

Suelo y subsuelo o contrasuelazo: DESCIFRANDO EL MISTERIO DEL CAPITAL

A diferencia de nuestro país, en los Estados Unidos el propietario del subsuelo y lo que se encuentre en él es el mismo propietario del suelo, es decir pueden ser propietarios de los recursos naturales no renovables como el gas, el petróleo, la minería.

ESCRIBE MANUEL PULGAR-VIDAL

“Soy Bobby una indígena de Alaska. Gerencio una compañía de dos mil trescientos millones de dólares. Hasta conseguir derechos de propiedad para controlar nuestros recursos y empresa para organizarlos, nuestras comunidades esquimales eran pobres”.

Esta frase que encabeza la abundante publicidad emitida en torno al documental “El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos” del Instituto Libertad y Democracia, intenta convencer que “sólo es posible generar riqueza en las comunidades a través de la asignación de derechos de propiedad sobre los recursos naturales”. Si a ello se agrega en el caso de Bobby la empresa que gerencia es una empresa colectiva de hidrocarburos, la idea fuerza incluye que “la propiedad del suelo debe extenderse al subsuelo”.

¿Pero acaso es así de sencillo? La asignación de derechos de propiedad y la asociación de derechos sobre la superficie y subsuelo es más compleja de lo que se piensa. A fin de que las decisiones que se adopten sean equitativas, ambientalmente adecuadas y sostenibles, es preciso entender esa complejidad. Veamos como es en los Estados Unidos, y como, en Alaska, para descubrir lo que ese “misterio del capital” esconde.

SUELO Y SUBSUELO EN LOS ESTADOS UNIDOS: SITUACIÓN COMPLEJA

A diferencia de lo que ocurre en el Perú, donde el titular del derecho sobre la superficie no cuenta con derechos sobre los recursos del subsuelo, en los Estados Unidos los propietarios de la superficie son, inicialmente, propietarios de los recursos minerales e hidrocarburos que estén en el subsuelo.



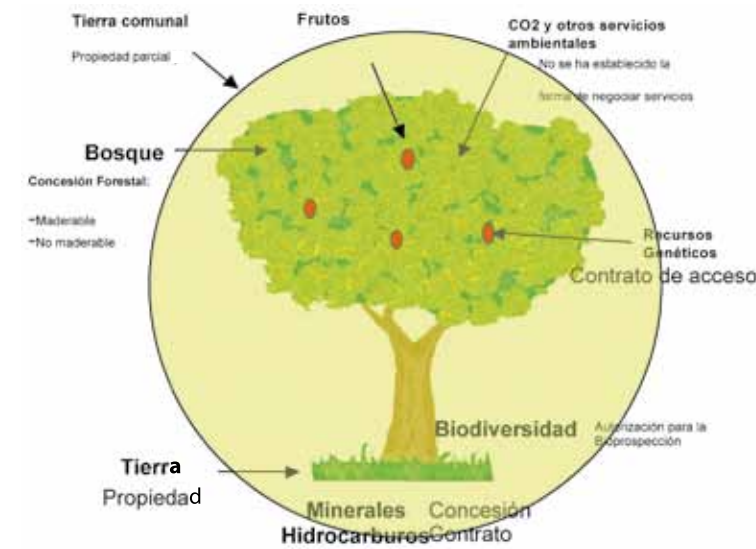
La propiedad del suelo para extenderse al subsuelo, no es tan sencillo, la asignación de derechos de propiedad y la asociación de derechos sobre la superficie y subsuelo es muy compleja.

Este tipo de propiedad, con derechos sobre la superficie y sobre el subsuelo, se denomina “Fee simple estate” o en español “propiedad absoluta de un inmueble”. Es la forma más básica de la propiedad. El propietario tiene además la libertad de vender, arrendar, donar estos derechos, juntos o por separado. Esto es lo que parece promover “El Misterio del Capital” y visto así pareciera ser un mecanismo mayormente generador de beneficios. La realidad, lamentablemente, no es tan sencilla.

