dominio público subyace un concepto nuevo de lo que debe entenderse por propiedad estatal, de tal suerte que ya no se trata de atesorar el dominio del Estado sobre determinados bienes, sino de entender que dichos bienes obedecen a una finalidad pública a la cual se obliga el Estado como responsable de la persecución de los intereses concretos a los que tiende dicha relación. Se trata de una perspectiva mucho más favorable al administrado, en la que no se pone énfasis en lo que dichos bienes deben procurar a los ciudadanos (concretos o en su generalidad), es decir, en la función que debe cumplir el dominio público y que la administración debe prestar como titular de dicha relación jurídica”: *Ibíd.*, p. 26.

propio y la libertad patrimonial; mientras que el dominio estatal carece de esos fines. **El dominio público no es propiedad.**

Esta premisa genera conclusiones evidentes: el Estado no puede expropiarse a sí mismo, ni siquiera cuando se trate de cesiones entre entidades públicas diferentes, pues la indemnización presupone valorizar el disfrute individual del bien, pero si el dominio público no produce tal disfrute, pues todo él se encuentra subsumido por la funcionalidad social, entonces, ¿qué se indemnizaría? Por lo demás, las transferencias inter-órganos implican, no quitarle recursos a uno para dárselos a otro, sino principalmente la modificación de funciones respecto a los bienes involucrados.

Cuando el derecho no es de disfrute individual, como en el caso del dominio público, entonces queda excluida la idea misma de expropiación.

El dominio público normalmente tiene carácter indefinido, pero no puede decirse que sea inmutable. Por tal razón, si desaparecen las necesidades de interés público o de utilidad general que justificaron en su momento la condición demanial, esta puede ser revocada a través de la “desafectación”, que es un procedimiento administrativo que habilita al Estado, mediante acto unilateral basado en cuestiones jurídicas, sociales o económicas, para declarar la mutación en la condición de un bien estatal, que pasa de la calidad del dominio público al dominio privado¹⁶. Esta situación se presenta, generalmente, cuando el Estado tiene la intención de transferir el bien a los particulares, para cuyo caso se necesita el acto previo de “desafectación”.

3. Dominio público y registro

El dominio público no requiere inscribirse en el registro, pues la publicidad busca la protección de los terceros adquirentes de buena fe, pero, por propia definición, el dominio público está excluido del tráfico, por lo que no puede surgir un tercero. Por lo demás, en muchos casos, la titularidad estatal es notoria por la fuerza de los hechos, por lo que se innecesario un sistema de publicidad formal para anunciar tal situación jurídica (¿alguien duda que la calle o la plaza que tenemos al frente de nosotros sea un bien de dominio público? ¿o las playas?). Por tanto: “La condición demanial de un bien hace la publicidad registral innecesaria, pues la nota de demanialidad comporta la publicidad en sí misma. La zona marítimo

¹⁶ JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. *Compendio de Legislación. Propiedad Estatal*, Arial Editores, Lima 1999, p. 22.

terrestre o el patrimonio histórico-artístico, no necesitan de publicidad registral alguna porque participan de la publicidad superior de la Ley”¹⁷.

Sin embargo, podría ocurrir que un predio del dominio público se inscriba en el registro como propiedad privada. El profesor español Bartolomé Clavero ha señalado con toda razón que, en tal circunstancia, el predio mantendría su condición de dominio público, y ningún tercero podría invocar la buena fe, pues la publicidad demanial es superior a la patrimonial que pudiera surgir de la inscripción registral¹⁸. Nosotros agregamos algo más. La buena fe del tercero tampoco lo colocaría en situación de salvaguarda, pues el acto dispositivo sobre el dominio público es nulo por imposibilidad jurídica del objeto, en consecuencia, nunca se tendría un tercero ajeno al vicio del negocio jurídico. El art. 2014 CC no protege cuando el negocio del tercero también es nulo, y aquí no podría salvarse esta circunstancia, por más transferencias sucesivas que se produzcan, pues la patología del objeto siempre perseguiría a todos los actos que se celebren.

