

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (Ed.)



Zaragoza, 2018

MONOGRAFÍAS DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

XVII

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (Ed.)

EL PATRIMONIO NATURAL EN EUROPA Y LATINOAMÉRICA

Zaragoza, 2018



REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales**. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.
PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...
6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES
La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

Suscripciones: Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z 730-1993

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i>	7
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Presentación</i>	9
EL PATRIMONIO NATURAL EN EUROPA	
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>De los parques nacionales a la conservación de la biodiversidad</i>	13
G. GARCÍA-ÁLVAREZ: <i>Conectividad de espacios naturales y urbanismo en el derecho español</i>	29
O. LECUCQ: <i>El régimen del patrimonio natural en Francia</i>	67
H. ALCARAZ: <i>La nueva legislación francesa de protección del litoral</i>	79
F. DI LASCIO & G. PIPERATA: <i>La disciplina del patrimonio naturale e dei beni pubblici naturali in Italia</i>	91
EL PATRIMONIO NATURAL EN LATINOAMÉRICA	
I. M. DE LA RIVA: <i>Contenidos básicos del régimen federal argentino de áreas naturales protegidas</i>	135
P. O. GALLEGOS FEDRIANI: <i>Los espacios verdes, su titularidad dominial y su uso en el derecho argentino</i>	161
A. SADDY & P.C. SAAVEDRA: <i>Regime jurídico da proteção ao patrimônio natural no Brasil</i>	173
J. PIMIENTO ECHEVERRI: <i>Patrimonio natural y bienes públicos en el derecho colombiano</i>	203
A. VERGARA BLANCO: <i>Derecho en Chile de bosques y áreas silvestres protegidas</i> ..	233
E. JINESTA L.: <i>Régimen jurídico del patrimonio natural en Costa Rica</i>	279
M. A. LÓPEZ OLIVERA: <i>Régimen jurídico del patrimonio natural en México</i>	303
R. J. MARTÍN TIRADO: <i>Protección del patrimonio natural en Perú: balance y perspectivas</i>	331
O. VIGNOLO CUEVAS: <i>La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú</i> ..	351
J. DANÓS ORDÓÑEZ: <i>El régimen de las áreas naturales protegidas en Perú</i>	385

ÍNDICE

R. HUAPAYA TAPIA: <i>La técnica de los informes vinculantes para la protección de las áreas naturales protegidas en el derecho peruano</i>	405
V. V. ROJAS MONTES: <i>La protección de los recursos forestales en el Perú</i>	439
G. RUOCCO: <i>Patrimonio natural y desarrollo sostenible en Uruguay</i>	459

LISTA DE COLABORADORES

ALCARAZ, Hubert:

Profesor titular de Derecho Público, *Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Francia

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge:

Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú.

DI LASCIO, Francesca:

Ricercatrice e professore associato abilitato di Diritto Amministrativo presso l'Università di Roma Tre, Italia.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar:

Juez de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo, doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo:

catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza, España.

HUAPAYA TAPIA, Ramón:

Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú.

JINESTA L., Ernesto:

Profesor doctor de Derecho Administrativo, Universidad Escuela Libre, Costa Rica.

LECUCQ, Olivier:

Profesor agregado de Derecho Público, *Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Francia

LÓPEZ OLVERA, Miguel A.:

Investigador de tiempo completo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando:

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza, España.

MARTÍN TIRADO, Richard J.:

Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián:

Profesor doctor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia.

LISTA DE COLABORADORES

PIPERATA, Giuseppe:

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia, Italia.

RIVA, Ignacio M. de la:

Socio de Cassagne Abogados, Profesor doctor de Derecho Administrativo, Universidad Católica Argentina.

ROJAS MONTES, Verónica V.:

Profesora de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUOCCO, Graciela:

Profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SAAVEDRA AVZARADEL, Pedro Curvello:

Profesor de Derecho Constitucional, *Universidade Federal Fluminense*, Brasil.

SADDY, André:

Profesor de Derecho Constitucional, *Universidade Federal Fluminense*, Brasil.

VERGARA BLANCO, Alejandro:

Profesor titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando:

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura, Perú.

PRESENTACIÓN

F. LÓPEZ RAMÓN

Se reúnen en este volumen los trabajos del proyecto de investigación sobre el régimen jurídico del patrimonio natural en Latinoamérica desarrollado durante el año 2017 por la Red Internacional de Bienes Públicos con el soporte del proyecto de investigación DER-2015-67348-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España. Las ponencias fueron defendidas en la reunión desarrollada en Buenos Aires (Pontificia Universidad Católica de Argentina) los días 6 y 7 de junio de 2017.

La citada red es una agrupación de equipos de investigación de universidades e instituciones académicas de Europa y Latinoamérica que abordan habitualmente el régimen jurídico de los bienes públicos a través de actividades de investigación, docencia y extensión. Por el momento, se cuenta con la colaboración de equipos procedentes de Argentina (Universidades Católica y de Belgrano), Chile (Pontificia Universidad Católica), Colombia (Universidades Externado y Uninorte), Costa Rica (Universidad Escuela Libre), España (Universidad de Zaragoza), Francia (Universidad de Pau) Italia (Universidades de Bolonia y Pisa), Perú (Pontificia Universidad Católica de Lima), Portugal (Universidad de Coimbra), Uruguay (Universidades Católica y de Montevideo) y Venezuela (Universidad Monteávila de Caracas). Se pretende así ir consolidando y ampliando una red constituida preferentemente por grupos o equipos de investigación nacionales que puedan asegurar el desarrollo de las actividades.

El empeño parece útil, como lo prueba el hecho de que se hayan podido llevar a cabo las reuniones de trabajo en Zaragoza (2013), Santiago de Chile (2014), Arequipa (2015), Bogotá (2016) y Buenos Aires (2017) sin disponer de ninguna financiación común. Cada equipo nacional ha buscado los recursos precisos para las tareas conjuntas. Se ha generado así una experiencia tan interesante como para hacer que merezca la pena proseguirla en sucesivos proyectos; el siguiente, sobre el régimen jurídico del agua, se iniciará en la sesión de Pau (2018).

Los trabajos de este volumen versan sobre el régimen del patrimonio natural. Desde las diversas experiencias se ha procurado identificar los elementos determinantes de la formación, trayectoria y significado actual del patrimonio natural, explicando las características de las diferentes regulaciones nacionales.

EL PATRIMONIO NATURAL EN EUROPA

DE LOS PARQUES NACIONALES A LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

SUMARIO: I. EL LAMENTABLE PANORAMA DE LA CONSERVACIÓN AL INGRESAR EN LA CEE.– II. LA DESCOORDINADA REACCIÓN AUTONÓMICA.– III. LA TARDÍA LEGISLACIÓN BÁSICA CONSERVACIONISTA.– IV. EL SIGNIFICADO DE LA RED NATURA 2000.– V. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.– VI. PERSPECTIVAS DE LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD.– VII. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN: Valoración crítica de la evolución experimentada por el régimen de protección de la biodiversidad desde el ingreso de España en la CEE (1986). Se encontraba entonces vigente la LEPN de 1975, que la Administración forestal defendía en su intento de monopolizar las funciones públicas relativas a la conservación de la naturaleza. No obstante, el compromiso constitucional en materia de medio ambiente, así como la variada actividad de las CCAA en defensa de los valores de sus respectivos territorios, terminarían fraguando en la legislación básica de 1989, que asumió ya planteamientos conservacionistas. Finalmente, las exigencias comunitarias establecidas en las Directivas de Aves (1979) y Hábitats (1992) configuraron un verdadero sistema general de protección de la biodiversidad a través de la red Natura 2000. En el estudio se explica el significado de dicha red, prestando especial atención al alcance de las obligaciones estatales y a los problemas derivados de la tardía e incompleta incorporación de las Directivas citadas. Se mantiene la tesis de la necesidad de desarrollar plenamente la red Natura 2000 para hacer de la misma el eje de la política española de conservación de la biodiversidad.

Palabras clave: parques nacionales; espacios naturales protegidos; red Natura 2000, Directiva de Aves, Directiva de Hábitats.

ABSTRACT: *Critical review of the evolution of the legal regime concerning the protection of biodiversity since the accession of Spain to the EEC (1986). The law in force at that moment, the LEPN of 1975, had the support of the Public Administration with competences in forestry, which regarded the LEPN as an instrument to maintain its monopoly in the policy of nature conservation. However, the constitutional commitment on environmental issues, together with the Autonomous Regions' actions in support of the environmental values in their respective territories, led to the nature conservation legislation of 1989, which had a conservationist approach. Finally, the Community requirements of the Birds Directive (1979) and the Habitats Directive (1992) configured a true general*

system of protection of biodiversity through the Natura 2000 network. The paper explains the meaning of this network, paying particular attention to the scope of the State obligations and to the problems derived from the late and incomplete transposition of the above mentioned Directives. The main conclusion is the need of a full development of the Natura 2000 network in order to make it the axis around which the Spanish policy of protection of biodiversity should revolve.