Antes de la época de la explotación minera y petrolera, las transacciones en los Estados Unidos solían ser sobre la propiedad absoluta. Pero con el boom petrolero y minero las transacciones se volvieron más complejas, al punto que hoy existen en EEUU muchos propietarios parciales en una misma área, es decir que sólo tienen derecho sobre el subsuelo o sobre de la superficie, pero no sobre ambos. Adicionalmente hay terrenos públicos sobre los cuales puede desarrollarse

actividad minera, lo que genera otros problemas, por ejemplo, el caso de actividad minera que se está llevando a cabo, o pretende llevarse, en territorios que son parques nacionales.

¿Cómo se ha llegado a esta situación? Es claro que tener el derecho de la superficie y su extensión al subsuelo no implica contar con el capital o la capacidad técnica y financiera para invertir en la explotación de sus recursos. Ante esto, se da la situación de personas o empresas que buscan



comprar el derecho del subsuelo con fines especulativos o para inversión sin fecha segura. Y, a la vez, hay casos de inversionistas que desean operar pero no tienen seguridad de la rentabilidad del yacimiento. Ello ha generado una serie de mecanismos de contratación complejos, que en algunos casos beneficia a los dueños del territorio, pero en otros les perjudica, sea por acuerdos poco justos, sea por no haberse establecido con claridad las responsabilidades por los impactos ambientales que se genera a la superficie.

DERECHO SOBRE LAS TIERRAS

Predomina hoy en Estados Unidos, resultado de tantas transferencias por separado, la situación denominada “Split estate” o “Severed estate land” (tenencia por varias personas), en la cual el titular del derecho de superficie es distinto al titular del derecho a los recursos del subsuelo. Y ocurre también que cuando alguien compra un terreno no puede saber con certeza si otros poseen los minerales de su subsuelo, dado que los propietarios de éstos no están obligados de informar si los derechos han sido separados.

Volviendo a “El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos”, el video muestra la situación de una población indígena de Alaska, sin precisar que en ese Estado rige una ley dictada en 1971, exclusivamente para dicha región, en respuesta a los continuos reclamos de las poblaciones aborígenes por sus derechos sobre la tierra. Mediante esta ley, la Alaska Native Claims Settlement Act (ANCSA), se atendió dichos reclamos otorgando derechos a través de corporaciones regionales nativas. Esa ley no es aplicable en otros estados de los EEUU.

Tampoco hace referencia el “Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos” a la Ley General de Asignación (General Allotment Act,) también denominada Dawes Act, que se dictó en 1887 para permitir la parcelación de la tierra de las reservas indígenas a favor de los miembros individuales de las tribus. Más bien, De Soto plantea una propuesta similar a la Dawes Act para supuestamente favorecer el desarrollo de las comunidades. No informa empero que por los límites impuestos, la Ley de Asignación llevó a las que las Reservas perdieran casi dos tercios de su tierra original, la misma que fue asignada a colonos no indígenas. Parte de esa tierra terminó en manos del Estado americano, ya que la ley otorgó al gobierno federal poder discrecional para decidir la tierra que debía ser asignada y la que se consideraba excedente. Como resultado, muchos indígenas americanos recibieron tierras áridas en pequeña extensión y sus prácticas tradicionales fueron trastocadas significativamente.

Para 1934, el 80% de la tierra que en 1887 pertenecía a las poblaciones indígenas se había distribuido a colonos no indígenas o había sido convertida en tierra pública. Ante tal despojo, se hizo necesario prohibir nuevas asignaciones y autorizar al Departamento del Interior a restablecer la propiedad tribal sobre la tierra excedente y a adquirir tierra en nombre de las tribus (Ley de Reorganización Indígena (Indian Reorganization Act, 1934). Pese a ello, en 1990, apenas 54% de las personas que residían en tierras de reservas eran indígenas: este despojo es el misterio no revelado en el “Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos”. ■

● Suelo y subsuelo en el Perú

En la campaña presidencial de 2006, el entonces candidato Humala reclamaba el retorno al texto constitucional de 1979, creyendo que permitiría al Estado convertirse en propietario de los recursos naturales extraídos, ya que, a su entender, el Estado ya era propietario de los recursos naturales en estado natural. Estaba equivocado: ni la Constitución de 1979, ni la de 1993, reconocían al Estado Peruano como propietario de los recursos naturales no extraídos (o en estado natural). Si ello hubiera sido así, habría podido disponer de ellos, transferirlos a través de ventas a privados, ya que el atributo de disponer es esencial al derecho de un propietario.