4. Tutela estatal de los bienes públicos

Los bienes estatales se encuentran regulados por la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA; la Ley N° 27783, de Bases de la Descentralización, Ley N° 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades; Decreto Supremo N° 009-99-MTC, Reglamento de Formalización de la Propiedad aprobado por Decreto Supremo N° 013-99-MTC, Reglamento de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA; y el complejo normativo de regularización y saneamiento de bienes estatales por las propias entidades (Leyes N° 26512 y 27493, Decreto de Urgencia N° 071-2001, Decretos Supremos N° 130 y 136-2001-EF), entre otras muchas normas.

La Ley 29151 crea el Sistema Nacional de Bienes Estatales, como el conjunto de organismos, garantías y normas que regulan, de manera integral y coherente, los bienes estatales, en sus niveles de gobierno nacional, regional y local, a fin de lograr una administración ordenada,

¹⁷ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Civitas, Madrid 1984, p. 85.

¹⁸ Cit. JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional”, Op. Cit., pp. 102-103.

simplificada y eficiente, teniendo a la Superintendencia de Bienes Estatales – SBN como ente rector (art. 5). Sus finalidades son: contribuir al desarrollo del país promoviendo el saneamiento de la propiedad estatal, para incentivar la inversión pública y privada, procurando una eficiente gestión del portafolio mobiliario e inmobiliario del Estado; y ordenar, integrar y simplificar los procedimientos de adquisición, administración, disposición, registro y supervisión de los bienes estatales a nivel de Gobierno Nacional, regional y local para lograr una gestión eficiente (art. 6). Las garantías del Sistema son: primacía de las disposiciones de esta ley, así como las reglamentarias o complementarias, en relación con otras que puedan dictarse; la permanencia del dominio del Estado sobre los bienes inmuebles cuyas competencias han sido transferidas a las entidades que conforman el Sistema; la supervisión permanente, a cargo del ente rector, de los actos de adquisición, administración y disposición de las entidades; el principio de onerosidad de todo acto de disposición de dominio a favor de particulares, con la referencia del valor comercial y según los procedimientos legales vigentes; el principio de primacía de la venta en subasta pública de los bienes de dominio privado, y de manera excepcional la venta directa; la transparencia de los procedimientos de adquisición, administración y disposición de los bienes estatales, los que se encuentran sujetos a la facultad de fiscalización ciudadana (art. 7).

Las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienes Estatales son: la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN, como ente rector; el Gobierno Nacional integrado por el Poder Ejecutivo, que incluye ministerios y organismos públicos descentralizados, el Poder Legislativo y el Poder Judicial; los organismos públicos autónomos; las entidades, organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas legalmente otorgadas; los Gobiernos Regionales; los Gobiernos Locales y sus empresas; las empresas estatales de derecho público, con exclusión de las empresas estatales de derecho privado” (art. 8).

Los actos que ejecuten los gobiernos regionales, respecto de los bienes bajo su dominio, se rigen por lo dispuesto en la Ley N° 27867 y su reglamento, pero quedan obligados a brindar información a la SBN. En caso de administrar bienes del Estado, luego de la transferencia de competencias (por ejemplo: adjudicación de tierras eriazas), se rige por las Leyes N° 27783 y 27867. Los actos de los gobiernos locales se rigen por la Ley N° 27972, sin perjuicio de la información a la SBN, sin embargo, en el caso de bienes de dominio público bajo administración local, la SBN deberá efectuar las labores de supervisión y de registro. Las Universidades

se rigen por la Ley N° 23733, Ley Universitaria, respecto de sus bienes, con la obligación de información a la SBN. Los bienes del Sector Defensa se rigen por la Ley N° 29006, así como por las disposiciones de carácter especial, tales como los Decretos Supremos N° 021-2007-DE-SG, reglamento de la ley, y 032-DE/SG, reglamento de administración de la propiedad inmueble del Sector Defensa (art. 9). Los actos que realizan las empresas estatales de derecho público y las empresas municipales, respecto de los bienes bajo su dominio, se regulan por sus leyes de creación y demás normas legales de la materia, sin perjuicio de remitir información a la SBN (art. 10)¹⁹.