Key words: national parks; natural protected areas; natura 2000 network; birds directive; habitats directive.

I. EL LAMENTABLE PANORAMA DE LA CONSERVACIÓN AL INGRESAR EN LA CEE

En 1986, al producirse el ingreso de España en la CEE, la conservación de la naturaleza era objeto de una tibia atención en la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975. Dicha ley puede considerarse como la culminación de las aspiraciones de dominio corporativo de la Administración forestal, una vez alcanzada su autonomía organizativa a través del ICONA, que impuso su visión limitada de la conservación desde su creación en 1971 hasta su supresión en 1995.

El camino de la conservación se había iniciado con la Ley de Parques Nacionales de 1916, que perseguía proteger «sitios o parajes excepcionalmente pintorescos, forestales o agrestes». Criterios estéticos de limitado alcance que quizá hubieran podido evolucionar fácilmente hacia intervenciones más activas, en particular una vez que la «belleza natural» fue objeto de tutela en la Constitución republicana de 1931 (art. 45). Sin embargo, lo que se impuso en nuestra historia, decididamente tras la Guerra Civil, fue la «forestalización», pues las competencias sobre los parques nacionales y las demás figuras protectoras fueron engullidas por la poderosa Administración de montes como una de tantas funciones que tradicionalmente venía desempeñando. Las mismas personas y los mismos órganos que se encargaban de regir las intervenciones estatales en materia de aprovechamientos forestales, caza o pesca fluvial, actividades todas que pueden incidir negativamente sobre la naturaleza, asumieron la tarea de su defensa.

La maquinaria forestal llegó a imponer incluso la derogación formal de la vieja Ley de Parques Nacionales de 1916 por la Ley de Montes de 1957. Toda una filosofía acerca de lo que debía ser la protección de la naturaleza, traducida en la idea del bosque como objeto de explotación controlada, podía encontrarse expresada en el hecho de que la regulación de los parques nacionales se contuviera en el mismo título que la Ley de Montes dedicaba a las industrias forestales. Quizá no sea inútil recordar que la conservación de la naturaleza constituye una función pública difícilmente compatible con su ubi-

cación exclusiva en el ámbito forestal, pues forman parte de ella no sólo los montes sino también los ríos, las costas, el mar, e incluso los terrenos agrícolas.

En el ámbito de las actuaciones propiamente conservacionistas, la declaración del parque nacional de Doñana en 1969 asumió un importante valor testimonial de las contradicciones que presentaba la actuación de la Administración de montes. Así, por una parte, ha de destacarse que se trataba del primer parque no propiamente forestal al ubicarse en una amplia marisma que, como casi todas las zonas húmedas, había venido siendo objeto de actividades de desecación. La declaración del parque nacional de Doñana, en consecuencia, era un acontecimiento en el devenir de la función pública de conservación: por primera vez en nuestra historia un ámbito marismero dejaba de ser considerado como un foco infeccioso requerido de transformación para constituirse en objeto directo de la protección pública.

Sin embargo, la consideración tanto del proceso determinante de la declaración de Doñana como de la gestión posterior del espacio dan lugar a abundantes perplejidades. Desde el año 1957, al menos, después de que una expedición científica europea comprobara los extraordinarios valores naturalistas del antiguo cazadero, la necesidad de proteger Doñana se convirtió en un objetivo primordial para la comunidad internacional. Ante la incomprensión de la Administración forestal, en 1964 el WWF hubo de prestar ayuda económica al CSIC para adquirir el terreno con el que se formó la Estación Biológica de Doñana. En adelante, la actuación decididamente conservacionista de los sucesivos directores de la estación, que contrastaba con las posturas burocráticas de la Administración forestal, derivó en su abierta oposición a los diversos proyectos de desecación, de construcción de carreteras y de urbanización que, entre otros, han caracterizado los problemas del parque nacional de Doñana.

Mientras tanto, impulsos proteccionistas procedentes del exterior del país incidían en todas estas cuestiones, destacadamente a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972). De una intervención limitada a la conservación de algunos espacios selectos se estaba pasando a la formación de una función pública general de protección del medio ambiente, cuyas aspiraciones conservacionistas no se ceñían ya a los lugares excepcionalmente bellos o pintorescos, sino que pretendían abarcar toda la gestión de los recursos y espacios naturales. En ese importante contexto mundial de cambio, las tradicionales Administraciones forestales de diversos países, a las que se había vinculado la gestión de los escasos terrenos protegidos como parques nacionales o figuras afines, experimentaron una auténtica conmoción al vislumbrar el peligro, para los respectivos intereses corporativos, de una pérdida progresiva de funciones.

En la experiencia española el fenómeno puede observarse en la creación del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) por

Decreto-ley en 1971. Con esa fórmula organizativa revestida del ropaje supuestamente renovador de una denominación atractiva, la Administración de montes culminó sus aspiraciones corporativistas. La vieja Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial y sus organismos autónomos (el Patrimonio Forestal del Estado y el Servicio Nacional de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales) dieron paso a un organismo autónomo dotado de vastas competencias sobre los recursos naturales renovables en general, y específicamente sobre los montes, los incendios forestales, el suelo, las vías pecuarias, los parques y sitios nacionales, la caza y la pesca continental.

Las amplias posibilidades que las anteriores competencias brindaban para el desarrollo de una política activa de protección de la naturaleza resultaron, sin embargo, escasamente utilizadas. El ICONA se iba a constituir, conforme a las tradiciones burocráticas que asimilaba y potenciaba, en una rémora para la conservación. Habría sido preciso establecer unas estructuras administrativas verdaderamente renovadas, no controladas exclusivamente por los técnicos forestales. La conservación de la naturaleza no podía seguir ya configurándose como un mero apéndice de la intervención forestal, tanto por la indudable presencia de otros ámbitos precisados de una adecuada tutela (las aguas, las costas, las marismas), como por el mismo lastre que suponía mezclar la gestión económica de los recursos naturales con las tareas de su protección.

La regulación completa de la materia que cabe vincular a los planteamientos del ICONA fue la ya citada LENP de 1975, norma de muy pocos vuelos, de tono burocrático, escasamente innovadora, demasiado prudentes ante los derechos de propiedad, poco rigurosa en el manejo de los conceptos jurídicos y claramente centralista en sus previsiones organizativas. La esclerosis del sistema de intervención sobre la naturaleza vinculado a la Administración de montes propició el uso de otros instrumentos, desde los ámbitos de la protección del patrimonio cultural y el urbanismo, para proteger los espacios naturales.

Tal era el panorama legislativo y administrativo todavía vigente en 1986. No obstante, ya entonces se advertían síntomas de renovación, primero entre las Comunidades Autónomas y luego, bajo el directo influjo de las exigencias comunitarias, por parte del Estado.

II. LA DESCOORDINADA REACCIÓN AUTONÓMICA

Los planteamientos centralizadores, ampliamente arraigados en las estructuras estatales y aun en una parte del movimiento ecologista, sorprenden por su contraste con la débil actuación proteccionista del Estado. En efecto, el conjunto de las intervenciones estatales a lo largo de nuestra historia en materia de conservación de la naturaleza, en modo alguno permite a los órganos estatales competentes presentar una brillante o, al menos, meritoria hoja de

servicios que les haga acreedores ni de las pretensiones corporativas ni de la confianza ecologista: 15 parques nacionales y 19 espacios naturales de otras categorías constituyen su legado conservacionista a las Comunidades Autónomas. ¿De dónde, pues, surge la prepotencia centralista?

Frente al decepcionante panorama deparado por la intervención histórica del Estado, la opción descentralizadora confirma desde sus inicios, si no una situación idílica, al menos, un mosaico de interesantes y significativos esfuerzos en materia de conservación de la naturaleza. Ha habido y hay de todo en la actuación de las Comunidades Autónomas, pero de manera generalizada cabe constatar el establecimiento de políticas de defensa del territorio. Con muchos desfallecimientos, es verdad, aunque, desde luego, no con mayores ni con más significativas inconsecuencias que las identificables en la gestión estatal. Así, ya en el año 2000 se calculaban en 650 los espacios protegidos por impulso autonómico y local.