El Dr. Avendaño Valdez ha señalado claramente que el derecho del Estado sobre los recursos naturales – denominado “dominio eminential”- faculta al Estado a delegar ciertos derechos a los particulares pero no a desprenderse del dominio. Es decir, puede conceder algunas facultades a los particulares, por ejemplo, permitirles la explotación de los recursos, pero siempre mantiene un dominio latente. Esto es expresamente reconocido en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales de 1997 y explica por qué sobre los recursos naturales el Estado otorga derechos tales como concesión, permiso, autorización y licencia que en ningún caso implican un desprendimiento del dominio latente. Hay sin embargo una excepción en el propio tratamiento constitucional: los derechos sobre el suelo o sobre la tierra, en los que el derecho de propiedad es expresamente reconocido. Esta excepción explica la trampa que inicialmente incorporaron los Decretos Legislativos 1090 y 1064 que regulaban la materia forestal y la tierra agraria respectivamente. En el texto original del 1090 se retiró del Patrimonio Forestal a la tierra de aptitud forestal productiva y se la trasladó al tratamiento de tierra agraria, lo que permitiría dar derechos de propiedad sobre bosques supuestamente deforestados; la desconfianza de los grupos indígenas tenía mucho sustento!

En suma, la diversidad de recursos y de derechos que se pueden otorgar en un área determinada de terreno, genera una situación compleja. El gráfico muestra con claridad como en un área puede haber derechos de distinta naturaleza sobre la tierra, el bosque, los frutos, los recursos genéticos, los servicios ambientales, los recursos del subsuelo, etc.

● La opción por la propiedad privada o el dominio del Estado

El debate sobre el dominio de los recursos naturales por parte del Estado o la propiedad privada sobre ellos suelen llevar los argumentos a los límites de la polarización y el desentendimiento. Los que defienden la propiedad privada sobre los recursos naturales en su fuente, sostienen que el Estado es ineficiente y que ha demostrado incapacidad y carencia de recursos humanos, financieros y técnicos para un manejo adecuado y para generar rentabilidad. Los que cuestionan la propiedad privada de los recursos naturales en su fuente plantean que el privado buscará maximizar su beneficio y por ello deteriorará el recurso.

Ambos argumentos son falaces, porque el dominio del Estado sobre los recursos naturales no implica que el Estado deba a su vez ser un Estado empresario. Los mejores ejemplos de ello se dan en el Perú, en primer lugar con el principio de subsidiariedad que limita al propio Estado a desarrollar actividades económicas y con la minería, que sin tener derechos de propiedad sobre los recursos del subsuelo tiene altísimos niveles de inversión. A su vez el argumento que cuestiona el rol del propietario no reconoce que la propiedad privada tiene límites: los que se imponen por razón de interés público y seguridad nacional. Incluso el Tribunal Constitucional ha empezado a reconocer, como lo hace la Constitución Colombiana, que a la propiedad le corresponde una función ecológica.

Para definir el mejor régimen para el dominio de los recursos naturales en su fuente debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de los recursos naturales como Patrimonio de la Nación obliga al Estado a establecer condiciones para su aprovechamiento sostenible, en beneficio de la Nación. Los retos son, entonces: convertir estas condiciones en exigibles; definir los procedimientos para sancionar a los infractores y contar con mecanismos jurídicos para privar al particular que no cumple con estas condiciones. El sistema, además, debe asegurar la mayor equidad en la distribución de beneficios que la actividad genere. Es justamente en aras de esto que en muchos países latinoamericanos y del mundo, se ha optado por la figura del dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales en su fuente, otorgándose derechos de propiedad sobre los frutos obtenidos como resultado de un título o derecho legítimamente otorgado.