5. Condición jurídica del agua: bien de dominio público

Un sub-grupo importante de los bienes de dominio público son los de “uso público”, cuya particularidad es que permiten el aprovechamiento común o generalizado, en consecuencia, sobre ellos no puede existir un uso excluyente ni apropiación de los particulares. Es la traducción moderna de la vieja categoría romana de las *res omnium communis* (cosas de todos), que en la actualidad incluye, sin dudas, al **agua**, pues todos tienen derecho a ella, por lo que se ha convertido en derecho humano, en cuanto nadie puede ostentar derechos privados de exclusividad.

En tal sentido:

“El agua es un bien natural, que se caracteriza por su gran movilidad y por su presencia en todos los elementos de la naturaleza. Es un elemento que no puede ser totalmente destruido, e independientemente de cuál sea su uso, siempre será restituido de una forma o de otra al medio acuático. Esta movilidad impide toda apropiación real y permanente. Esta observación nos permite clasificar al agua bajo la categoría de cosas comunes. Los seres humanos, con toda la ciencia y tecnología que han desarrollado, no pueden ejercer el dominio exclusivo y absoluto, porque su producción y autorregeneración se nos escapa por completo. Por ello, sea cual sea el sistema aplicable al agua, el hombre siempre ha tenido conciencia de que el agua pertenece a todos, porque es un elemento que ordena la vida y tiene el carácter de un bien que se renueva sin cesar, por tanto, no puede ser la propiedad de uno solo. La imposibilidad de la apropiación se debe a sus

¹⁹ Sobre el deber de información, reiteradamente señalado en el caso de diversas entidades, el art. 12 de la Ley 29151 señala: “Las entidades públicas que integran el Sistema Nacional de Bienes Estatales deben remitir a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN la documentación sustentatoria de los actos vinculados a los bienes estatales sobre los que ejercen algún derecho o se encuentran bajo su administración, a partir de la fecha de expedición de la resolución aprobatoria, suscripción del contrato o inscripción del acto, según sea el caso, y conforme a los plazos y condiciones que se establezcan en el reglamento de la presente ley, bajo responsabilidad del titular de la entidad pública correspondiente”.

características físicas y su papel indispensable en la vida y desarrollo de la vida humana. Solo la calificación jurídica de cosa común toma en cuenta la naturaleza de la misma, aunque algunos juristas afirmen que esa naturaleza jurídica es consecuencia de la falta de protección del agua, y postulan que el régimen de las libertades ligado con el estatus de la cosa común constituye la legitimación de los abusos. Pero el problema no es su naturaleza jurídica, sino los intereses sectoriales –agroindustria, industria contaminante-contradictorios a la preservación de este recurso. Empero, esta argumentación no es válida, porque como usuarios de un bien común no tenemos la total libertad de hacer lo que queramos sobre el recurso. El agua es una *res communis*, y no una *res nullius*. Al ser común, un recurso solo puede ser sometido a un derecho de uso que no lo agote y que deje intacto el derecho de uso a los demás usuarios, además de que tiene un valor económico y ambiental innegable”²⁰.

El sistema jurídico peruano ratifica que el agua es bien de dominio público, en la modalidad de uso público, conforme lo establece el art. 2° de la Ley N° 29338, de Recursos Hídricos (LRH): *“El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”*.

El carácter demanial del agua cuenta con una **forma especial de tutela**, en tanto presenta la característica de **permanencia absoluta**, que excluye la propiedad privada, es decir, no puede ser objeto de desafectación para efecto de privatizarla, bajo ninguna circunstancia, salvo cambio constitucional. Por el contrario, el dominio público ordinario, en determinadas casos, y luego del procedimiento legal, puede trasladarse al sector privado. Esta alternativa no existe en el caso del agua, como tampoco en las minas, por ejemplo.

6. Condición jurídica del agua: recurso natural

Los recursos naturales son bienes de disfrute por el ser humano, en tanto los necesita para su subsistencia y desarrollo económico, sin embargo, su importancia estratégica, vital o ecológica impide que sea privatizado a favor de los particulares, por lo que se le concede una titularidad pública,

²⁰ TRUJILLO SEGURA, Julio. “Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua: res communis”, en RABASA, Emilio y ARRIAGA GARCÍA, Carol B. (Coords.). *Agua. Aspectos Constitucionales*, Editorial Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, México 2011, pp. 163-164.

sea del Estado, del Pueblo o de la Nación, como en el caso peruano (art. 66 Const.)²¹.