Marginando ahora los abundantes problemas surgidos en relación con la distribución de competencias sobre los espacios naturales protegidos, hay que decir que, en la época de nuestro ingreso en la CEE, la actuación de la mayor parte de las Comunidades Autónomas en esta materia se caracterizaba por cierta atonía: algunas asumieron la gestión de los escasos parques naturales existentes tras los correspondientes traspasos por el Estado, y otras procedieron a declarar (por ley o por decreto) algún nuevo espacio natural protegido (en varios casos sobre el territorio de antiguas reservas nacionales de caza) conforme a lo previsto en la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975.

Pero también hubo Comunidades Autónomas más dinámicas, que llegaron a aprobar leyes generales mediante las que impulsaban la conservación de la naturaleza en sus territorios. Se trata de las Leyes de Baleares de 1984, de Cataluña de 1985, de Navarra de 1987, de Canarias de 1987 y de la Comunidad Valenciana de 1988.

La idea de red natural, entendida como un conjunto de espacios naturales cuya selección obedece a criterios científicos sobre los grandes ecosistemas y en cuya gestión prima la coherencia del propio conjunto, todavía no estaba completamente asumida. Sin embargo, las técnicas urbanísticas proporcionaban elementos que fomentaban el acercamiento a esos planteamientos. Al mismo tiempo encontramos ya en algunas de estas primeras leyes autonómicas (Cataluña, Navarra) intentos de conformar sistemas generales de conservación de la naturaleza, con el foco de atención en las necesidades de todo el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma y no solamente en las de algunos territorios especialmente protegidos. Pero, incluso cuando las regulaciones se decantaron exclusivamente por la fórmula de las declaraciones protectoras singulares, en los diseños normativos puede identificarse la opción por una aplicación amplia, que permitía dar respuesta a las necesidades de protección

de numerosos lugares (Comunidad Valenciana, Baleares), llegándose hasta el extremo de incluir en la propia ley general largas listas de espacios protegidos (Navarra, Canarias).

En ese conjunto de regulaciones pioneras conviene destacar la Ley de Cataluña de 1985, que es la única todavía vigente. Sus contenidos se aproximan a las tradicionales técnicas forestales de protección de la naturaleza, aunque en ella se establece un régimen mucho más moderno que el establecido en la LENP de 1975 y, en algunos extremos, más avanzado incluso que la posterior legislación básica del Estado. La pretensión era configurarla como una ley de conservación de la naturaleza, cuyas disposiciones «se aplicarán a todos los espacios naturales de Cataluña», esto es, tanto a los espacios naturales no especialmente protegidos como a los que fueran objeto de las modalidades especiales de protección. Para los primeros se previeron directamente en la legislación catalana variadas reglas de protección. Los segundos eran los espacios naturales de protección especial en cuyo régimen se incluyeron lo que entonces eran notables novedades, como las relativas a participación, gestión por entidades locales y por particulares, y medidas de desarrollo social y económico de las zonas afectadas. En definitiva, el régimen catalán responde a la vocación de ofrecer respuestas completas a las necesidades de conservación de la naturaleza de todo el territorio autonómico. Muchos de sus contenidos mejoraron y ampliaron la rancia regulación de la LENP de 1975 situándose claramente en la vanguardia de la conservación, por delante incluso de las pautas que el Estado había de establecer en la Ley de Conservación de 1989. Quizá ese dato permita explicar el mantenimiento en vigor de la ley catalana, que en todo caso supuso la puesta en marcha efectivamente de un sistema de conservación de la naturaleza en esta Comunidad Autónoma.

El problema fundamental aquí estriba en que las Comunidades Autónomas han ido formando sistemas separados de espacios naturales protegidos. Esa separación, si resulta aceptable en términos jurídicos, no lo es bajo la óptica de una política de conservación de la biodiversidad, que precisa, no ya de una gestión centralizada, sino de una gestión coordinada. Para ello, como veremos, la Unión Europea ofrece el magnífico instrumento de la red Natura 2000, que habría de convertirse en el marco de las diferentes redes autonómicas de espacios naturales protegidos.

III. LA TARDÍA LEGISLACIÓN BÁSICA CONSERVACIONISTA

En la experiencia española, el desarrollo de las políticas ambientales coincidió con el arrinconamiento del régimen franquista y la puesta en marcha del sistema constitucional. Los motivos determinantes de esas nuevas políticas fueron variados, habiéndose de reconocer una gran influencia a los impul-

tos internacionales y particularmente a los comunitario-europeos. Ahora bien, junto a ellos, uno de los primeros motores de la atención concedida al medio ambiente puede encontrarse en el compromiso constitucional con su protección, según cabe deducir de las tres grandes cláusulas del artículo 45 de la Constitución de 1978: el derecho de todos a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, la correspondiente función de garantía de los poderes públicos y el establecimiento de responsabilidades penales, administrativas y civiles para los infractores de la legislación ambiental.

Probablemente el ICONA, aunque en muchos casos fue el blanco de las críticas de la opinión pública, había ido impregnándose de los planteamientos conservacionistas. Prueba de ello podría ser la elaboración de la Ley de Conservación (ley 4/1989, de 27 marzo, de conservación de los espacios naturales, y de la flora y fauna silvestres), mediante la que se generalizaron y ampliaron las técnicas modernas de gestión de los espacios y los recursos naturales. Aunque una parte considerable de los esfuerzos que se concentraron en esa norma venía determinada por la defensa de un ámbito propio para las competencias estatales, no cabe desconocer los aspectos positivos de la nueva legislación.

Entre los más importantes contenidos de la Ley de Conservación de 1989 ha de destacarse la figura de los planes de ordenación de los recursos naturales. Se trata de planes que corresponde elaborar y aprobar a las Comunidades Autónomas a fin de establecer, en función de los espacios y las especies a proteger, las limitaciones generales y específicas respecto de los usos y actividades que hubieran de desarrollarse en el territorio. Cabe considerarlos instrumentos sectoriales de ordenación del territorio: el carácter sectorial derivaría de su vinculación a la política y a los fines de la protección ambiental, mientras que la ubicación entre las técnicas de ordenación del territorio quedaría justificada por sus efectos sobre los usos del suelo, que son los propios de los típicos planes directivos de la ordenación territorial.

La declaración y gestión de los espacios naturales protegidos se atribuyó genéricamente a las Comunidades Autónomas, permitiéndoles incluso establecer figuras diferentes de conservación. No obstante, a la gestión estatal se reservaron, dentro de la categoría de los parques, los específicamente declarados parques nacionales, así como todos los espacios naturales protegidos que tuvieran por objeto bienes del dominio público marítimo-terrestre o se situaran en el territorio de varias Comunidades Autónomas. Competencias que hubieron de experimentar importantes reducciones por parte del Tribunal Constitucional en consideración a las competencias autonómicas (STC 102/1995).

Entre las principales técnicas reguladas en la Ley de Conservación cabe mencionar las zonas periféricas de protección, destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior en los principales espacios naturales protegidos, las áreas de influencia socioeconómica para compensar

a las poblaciones afectadas por las limitaciones derivadas de los espacios naturales protegidos y el régimen de protección preventiva para las zonas bien conservadas que resultaren amenazadas por un factor de perturbación que potencialmente pudiera alterar tal estado.

Ha de destacarse también que, por primera vez en nuestra historia, la fauna y la flora, recursos naturales que hasta entonces sólo habían sido objeto de regulación bajo la óptica de su racional explotación en la legislación de caza y pesca, merecieron una singular atención conservacionista. Se previeron medidas de protección de las especies, subespecies y poblaciones de animales y plantas en diferentes situaciones (en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat, vulnerables o de interés especial) mediante planes de recuperación, conservación y manejo de las diferentes categorías de especies. Al objeto de instrumentar tales medidas de protección fue creado el catálogo nacional de especies amenazadas, sin perjuicio de reconocerse la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer otros catálogos y medidas adicionales de protección de las especies amenazadas. Con carácter general también el ejercicio de la caza y de la pesca quedó limitado por determinadas reglas sobre protección de las especies.

En definitiva, un destacado conjunto de previsiones que supuso la introducción de las pautas conservacionistas en nuestra legislación básica. La ley de 1989 sirvió sin duda para dinamizar las intervenciones que correspondían en la materia a las Comunidades Autónomas, si bien con anterioridad, como hemos visto, en algunas de ellas ya se habían puesto en marcha interesantes sistemas generales de conservación de la naturaleza. Precisamente el protagonismo correspondiente a las Comunidades Autónomas en la conservación de la naturaleza determinó la supresión del ICONA, cuyas funciones, prácticamente limitadas a los parques nacionales, fueron atribuidas en 1995 al organismo autónomo Parques Nacionales.

La Ley de Conservación de 1989 fue derogada completamente por la vigente Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (Ley 42/2007, de 13 diciembre, objeto de una importante reforma por Ley 33/2015, de 21 septiembre). Aunque, en atención a los enfrentamientos competenciales, la Ley de 1989 había sido objeto de diversas reformas parciales, incluso de reformas sobre reformas que habían originado un texto normativo parcheado, precisado de emplear hasta cuatro veces el mismo número en algunos artículos (de *bis* a *quater*), lo cierto es que la Ley del Patrimonio Natural presenta tanta continuidad con respecto a la anterior que se hace difícil entender la conveniencia de haber aprobado el nuevo texto legal.

La justificación que cabría encontrar en razones de mejora técnica de la regulación, en realidad serviría para poner de manifiesto las contradicciones de un tipo de norma característico de la legislación ambiental contemporánea, la

impuesta por la «tecnología de la conservación», de la que la Ley del Patrimonio Natural resulta ser un prototipo. Las clasificaciones científicas del territorio y de los elementos de la biodiversidad se recogen como normas jurídicas, llegándose, en la incorporación de la normativa internacional y comunitaria que contiene la ley española, a establecer la necesidad de conservar tipos de hábitats como los archipiélagos, costas y superficies emergidas del Báltico boreal, las dunas del mar del Norte y del Báltico, los Machairs de Irlanda, los prados serpentínícolas de Chipre o los bosques de la Europa boreal (anexo I de la Ley del Patrimonio Natural). ¿Motivarán quizá estas relaciones que algún historiador del futuro pueda sostener que en el imperio español del siglo XXI seguía sin ponerse el sol?

IV. EL SIGNIFICADO DE LA RED NATURA 2000

En la política ambiental de la Unión Europea desempeñan un importante papel las Directivas de Aves (originalmente Directiva 79/409/CEE, incluida actualmente en Directiva 2009/147/CE) y de Hábitats (Directiva 92/43/CEE), especialmente esta última mediante la puesta en marcha de la red Natura 2000. El establecimiento de la red pretende crear un sistema de conservación de la biodiversidad integrado en el territorio, de manera que los espacios naturales protegidos no se presenten como figuras aisladas sino, junto con otras medidas conservacionistas, como elementos de la ordenación territorial.

Las Directivas de Aves y de Hábitats constituyen el último estadio de una evolución apreciable en el Derecho Internacional, que ha pasado de las limitaciones a la caza y captura de determinados animales en peligro de extinción (ballenas, osos polares) al control del comercio internacional de las especies silvestres amenazadas (Convenio de Washington, 1973) y a la protección de los hábitats de las especies (Convenio de Ramsar, 1971), particularmente en determinadas regiones geográficas (Antártida, Mediterráneo, Alpes). Los directos fundamentos jurídicos y técnicos de la red Natura 2000 se encuentran en los convenios sobre conservación de las especies migratorias de la fauna silvestre (Bonn, 1979), conservación de la vida silvestre y del medio ambiente natural en Europa (Berna, 1979) y diversidad biológica (Río de Janeiro, 1992). En esos tratados multilaterales y en sus variados protocolos de desarrollo, todos ellos suscritos por la Comunidad Europea, fueron estableciéndose entramados institucionales que determinaron la necesidad de unir estrechamente la conservación de las especies a sus hábitats (las áreas de distribución de las especies en Bonn y las zonas protegidas en Berna) a fin de garantizar un estado de conservación satisfactorio, que, finalmente, en Río, se planteó en términos globales para todos los recursos biológicos (incluidos los genéticos), cuya conservación ha de garantizarse *in situ* por los Estados mediante un sistema de zonas protegidas o sujetas a medidas especiales.

En ese contexto, la Comunidad Europea, mediante la Directiva de Aves de 1979, estableció un sistema general de protección de las aves silvestres, en especial de las migratorias, cuyos planteamientos amplió en la Directiva de Hábitats de 1992 hasta conformar una completa estrategia de conservación de la flora y fauna silvestres y de los hábitats naturales. La idea básica de esas directivas se encuentra en el criterio del desarrollo sostenible, pues se pretende conciliar la conservación de la biodiversidad con el uso del territorio.

La Directiva de Aves impuso a los Estados miembros la conservación de los hábitats relacionados con las aves silvestres, especialmente de las zonas húmedas empleadas por las aves migratorias. Se exigió a los Estados constituir a tal fin las zonas de especial protección para las aves y gestionarlas conforme a imperativos ecológicos, constituyendo con ellas una «red coherente» de zonas protegidas que respondiera efectivamente a las necesidades existentes.

El alcance de las obligaciones estatales contenidas en la Directiva de Aves está perfectamente asumido por la jurisprudencia comunitaria, que identifica los deberes de los Estados miembros de: *a)* proteger los espacios que reúnan las características establecidas en la misma; *b)* prever medidas efectivas para su conservación; y *c)* mantener los efectos de la declaración protectora salvo cuando concurren intereses generales de carácter excepcional. En la formulación de tal doctrina un papel especial correspondió a la STJCE de 2 agosto 1993 (*caso de las marismas de Santoña*, asunto C-355/90), donde se resaltó, de manera entonces ciertamente novedosa, la obligación estatal de declarar las zonas de especial protección conforme a los criterios objetivos y científicos incluidos en los anejos de la Directiva:

«Si bien es verdad que los Estados miembros gozan de cierto margen de apreciación en cuanto a la elección de las zonas de protección especial, sin embargo, la clasificación de dichas zonas obedece a ciertos criterios ornitológicos, determinados por la Directiva, tales como, por una parte, la presencia de aves enumeradas en el anejo I y, por otra, la calificación de un hábitat como zona húmeda.»

El Tribunal constató concretamente que «las marismas de Santoña constituyen uno de los ecosistemas más importantes de la península Ibérica», correspondiendo al Estado español la obligación estricta de adoptar las medidas precisas para evitar su deterioro. Además, el Tribunal llegó a declarar la insuficiencia de las medidas estatales meramente formales, considerando de ese tipo la simple declaración de las marismas como reserva natural (por Ley 6/1992). Incidió en la misma superficie a proteger, al apreciar que «el territorio de la reserva natural no comprende la totalidad de las marismas», analizando la correspondencia con las exigencias de la Directiva de determinados elementos de perturbación del hábitat (carretera, polígono industrial, instalaciones de acuicultura, vertido de aguas residuales).

Por otra parte, la doctrina de la vinculación de los Estados a sus propias declaraciones de zonas protegidas se había formulado con anterioridad en la STJCE de 28 febrero 1991 (*caso de los diques de Leybucht*, asunto C-57/89), donde se estableció que:

«...los Estados miembros... no pueden disponer del mismo margen de apreciación cuando modifican o reducen la superficie de dichas zonas, puesto que ellos mismos en sus declaraciones reconocieron que éstas regulan las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el anejo de la Directiva 79/409.»

De esta manera, «la facultad de los Estados miembros de reducir la superficie de una zona de protección especial, sólo puede justificarse por razones excepcionales», razones que respondan «a un interés general superior al del objetivo ecológico contemplado por la directiva». El Tribunal de Justicia rechazó que los intereses económicos y recreativos pudieran justificar normalmente una excepción del régimen de protección; en cambio, consideró que «la prevención del peligro de inundaciones y la protección de la costa» constituían «razones suficientemente serias» para justificar la reducción de la superficie de una zona de protección, «siempre que se limiten al mínimo estricto y conlleven la menor reducción posible de la zona de protección especial». Expresamente negó el Tribunal que la mejora del acceso al puerto de Wreschien pudiera servir para justificar la reducción de la zona de protección, admitiendo tal reducción únicamente por la existencia de ventajas ecológicas derivadas de la construcción del nuevo dique.

Los anteriores planteamientos jurisprudenciales pueden dar idea de las posibilidades derivadas de la puesta en marcha, por la Directiva de Hábitats de 1992, de la red europea Natura 2000, integrada tanto por las zonas de especial protección para las aves como por las nuevas zonas especiales de conservación. Desde luego, en la jurisprudencia comunitaria se advierten las mismas pautas de exigencia a los Estados miembros que las establecidas en relación con la Directiva de Aves.

Frente al procedimiento puramente estatal de declaración de las zonas afectadas por la Directiva de Aves, la declaración de las zonas especiales de conservación en la Directiva de Hábitats se inicia con una fase estatal (lista nacional de lugares con los hábitats correspondientes a las características enumeradas en los anejos de la directiva), seguida de un proceso de decisión por las instituciones comunitarias con una amplia colaboración de los Estados miembros interesados (lista de lugares de importancia comunitaria); finalmente, corresponde a los Estados la declaración y gestión de las correspondientes zonas de especial conservación.