En buena cuenta, mientras los bienes de dominio público, en cuanto lo permitan, son de uso público, esto es, su finalidad se cumple con el servicio que le presta a los particulares en forma personal y generalizada, como ocurre, por ejemplo, con las playas o parques, por lo que, en ellos no puede realizarse actividad económica o empresarial, en línea de principio; en cambio, el recurso natural es un bien esencialmente de disfrute, de aprovechamiento económico, que no solo sirve para el uso personal, sino que también da lugar a la apropiación de frutos, productos o utilidades mediante actos lucrativos o de empresa.

Los recursos naturales cuentan con un régimen jurídico similar al del dominio público, es decir, gozan de una tutela reforzada con el objetivo de potenciar su defensa frente a terceros; sin embargo, su carácter esencialmente económico, permite que los titulares de derechos legítimos (licencias, permisos, autorizaciones) puedan realizar actos de aprovechamiento sostenible del recurso, e, incluso, apropiarse de las partes, frutos o productos nacidos de la explotación legal. El art. 1° LRH establece que: *“El agua es recurso natural, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación”*; concordante con el art. 3° LRH: *“Declárese de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones”*.

También son recursos naturales los bosques²², minas²³, tierras²⁴ y áreas naturales protegidas²⁵, entre otros.

²¹ Art. 66 Constitución, y su respectiva norma de desarrollo constitucional, Ley 26821, Orgánica del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

²² Ley N° 29763, Forestal y de Fauna Silvestre. Las tierras forestales son de dominio público, pero pueden ser aprovechadas por particulares a través de concesiones, sin embargo, es posible que los predios sean de propiedad privada, aunque de uso boscoso, pero incluso en ese caso, se encuentran fuertemente interferidas por los deberes de conservación del bosque y de reposición del material arbóreo. Por su parte, es curioso que el Perú sea un país que tiene un alto porcentaje de sus tierras cubiertas por bosques, sin embargo, no existe una sola monografía escrita sobre este importante tema. No es caso único, como se denuncia también en la doctrina civilista española LUNA SERRANO, Agustín. “Reflexiones sobre el derecho forestal”, en BELLO

JANEIRO, Domingo (Dr.). *Política Legislativa Forestal*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 1997, p. 165.

²³ La Ley General de Minería fue aprobada por el Decreto Legislativo 109 (año 1981), y una década después se aprobó el Decreto Legislativo 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero (año 1991), por lo que fue necesario refundir ambas normas en un Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM.

²⁴ La Constitución de 1979 estableció que los recursos naturales, entre ellos, las aguas, minas y tierras son patrimonio de la Nación, razón por la que el Decreto Legislativo 653 señaló que las tierras eriazas, sin excepción, le pertenecen efectivamente al Estado, pues se trata de la organización jurídica de la Nación (art. 23, reglamentado por el art. 32 del Decreto Supremo N° 048-91-AG). La Constitución de 1993 ratificó el mismo criterio, pues señala que las tierras pertenecen a la Nación. En buena cuenta, si los recursos naturales son de dominio público, entonces lo propio ocurre con los eriazos, que, por reiteradas disposiciones legales, han ingresado al dominio de la Nación, esto es, a favor de todos las personas conformantes del pueblo peruano. Por su parte, la titularidad de los eriazos ha sido flexibilizada por el art. 9 del Decreto Supremo N° 011-97-AG, Reglamento de la Ley 26505, por virtud de la cual, las tierras en esta condición, con aptitud agropecuaria, son de dominio del Estado, **salvo aquellos sobre los que exista título de propiedad privada o comunal**. En realidad, esta atingencia es obvia, pues la Constitución protege la propiedad (art. 70), sin embargo, esta protección se descarta si la tierra eriaza ha revertido al Estado por efecto del abandono sancionado por las Leyes 11061, 14197, 17716, 18460, 19462, 19955, 19959.