En todo caso, el procedimiento así conformado responde a criterios científicos que pretenden, no ya preservar unas zonas excepcionales, sino asegurar

la conservación de la biodiversidad en todas sus variantes. En tal sentido, de la red ecológica deben formar parte los elementos que «por su estructura lineal y continua o su papel de unión son esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de especies silvestres». El territorio comunitario se divide en regiones biogeográficas (alpina, atlántica, continental, macaronésica, mediterránea, canónica, boreal y estépica), debiendo orientarse la selección de las zonas, en palabras del Tribunal de Justicia (STJCE de 11 septiembre 2001, *caso Comisión contra Francia*), a:

«...asegurar una cobertura geográfica homogénea y representativa de la totalidad del territorio de cada uno de los Estados miembros a fin de garantizar la coherencia y el equilibrio de la red que todas ellas (las zonas protegidas) forman».

La aprobación de las listas de lugares de importancia comunitaria se produjo con notable retraso respecto a las previsiones temporales de la Directiva de Hábitats, que fijaba para el año 1998 la adopción de dichas listas y para 2004 las subsiguientes declaraciones estatales de las zonas especiales de conservación.

La inclusión de un espacio en las listas comunitarias ha de conllevar el establecimiento por los Estados miembros de las medidas de protección que consideren oportunas. No obstante, de manera inmediata, los espacios incluidos en tal lista quedan sujetos al régimen jurídico que se establece en la misma Directiva de Hábitats, lo que se traduce en la necesidad de someter a evaluación ambiental cualquier plan o proyecto que pueda afectar de forma apreciable a los espacios protegidos, incluidas las actividades que se desarrollen fuera de los mismos. En el procedimiento de evaluación ambiental se admite la posibilidad de desclasificaciones de los lugares o zonas protegidas cuando el Estado miembro afectado considere que «un plan o proyecto deba ser realizado por motivos imperativos de relevante interés público, incluidos motivos de naturaleza social o económica», aunque en tal supuesto, en contrapartida, el Estado deberá adoptar «medidas compensatorias» que garanticen «la coherencia global de la red Natura 2000».

En todo caso, el atractivo diseño de la red europea no puede hacer olvidar los abundantes problemas e incertidumbres que la rodean. En efecto, junto a los considerables retrasos acumulados con respecto a los plazos inicialmente previstos, cabe citar los incumplimientos estatales en la presentación de las propuestas, la falta de información entre propietarios de tierras y comunidades rurales, e incluso el excesivo peso otorgado a la perspectiva puramente biológica, olvidando que el patrimonio natural no se puede desconectar del territorio y, en definitiva, de su ordenación. Finalmente, en el caso español se plantea la coexistencia de la red Natura 2000 con las redes de espacios naturales protegidos convencionales.

V. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La incorporación de las Directivas de Aves y de Hábitats a nuestro ordenamiento ha sido tardía e incompleta. La primera se consideró que había sido asumida dentro de las medidas de conservación de las especies de la flora y fauna silvestres establecidas en la Ley de Conservación 4/1989 (arts. 26 a 35), aunque importantes extremos, como la misma figura de las zonas de especial protección de aves, quedaron sin reflejarse en la ley estatal. La Directiva de Hábitats fue directamente traducida al español en el RD 1997/1995, con la única variante de sustituir las referencias originales a los Estados miembros por las Comunidades Autónomas, a las que se responsabilizó tanto de la iniciativa en la identificación de las listas de lugares susceptibles de ser protegidos, como de la declaración de las zonas especiales de conservación y de la fijación de las medidas necesarias. A partir de entonces, en algunas de las primeras leyes generales sobre conservación de la naturaleza de las Comunidades Autónomas (Navarra, Extremadura, Galicia) se incluyeron breves referencias a la materia, consistentes en obligar al correspondiente Gobierno autonómico a proponer la incorporación a la red Natura 2000 de los espacios naturales protegidos que cumplieran los requisitos establecidos en las Directivas de Aves y Hábitats.

No fue sino hasta la reforma de 2003 cuando se introdujo en la Ley de Conservación 4/1989 un capítulo sobre la red ecológica europea Natura 2000, cuyo contenido se limitaba a definir las zonas especiales de conservación y las zonas de especial protección para las aves (arts. 20 *ter* y *quáter*). La reforma coincidió con la inclusión en algunas leyes autonómicas (La Rioja, Baleares, Cantabria) de más amplias referencias a la materia, repitiéndose en ellas la parte más significativa del régimen jurídico establecido en el RD 1997/1995 y precisándose la competencia del correspondiente Gobierno autonómico para la toma de las principales decisiones. Ese mismo tipo de regulación se aprecia en la vigente Ley del Patrimonio Natural (en redacción establecida por Ley 33/2015), al preverse, junto a los espacios naturales protegidos (parques, reservas, áreas marinas, monumentos y paisajes), los espacios protegidos de la red Natura 2000 (arts. 41 a 48), incluyendo las definiciones, los procedimientos a seguir y las medidas de conservación; todo ello, al igual que en la última legislación autonómica citada, como una especie de resumen del RD 1997/1995 y, por tanto, de la Directiva de Hábitats (1).

En esta situación, cabe observar que nos encontramos ante regulaciones que sólo parcialmente parecen incorporar las obligaciones impuestas en las Directi-

(1) El RD 1997/1995 continúa en vigor, pues en la disposición derogatoria, apartado 1, de la Ley del Patrimonio Natural 47/2007, incluso tras la importante reforma de 2015, únicamente se derogan sus anejos, que han sido incorporados a la misma ley.

vas comunitarias. La atención se ha centrado en las actuaciones administrativas, técnicas y científicas relativas al cumplimiento de tales obligaciones, lo que se ha traducido en la incorporación casi literal de la Directiva de 1992, la elaboración del inventario nacional de hábitats para responder a las exigencias del anejo I de la misma Directiva y el establecimiento de las listas de espacios que podían ser protegidos; así, hasta llegar a la aprobación de las listas de lugares de importancia comunitaria, previos los debates desenvueltos en los correspondientes seminarios biogeográficos organizados por la Agencia Europea de Medio Ambiente.

El fundamento científico de tales listas ha podido ser riguroso, pero todo el proceso resulta incompleto puesto que en bastantes Comunidades Autónomas están pendientes de establecerse las medidas definitivas de ordenación de las zonas especiales de conservación y las zonas de especial protección para las aves. En muchos casos, no se dispone de otro régimen aplicable que el previsto con carácter provisional e inmediato en la misma Directiva, que se ha incorporado al ordenamiento jurídico español. Ese régimen consiste, como ya hemos indicado, en un principio general de conservación de las zonas protegidas que resulta atemperado por la obligatoria observancia de procedimientos de evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos relativos a tales zonas, los cuales pueden ser autorizados, aun cuando tengan repercusiones negativas en los ámbitos protegidos, si concurren «razones imperiosas de interés público de primer orden» adoptando al mismo tiempo «medidas compensatorias» (Ley del Patrimonio Natural: art. 46).

Obsérvese que no está contemplada la participación adecuada de los interesados en los procedimientos de identificación de los lugares de interés comunitario. Los propietarios afectados ni tan siquiera saben con seguridad que lo son, puesto que las listas de tales lugares se limitan a incluir, en el momento de su misma publicación, la denominación del lugar, la superficie total del mismo y sus límites geodésicos. La situación contrasta con la atención que en el Derecho español se ha prestado a los problemas que plantean, bajo la óptica de los derechos de defensa de los ciudadanos afectados, las declaraciones por ley de los parques nacionales y otros espacios naturales protegidos; pues bien, mayor indefensión aún se suscita ante las listas de lugares de interés comunitario, en las que tan difícil resulta saber si una concreta propiedad queda o no incluida, y ello al margen ya de que toda posibilidad de recurso de los particulares frente a las listas esté proscrita al considerarse por la justicia comunitaria que se trata de actos que no afectan directamente a los propietarios, como puede comprobarse en Autos del antiguo Tribunal de Primera Instancia de 14 julio 2008, dictados en los asuntos T-322/06 (*Artos de El Ejido*), T-323/06 (*Ramblas de Jergal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla I*), T-345/06 (*Acebuchales de la Campiña Sur de Cádiz*) y T-366/06 (*Ramblas de Jergal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla II*), todos ellos declarando la inadmisibilidad de los recursos de anulación interpuestos por propietarios de fincas ubicadas en lugares de importancia comunitaria de la lista

correspondiente a la región biogeográfica mediterránea. Las insuficiencias del sistema son notorias, ya que, de cualquier manera, no resulta sensato gestionar una superficie de más del 25 por ciento del territorio nacional, que en algunas Comunidades Autónomas ronda el 40 por ciento, con tan débiles herramientas.

VI. PERSPECTIVAS DE LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Es preciso y urgente asumir por completo las consecuencias de la red Natura 2000. Resulta sorprendente que el fenomenal esfuerzo de colaboración administrativa, técnica y científica desarrollado por las Comunidades Autónomas, el Estado y la Unión Europea carezca del adecuado régimen jurídico que permita el pleno desenvolvimiento de la ambiciosa red ecológica integral. Más admiración aún produce que las Comunidades Autónomas y el Estado hayan continuado preocupándose, de manera paralela a ese proceso, por los detalles del régimen jurídico de los parques nacionales y los restantes espacios naturales protegidos tradicionales. En verdad, la atención última ha venido determinada por los aspectos competenciales, lo que aparentemente ha impedido al legislador estatal liderar el proceso de implantación de la red Natura 2000 y ha conducido a los legisladores autonómicos a reproducir con mimetismo las sucesivas regulaciones estatales.

La red Natura 2000 no puede equipararse a un conjunto más de espacios naturales protegidos. Debiera de configurarse como el sistema mismo de conservación de la biodiversidad del Estado español, articulándolo así adecuadamente en la legislación básica y en la legislación complementaria de las Comunidades Autónomas. De manera que no habrían de ser las zonas de especial conservación y las zonas de especial protección para las aves las que se considerasen espacios naturales protegidos, sino los mismos parques nacionales y demás espacios naturales protegidos tradicionales los que se integraran en la red Natura 2000.

No sería preciso cambiar ni las instituciones ni las denominaciones consolidadas en nuestra experiencia, pero habría que adaptarlas a las exigencias del proyecto más completo de conservación de la biodiversidad en el que hemos podido participar. Los planes de ordenación de los recursos naturales, con sus amplias vocaciones de ordenación territorial vinculada al sector de la protección del medio ambiente, podrían servir perfectamente para establecer el régimen de uso de los amplios territorios incluidos en la red Natura 2000. Cabría también emplear las diversas categorías de espacios naturales protegidos para establecer los regímenes especiales de mayor protección requeridos en los ámbitos identificados como más sensibles dentro de la misma red ecológica. Regímenes que precisarían de procedimientos de declaración abiertos a los diversos intereses públicos y privados que concurren en la conservación de la

biodiversidad, de planificaciones detalladas de las actividades admisibles y, por supuesto, de previsiones organizativas representativas de las Administraciones locales y de los diferentes actores que inciden en la materia.

Era responsabilidad esencial del legislador básico haber adoptado las previsiones que garantizaran plenamente la incorporación a la red Natura 2000 de nuestro sistema de conservación de la biodiversidad. No se ha preocupado de ello, obsesionado, como ha venido estando, en una red de espacios naturales protegidos que sólo puede existir en el papel: la red de parques nacionales, que se refiere a una categoría jurídica, no, desde luego, a una realidad territorial que pueda conectar los espacios naturales protegidos entre sí. Tampoco lo han hecho los legisladores autonómicos, dedicados a formar las propias redes autonómicas de espacios naturales protegidos. La coherencia del sistema nos la puede dar la red europea Natura 2000, siempre que en ella pase verdaderamente a integrarse la red española Natura 2000 compuesta por las redes autonómicas Natura 2000. Con todo lo cual no se está proponiendo aquí ningún replanteamiento de las amplias competencias correspondientes a las Comunidades Autónomas para la conservación de la biodiversidad, sino una conveniente articulación jurídica de las mismas en la red ecológica que, de verdad, resulta importante.

VII. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sobre el régimen jurídico de la LENP de 1975: T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Parques nacionales y protección de la naturaleza», en *REDA* núm. 5 (1975), pp. 215-223; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Aspectos administrativos de la creación y funcionamiento de los parques nacionales», en *REDA* núm. 6 (1975), pp. 343-364; F. LÓPEZ RAMÓN, *La conservación de la naturaleza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, 436 pp.

Sobre la Ley de Conservación de 1989: A. GARCÍA URETA, *Espacios naturales protegidos*, Oñati, IVAP, 1999, 658 pp.; A. JIMÉNEZ JAÉN, *El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, 400 pp.; A. MULERO MENDIGORRI, *La protección de espacios naturales en España*, Madrid, Mundi-Prensa, 2002, 309 pp.; F. DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, *Los espacios naturales protegidos*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, 434 pp.

Sobre la Ley del Patrimonio Natural de 2007: F. LÓPEZ RAMÓN, *Política ecológica y pluralismo territorial*, Madrid, Pons, 2009, 309 pp.

Sobre la Red Natura 2000: A. GARCÍA URETA, *Derecho europeo de la biodiversidad*, Madrid, Iustel, 2010, 760 pp.; F. LÓPEZ RAMÓN, «Conectividad y corredores ecológicos en la experiencia española», en *RArDamb*, núm. 32 (2015), pp. 57-81.

CONECTIVIDAD DE ESPACIOS NATURALES Y URBANISMO EN EL DERECHO ESPAÑOL

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CONECTIVIDAD DE LOS ESPACIOS NATURALES COMO ELEMENTO NECESARIO DE LA DIVERSIDAD ECOLÓGICA.– II. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL.– III. EL SUELO NO URBANIZABLE COMÚN COMO PORTADOR DE VALORES DIGNOS DE PROTECCIÓN.– IV. EL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO COMO CATEGORÍA REGLADA.– V. CONCLUSIONES: EL CONTROL JURISPRUDENCIAL DE LA EXPANSIÓN URBANA COMO ELEMENTO DE PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: La protección de la biodiversidad exige la existencia de conectividad entre diversas poblaciones naturales como requisito para que estas puedan mantenerse a medio y largo plazo. El intercambio genético entre poblaciones naturales es una condición necesaria para su viabilidad. Puede avanzarse hacia estos objetivos a través de mecanismos específicos, como los corredores ecológicos, o mediante una adecuada instrumentación de bienes demaniales como ríos y riveras o vías pecuarias, pero estos medios son insuficientes. La incorporación de principios comunitarios y constitucionales por la jurisprudencia ha llevado al control judicial de las expansiones urbanas innecesarias o insuficientemente motivadas. En esta doctrina jurisprudencial destaca el valor reconocido por sí mismo al suelo rústico o no urbanizable, reconocimiento considerablemente reforzado en el caso del suelo no urbanizable protegido, que se convierte así en un elemento esencial de conectividad ecológica y preservación de valores ambientales.

Palabras clave: conectividad ecológica, suelo rústico; suelo no urbanizable; suelo no urbanizable de protección especial; suelo rural preservado de la urbanización; control judicial de la discrecionalidad; control judicial del planeamiento urbanístico.

ABSTRACT: *The genetic exchange between natural populations is a necessary condition for its viability. Consequently, ecological connectivity is mandatory for the conservation of biodiversity. The rural land preserved of the urbanization has a great value as an element of connection between natural parks and other protected natural spaces. The Supreme Court of Spain has considered the protected rural land as a non-discretionary category. This outcome is not the product of a decision of the legislature, but the application of general constitutional principles and principles of the European Union Law. Among the favourable consequences of this evolution is the greater control of the rationality of*

the decisions contained in the urban planning and the maintenance of land dedicated to traditional agricultural activities as a very valuable tool for the ecological connectivity.

Key words: ecological connectivity; land-use planning; urban planning; rural land; rural land protection from urbanization; judicial review of discretionary powers.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONECTIVIDAD DE LOS ESPACIOS NATURALES COMO ELEMENTO NECESARIO DE LA DIVERSIDAD ECOLÓGICA

Por debajo de un determinado umbral de diversidad genética, la endogamia puede hacer inviable la población de una determinada especie (1). En consecuencia, el mantenimiento de la biodiversidad requiere de relaciones entre los diferentes espacios naturales, lo que tuvo ya un reflejo implícito en la Directiva Hábitats de 1992, (2) contemplando como mecanismo de coherencia de la red Natura 2000 la protección de espacios lineales o intermedios que permitan «la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies silvestres». Esta preocupación por la conectividad de los hábitats ha sido finalmente incorporada a la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, con explícitas referencias a la conectividad y a un específico espacio natural destinado a su materialización, los «corredores ecológicos», que son objeto de definición legal (art.3.8), y cuyo establecimiento y consolidación se atribuye a los planes de ordenación de los recursos naturales (art. 21), particularmente en la red Natura 2000 (art. 47) (3).