²⁵ La Ley N° 26834, de Áreas Naturales Protegidas y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, las definen como los espacios continentales o marinos del territorio nacional, reconocidos, establecidos y protegidos por el Estado, por su importancia para la conservación de la biodiversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. Adicionalmente, la quinta disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N° 28611, General del Ambiente, dispuso que la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) implemente un registro de áreas naturales protegidas y que establezca la normatividad correspondiente, lo que se ha cumplido, **defectuosamente**, con la Directiva N° 01-2012-SUNARP/SA, aprobada por Resolución N° 028-2012-SUNARP/SA.

Este registro solo tiene categoría de administrativo, y no jurídico, como pareciera creerlo erróneamente la entidad registral, pues la existencia del área natural protegida, y las consecuencias de ello, provienen de su norma jurídica de creación, por lo que la publicidad del registro solo es referencial o “noticia”. En tal virtud, la autoridad nacional de áreas protegidas dictó la Resolución Presidencial N° 217-2009-SERNAP, por la cual se señaló que las limitaciones o cargas ambientales establecidas por la ley de la materia, no necesitan inscribirse para su oponibilidad a los propietarios privados de predios ubicados en el área protegida. **Esta es la tesis correcta.**

Otras normas pertinentes en este tema son: Ley 26839, sobre conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica; Decreto Legislativo N° 1013, que crea el SERNAP como ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas; Decreto Supremo N° 018-2009-MINAM, reglamento de uso turístico en áreas naturales protegidas; Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM, que establece disposiciones para la elaboración de los planes maestros de las Áreas Naturales Protegidas; Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, que establece la obligación de las entidades de nivel nacional, regional o local de solicitar opinión técnica previa vinculante al SERNAP, en las actividades orientadas al aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructuras que se realicen dentro de las Áreas Protegidas; y,

En el caso de las minas, normalmente no hay declaración específica de dominio público, sin embargo, el Estado resulta investido de poderes especiales que le permiten disponer de los yacimientos con miras en el interés general²⁶. En tal sentido, el carácter de imprescriptible e inalienable (art. 66 Const.), conlleva que el dominio minero sea subsumido en el dominio público²⁷, pero con la particularidad de permitir la explotación

Resolución Presidencial N° 144-2010-SERNAP, que establece disposiciones complementarias para el reconocimiento de las Áreas de Conservación Privada.

²⁶ LEGOUX, Pierre. “Introducción a la segunda edición”, reproducida en la 6° edición de la obra de: BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, Editorial Grijley, Lima 1996, pp. 12-13.

²⁷ Por su parte, el profesor francés Legoux aclara, acertadamente, que la soberanía estatal de las minas no necesariamente coincide con la tesis “dominial”, pues el Estado puede ser soberano de las minas, como lo es de las tierras, por lo que cuenta con las potestades de imponer limitaciones, cargas o tributos y ejerce jurisdicción, pero eso no impide que pudiese reconocer la propiedad privada, como ocurre en el derecho comparado, pero no en nuestro país. En el caso de reconocer el sistema de “dominio eminente”, entonces cabe otorgar derechos de propiedad sobre las minas. Así, se explica en el siguiente párrafo: “En tanto, la propiedad minera pertenece exclusiva y absolutamente al sujeto que la adquirió por concesión legal minera o por otro medio a partir de aquella, y el Estado solo tiene un poder de legislación, jurisdicción y contribución al que denomina *dominio originario* (sic); el Estado no puede justificar el establecimiento de regalías mineras en la compensación por el agotamiento de sustancias que no son de su propiedad”: ISOLA, Ana Graciela y PALAVECINO, Federico. *Temas Actuales de Derecho Minero*, Editorial Universidad, Buenos Aires 2000, p. 119. El dominio eminente o virtual, implica que el Estado retiene esa condición en todo momento, aun cuando se haya otorgado una concesión: MARTÍNEZ, Víctor H. *Derechos reales en minería*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1982, p. 7, por lo que el propietario privado se encuentra sometido a una especie de tutela estatal, por lo cual el dueño de la mina debe pagar una suma por regalía o canon, y se encuentra sometido a especiales condiciones jurídicas para conservar el derecho; por lo que se trata de una prerrogativa sujeta a reversión.

En el Derecho comparado se reconocen a grandes rasgos cuatro sistemas del dominio minero: a) accesión, por el cual la mina le corresponde al dueño del suelo; b) ocupación, por el cual la mina es res nullius que se obtiene con el descubrimiento y trabajo; c) regalista, por cuya virtud las minas corresponden al Estado con carácter patrimonial; d) libertad de minas, por el cual el Estado es titular eminente de los yacimientos, que puede transferir en propiedad a los particulares que cumplan los requisitos exigidos por la ley. El sistema de la accesión no es aceptable, pues el valor económico de la mina es notoriamente superior al del predio superficial, por lo que en ningún caso se trata de un accesorio. Tampoco es admisible el sistema de ocupación, pues un recurso de tanta importancia para el desarrollo nacional no pertenecería a nadie y quedaría sujeto a los interminables pleitos de los particulares. El sistema regalista no puede aceptarse, pues presupone que el Estado es titular patrimonial de la mina, casi como una propiedad privada de la que puede disponer. El sistema denominado de “libertad de minas” se emparenta con el dominio eminente o virtual del Estado, pues resulta una emanación de su soberanía: LIRA OVALLE, Samuel. *Curso de Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992, pp. 35-40.

El sistema peruano no responde, en puridad, a ninguno de los mencionados, pues las minas le pertenecen a la Nación, y no son susceptibles de propiedad privada, pero se otorgan en

económica mediante los títulos de concesión, y, con ello, apropiarse de los productos.

Por tanto, el carácter de función social, sin apropiación individual, que caracteriza a los bienes de dominio público, se relaja o mediatiza en el caso de los recursos naturales, pues su base ontológica de aprovechamiento, permite la apropiación de frutos y productos, pero no del recurso mismo.

7. Régimen jurídico del agua

Sobre el particular, cabe recordar que el Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas, del 24 de julio de 1969, declaró que todas las aguas, cualquiera sea su estado físico, incluyendo sus cauces y álveos, le pertenecen al Estado. Tuvo la particularidad de otorgarle el carácter de bienes inalienables, y canceló todos los derechos adquiridos con anterioridad. Esta norma fue finalmente derogada por la vigente LRH. El dominio público hidráulico se compone de las aguas y los bienes naturales asociados al agua. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de tales bienes debe ser autorizada previamente por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario y las referentes a la navegación (art. 7).

El concepto de “agua” comprende lo siguiente: ríos y afluentes, desde su origen natural; la que discurre por cauces artificiales; la acumulada en forma natural o artificial; la que se encuentre en ensenadas y esteros; la que se encuentra en los humedales y manglares; manantiales; la de los nevados y glaciares; la residual; la subterránea; la de origen minero medicinal; la geotermal y la proveniente de la desalación (art. 5). Por su parte, los bienes naturales asociados al agua son: la extensión comprendida entre la baja y la alta marea, más una franja paralela a la línea de la alta marea en la extensión que determine la autoridad competente; los cauces o álveos, lechos y riberas de los cuerpos de agua, incluyendo las playas, barriales, restingas y bajiales, en el caso de la amazonia, así como la vegetación de protección; los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces; las áreas ocupadas por los nevados y los glaciares; los estratos o depósitos por donde corre o se encuentra el agua subterránea; las islas existentes y las que se formen en los mares, lagos, lagunas o esteros o en los ríos, siempre que no procedan de una bifurcación del curso del agua al cruzar las tierras de particulares; los terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas y otros cursos y embalses de

concesión para su explotación. Tiene alguna analogía con la tesis del dominio eminente, pero se diferencia grandemente en el hecho de que el Estado no puede constituir propiedad sobre las minas.

agua; la vegetación ribereña y de las cabeceras de cuenca; las fajas marginales a que se refiere esta ley; y otros que señale la ley (art. 6.1). Los bienes artificiales asociados para el uso del agua, solo son propiedad del Estado cuando se hubiesen ejecutado con fondos públicos (arts. 6.2 y 8).