La conectividad tiene también una vertiente negativa, que debe plasmarse en las evaluaciones de impacto ambiental, especialmente de las grandes infraestructuras lineales, como carreteras y vías férreas, en cuyos proyectos

(1) GURRUTXAGA SAN VICENTE, Mikel y LOZANO VALENCIA, Pedro José (2006): «Efectos de la fragmentación de hábitats y pérdida de conectividad ecológica dentro de la dinámica territorial», *Polígonos. Revista de Geografía* núm. 16, pp. 35-54.

(2) Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, art. 10:

«Cuando lo consideren necesario, los Estados miembros, en el marco de sus políticas nacionales de ordenación del territorio y de desarrollo y, especialmente, para mejorar la coherencia ecológica de la red Natura 2000, se esforzarán por fomentar la gestión de los elementos del paisaje que revistan primordial importancia para la fauna y la flora silvestres.

Se trata de aquellos elementos que, por su estructura lineal y continua (como los ríos con sus correspondientes riberas o los sistemas tradicionales de deslinde de los campos), o por su papel de puntos de enlace (como los estanques o los sotos) resultan esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies silvestres».

(3) Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2016): «Conectividad y corredores ecológicos en la experiencia española», en Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ (dir.), *Instrumentos territoriales para la protección de la biodiversidad*, en Monografías de esta REVISTA, pp 35-62.

deberán preverse mecanismos para atenuar el efecto barrera. Por otra parte, no sólo depende de los corredores ecológicos: riberas de los ríos (4) y vías pecuarias (5) tienen también un importante papel en la conexión de hábitats.

Al contrario que las figuras anteriores, estructuras lineales que pueden permitir la comunicación de poblaciones naturales, pero en flujos muy restringidos, el suelo en situación rural que, de acuerdo con el planeamiento urbanístico tenga la consideración de no urbanizable, incluso intensamente humanizado, pero dedicado a formas no intensivas de agricultura o ganadería, juega también un papel fundamental en la conexión entre hábitats protegidos. La conciencia creciente del valor ambiental de esos suelos se ha reflejado tanto en la legislación urbanística como en la jurisprudencia aplicativa de esa legislación desarrollada por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

II. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL

En el ordenamiento español, el Derecho urbanístico actúa como el «Derecho territorial común» especialmente en relación con el suelo rústico o no urbanizable. Este carácter de ordenamiento común se plasma fundamentalmente en

(4) De acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, las riberas son «las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas» (art. 6.1). Físicamente forman parte de los álveos o cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, que comprenden «el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias» (art. 4), integrándose en el dominio público hidráulico del Estado (art. 2.b), con el máximo nivel de protección demanial.

Se han establecido también *limitaciones sobre las propiedades colindantes, es decir, sobre las márgenes que lindan con los cauces y que normalmente serán de propiedad privada*. Así, conforme a la Ley de Aguas (art. 6.1), las márgenes están sujetas, «en toda su extensión longitudinal»: a) a una zona de *servidumbre* de 5 metros de anchura, para uso público, entre cuyos fines se incluye la protección del ecosistema fluvial; y b) a una zona de *policía* de 100 metros de anchura en la que se controlan las alteraciones sustanciales del relieve natural, las extracciones de áridos, las construcciones de todo tipo y, en general, cualquier uso o actividad que, entre otras circunstancias, pueda ser causa de degradación o deterioro del ecosistema acuático y del dominio público hidráulico.

Entre los objetivos legalmente establecidos de la protección del dominio público hidráulico está «prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales» (art. 92.a).

(5) Integradas por los itinerarios por donde ha discurrido tradicionalmente el tránsito ganadero, son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas de acuerdo con la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, art. 1 y 2). En España las vías pecuarias suponen 125.000 km de rutas para la trashumancia, ocupando unas 450.000 hectáreas, equivalentes al 1% del territorio. La tipología comprende, cañadas, con anchura de 75 metros; cordeles, 37,50 metros; veredas, 20 metros; y coladas, cuya anchura se determina en el acto de deslinde.

un instrumento, el Plan General de Ordenación Urbana, que cubre la totalidad de al menos un término municipal completo y como consecuencia no es sólo un mecanismo de ordenación de la ciudad existente y de su expansión futura, sino un instrumento central en la ordenación de la ocupación y los usos del suelo también en los terrenos clasificados en el propio Plan como rústicos o no urbanizables. Es además un instrumento de naturaleza normativa en cuya elaboración y aprobación colaboran autoridades locales y regionales, operando de facto como instrumento de coordinación de distintas políticas con relevancia territorial. En ese sentido, no hay otra rama del ordenamiento jurídico-administrativo en los ámbitos territorial o ambiental ni otros instrumentos de planificación más adecuados para una protección de conjunto de los valores del suelo rural, rústico o, desde la perspectiva urbana, no urbanizable.

Ciertamente, la planificación urbanística municipal no cubre todo el territorio, no existiendo en buena parte de los municipios de pequeña población, y aunque no pueda despreciarse la planificación urbanística supramunicipal, de carácter subsidiario, en especial respecto al suelo no urbanizable, su eficacia es indiscutiblemente menor (6). Sin embargo, siendo la aprobación de un plan general de ordenación urbana un requisito necesario para la existencia misma de «suelo urbanizable» y, por tanto, siendo imprescindible la aprobación de un plan para una expansión urbana realmente relevante, la función de ese planeamiento en la protección del suelo rústico o no urbanizable, precisamente en los ámbitos en los que está en mayor peligro de transformación, no puede de ninguna manera infravalorarse.

No todo el suelo no urbanizable está sometido al mismo régimen. Sin embargo, la distinción entre suelo no urbanizable común y suelo no urbanizable de protección especial, aunque relevante, no debe sobrevalorarse. Las legislaciones autonómicas, al igual que el TRLS de 1976 (7), contienen un régimen de uso del suelo clasificado como no urbanizable común y habilitan al planificador urbanístico para establecer regímenes con restricciones agravadas, incrementando la protección de partes de ese suelo no urbanizable. Por lo demás, el régimen del suelo no urbanizable común es en sí mismo de carácter dispositivo, siendo posible que el plan general incorpore restricciones de los usos posibles. Cuando tales normas —como las relativas a la edificación de vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable, por poner un ejemplo habitual—, se «endurecen» para todo el término municipal, seguimos hablando

(6) Un estudio en un ámbito regional concreto, pero que se corresponde con nuestra tradición urbanística en esta materia, en GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2011): «El planeamiento urbanístico supramunicipal en Aragón: de las Normas Subsidiarias Provinciales a la Directriz de Urbanismo», en esta REVISTA, núm. 38, pp. 59-122.

(7) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

de un suelo no urbanizable común, pero cuando los regímenes exorbitantes se limitan a partes del suelo no urbanizable, estaremos ante un suelo no urbanizable de protección especial. Además, los regímenes de los distintos suelos no urbanizables de protección especial son enormemente diversos entre sí: suele haber grandes diferencias entre los regímenes de los suelos de valor ecológico y los de los suelos preservados por su valor agrícola, por poner dos ejemplos habituales. Ello aparte de los casos en que la protección especial, tanto en su delimitación como en su régimen, tiene carácter imperativo por aplicación de legislaciones que tienen el carácter de especiales desde una perspectiva urbanística, en los que sí existe en todos los casos un régimen de edificación y uso que se aparta netamente del propio del suelo no urbanizable común. En resumen, el régimen de suelo no urbanizable de protección especial es enormemente diverso. Ahí reside uno de los elementos de crítica que puede hacerse a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, centrada en la defensa del suelo no urbanizable de protección especial frente a su «desclasificación»: la de pecar de un cierto nominalismo que en ocasiones lleva al maximalismo, a una rigidez que una parte de la doctrina, globalmente favorable en su apreciación de la doctrina jurisprudencial, percibe como negativa (8).

Desde una perspectiva histórica, hasta fechas recientes el régimen jurídico del suelo no urbanizable había sido una de las asignaturas pendientes del Derecho urbanístico español, una cuestión de interés secundario frente a preocupaciones más acuciantes (9). En la seminal Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana, se introdujo una clasificación tripartita de los suelos, con el entonces denominado «suelo rústico» como una clase autónoma, pero sin categorías específicas dentro de esta clase de suelo. Se establecía como «limitaciones urbanísticas» de los «terrenos de suelo rústico» que los «terrenos cuyas características, según el Plan, deban ser objeto de conservación y defensa no podrán ser dedicados a utilizaciones que implicaren transformación de su destino propiamente agrícola o forestal, según la ordenación», aunque a continuación se establecía con carácter general una edificabilidad mínima -1 m^3

(8) Vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2012): «Discrecionalidad del planificador, reclasificaciones urbanísticas y control judicial», *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 153, pp. 111-130, por el cuál se cita, p. 130, en que habla de «encorsetamiento» del planificador. También publicado en el vol. col. *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. I, pp. 449 y ss.; BÉRMEJO LATRE, José Luis (2012): «La clasificación del suelo no urbanizable ante la justicia contencioso-administrativa (comentario a la STS de 21 de febrero de 2011)», en el vol. col. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. 1, pp. 599-612, pp. 610-611.