La ley reconoce que el agua puede ser objeto de uso primario, poblacional o productivo (art. 35). En este último caso tenemos los siguientes usos: agrario: pecuario y agrícola, acuícola y pesquero, energético, industrial, medicinal, minero, recreativo, turístico, de transporte y para usos no previstos (art. 43); en caso de concurrencia de dos o más solicitudes, la prioridad de uso se encuentra establecido en los arts. 35 y 43 (art. 55). Los derechos sobre el agua pueden ser: licencia de uso, permiso de uso, autorización de uso (art. 45). Las características de la licencia de agua son las siguientes: otorgar a su titular facultades para usar y registrar una dotación anual de agua expresada en metros cúbicos, extraída de una fuente, pudiendo ejercer las acciones legales para su defensa; se extingue por las causales previstas en la ley; su plazo es indeterminado mientras subsista la actividad para la que fue otorgada; atribuye al titular la potestad de efectuar directamente o en coparticipación, según el caso, inversiones en tratamiento, transformación y reutilización para el uso otorgado, en tal caso, el agua excedente se entrega a la Autoridad Nacional para su distribución; faculta a ejercer las servidumbres previstas en esta ley y de acuerdo con las actividades y tipo del uso de agua que realice el titular; es inherente al objeto al cual fue otorgado; las licencias de uso no son transferibles, por lo que si el titular no desea continuar con su uso, entonces debe revertirla al Estado, a través de la autoridad nacional (art. 50).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos fue aprobado por el Decreto Supremo N° 01-2010-AG.

8. Tutela estatal del agua

El art. III-11 título preliminar LRH establece que: *“El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre: líquido, sólido o gaseoso, y en cualquier etapa del ciclo hidrológico”*, para lo cual se crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA), que, entre sus múltiples funciones, cumple la siguiente: *“ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes naturales del agua, de los bienes naturales asociados a estas y de la infraestructura hidráulica, ejerciendo para tal efecto, la facultad sancionadora y coactiva”* (art. 15°, inciso 12, LRH). El ANA, con opinión del Consejo de Cuenca, vela por la

protección y conservación del agua, fuentes, ecosistemas y bienes asociados a esta (art. 75 LRH); además, controla, supervisa, fiscaliza el cumplimiento de las normas de calidad ambiental del agua (art. 76 LRH).

La función protectora y fiscalizadora del agua se ejerce en todo caso, sin excepción, incluso con los derechos de comunidades campesinas, nativas y pueblos originarios, para el uso de las aguas existentes o las que discurren en sus tierras, para cualquiera de los fines previstos en la ley (art. 64 LRH). Por tanto, una cosa son los derechos de aprovechamiento del agua, que le corresponden ancestralmente a las comunidades, con carácter imprescriptible y prevalente; pero otra, distinta, son la función protectora, que siempre le corresponde al ANA.

Conclusiones

La propiedad privada se basa en la ideal del disfrute individual, como paradigma, aunque con la lógica coexistencia con el bien común; mientras el dominio público se funda casi principalmente en el bien común, pues tales activos buscan cumplir los fines de orden general que administra el Estado para el beneficio colectivo, y no el disfrute individual. Sin embargo, el carácter de función social, sin apropiación individual, que caracteriza a los bienes de dominio público, se relaja o mediatiza en el caso de los recursos naturales, pues su carácter esencial de bien de disfrute, tanto para fines vitales, productivos y de desarrollo económico, entonces autoriza la apropiación de frutos y productos, pero no del recurso mismo, que, por su situación estratégica para la economía, medio ambiente o fin social, impide su privatización a particulares.

Los recursos naturales cuentan con un régimen jurídico similar al del dominio público, es decir, gozan de una tutela reforzada con el objetivo de potenciar su defensa frente a terceros; sin embargo, su carácter esencialmente económico, permite que los titulares de derechos legítimos (licencias, permisos, autorizaciones), puedan realizar actos de aprovechamiento sostenible del recurso, e, incluso, apropiarse de las partes, frutos o productos nacidos de la explotación legal.

El agua es recurso natural, de importancia decisiva para la vida y la economía, excluido de la propiedad privada, pero no del disfrute individual mediante los títulos habilitantes legítimos que otorga el Estado. El régimen jurídico del agua se identifica con el del dominio público, con el fin de reforzar su protección y defensa.