(9) PAREJA I LOZANO, Carles (2006): «La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* núm. 225, pp. 295-322.

por cada 5 m²— susceptible de excepciones al alza —en una serie de supuestos previstos en el propio art. 69—, pero también implícitamente a la baja, en cuanto que en otro artículo de la propia Ley de 1956 se establecía, que «las ordenaciones que redujeran el volumen mínimo edificable [...] conferirán *derecho a indemnización* mediante expropiación o imposición de servidumbre» (art. 70.2), lo que ha de entenderse como una remisión a los mecanismos de la entonces novedosa Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, entre ellos la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regulada por primera vez con carácter general en el Derecho español en el art. 121 de esa Ley. Subyacía claramente en esa regulación una concepción general del suelo rústico como un recurso natural abundante y barato, utilizable en la mayor parte de los casos para ubicar instalaciones y edificaciones, aunque con limitaciones derivadas de la falta de servicios, más que de la necesidad de proteger valores propios de esta clase de suelos (10).

(10) Para entender los orígenes de la regulación y su aplicación durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1956 y, posteriormente, del TRLS de 1976, vid. PAREJA I LOZANO, Carles (1990): *Régimen del suelo no urbanizable*, Madrid, Marcial Pons, 1990.

La concepción del suelo no urbanizable como recurso de utilidad limitada, dada su falta de servicios, pero barato, está de alguna manera presente incluso en pronunciamientos judiciales recientes, como la STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. RJ 2006/2043, ponente Rafael Fernández Valverde. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había estimado el recurso de una empresa papelera contra la aprobación del proyecto básico de una depuradora de aguas residuales. La cuestión debatida era la interpretación de la norma que prevé la posibilidad de establecer determinadas construcciones e instalaciones de interés público en suelo no urbanizable. La norma aplicable al caso era el art. 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, muy similar al art. 85 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (en adelante, TRLS de 1976). En términos similares, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS de 2008), art. 13.1, párrafo segundo, ahora Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLS de 2015), art. 13.2, párrafo tercero, se establece lo siguiente: «Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural». En la sentencia de instancia, aunque se consideraba evidente el interés público de la estación depuradora de aguas residuales, no sucedía lo mismo con la necesidad de su emplazamiento en el medio rural, que el TSJ consideró insuficientemente justificada. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia y desestima el recurso contencioso-administrativo. De acuerdo con su razonamiento, *no resulta dudoso que una instalación de las características de las estaciones depuradoras deba ubicarse en suelo no urbanizable. Es más, el Alto Tribunal afirma que como regla general, urbanísticamente, la ubicación natural de las depuradoras será el suelo no urbanizable. Es significativo que el Tribunal Supremo entiende que, al hacer esta afirmación, está aplicando una doctrina jurisprudencial consolidada, citando supuestos como la ubicación de un centro penitenciario, en los que se liga la necesidad de emplazamiento en el medio rural no sólo a*

Fue en la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en la que aparece *la primera referencia normativa al suelo no urbanizable de «especial protección»*. Con ello se abría la puerta para la evolución de la concepción general del denominado —hasta entonces- suelo rústico o — a partir de 1975- no urbanizable desde su uso como un recurso barato aunque, por su falta de servicios, sólo apto para determinados usos, hacia una mayor valoración de los aspectos ambientales, lo que se hace especialmente patente en la clase de suelo no urbanizable de protección especial, cuyo régimen jurídico se iría paulatinamente del aplicable al ordinario o común. Según la doctrina, esta evolución se inicia con el art. 65 de la Ley de reforma de 1975, en el que se establecían las dos componentes que siguen presentes en el «suelo no urbanizable», como categoría residual —terrenos «que el Plan no incluya en alguno de los tipos de suelo a que se refieren los artículos anteriores»—, pero también los que se hayan integrado en esa clase de suelo en función de una *decisión específica de protección*:

«Los espacios que el Plan determine para otorgarle una *especial protección*, a los efectos de esta Ley, en razón de su excepcional *valor agrícola, forestal o ganadero*, de las posibilidades de explotación de sus *recursos naturales*, de sus *valores paisajísticos, históricos o culturales* o para la *defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico*».

La previsión anterior se completaba con el régimen genéricamente previsto en el art. 69 bis.2:

«Los espacios que por sus características, según el Plan General, deban ser objeto de una *especial protección* a los efectos de esta Ley, no podrán ser dedicados a utilizaciones que impliquen *transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger*».

los casos en que la naturaleza de la actividad a desarrollar está conectada a los fines propios del suelo rústico, sino también, «por una vía indirecta, negativa o por consecuencia, cuando las características de la actividad de utilidad pública o interés social sean rechazadas por el suelo urbano» (STS de 22 de abril de 1992, recurso núm. 1622/1988, Ar. RJ 1992\3837, ponente Francisco Javier Delgado Barrio). No obstante, el Tribunal Supremo en los últimos años ha mostrado una sensibilidad creciente, expresada por ejemplo en materia de *residuos*, en la que el Tribunal Supremo ha seguido afirmando la necesidad de un plan integrado de residuos como requisito previo para la validez de la autorización de plantas individuales (SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 6 de junio de 2014, recurso de casación núm. 88/2012, Ar. RJ 2014\3603, ponente Eduardo Calvo Rojas; de 17 de octubre de 2014, recurso de casación núm. 4493/2012, Ar. RJ 2014\5815, ponente José Juan Suay Rincón; de 3 de marzo de 2015, recurso de casación núm. 3890/2012, Ar. RJ 2015\1923, ponente Francisco José Navarro Sanchís), plan de residuos que además deberá contener con suficiente precisión la previsión de los emplazamientos individuales (STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 16 de enero de 2015, recurso de casación núm. 711/2013, Ar. RJ 2015\444, ponente José Juan Suay Rincón).

Preceptos que se integraron en el todavía vigente, como norma estatal supletoria, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como art. 80 y 86.2. Como ha señalado MENÉNDEZ REXACH, con la Ley de reforma de 1975 y el TRLS de 1976 aparece por primera vez la subdivisión del suelo no urbanizable en dos categorías, residual o común, aplicable a los suelos no incluidos en las otras clases, y de especial protección, aplicable a los espacios merecedores de ella en función de sus valores agrícola, forestal, ganadero, paisajísticos, culturales, históricos u otros: «se refleja así, por primera vez, la procedencia de excluir del proceso urbanizador determinados terrenos en atención a sus características reales, lo que debería acreditarse en el plan. En este caso, *la clasificación como no urbanizable debía basarse, como en el urbano, en la situación real de los terrenos*» a diferencia de lo que sucede con la aplicación del criterio residual no necesitaría justificación en principio (11). En todo caso, no se trata de dos categorías preconfiguradas en la legislación aplicable, sino que la jurisprudencia ha considerado los términos legales como una *habilitación en términos amplios al planificador para articular regímenes específicos de protección* (12). En este sentido, AGUDO pone de relieve como el dualismo en que aparecía el suelo no urbanizable «no excluía una ponderación original por el propio planificador urbanístico de los valores identificados por los conceptos jurídicos indeterminados citados en el art. 80.b) del TRLS de 1976 (o en el art. 12 del TRLS de 1992), otorgando una protección especial a tales terrenos», régimen que sería especialmente cualificado para lo que el autor denomina «espacios intermedios» (13). En todo caso, parece haber existido un consenso en considerar que la habilitación al planificador

(11) MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2006): «La clasificación del suelo en la Ley de 1956: precedentes y secuelas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 225, pp. 160-184, pp. 177-178.

(12) Como se señala en la STS de 28 de septiembre de 1998 (Recurso de Casación núm. 184/1992, Ar. RJ 1998\6948, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero), fundamento tercero: «El primero de los motivos de casación, de fondo, se sustenta en que la denominación «Especial Protección de Bordes Urbanos» es una terminología inexistente en la ley y de creación del Plan, es patente que no puede prosperar. Efectivamente, con la denominación combatida se está aludiendo al «Suelo No Urbanizable», aunque empleando denominación diferente, sobre los que la edificación sólo es posible en los términos establecidos en los artículos 85 y 86 TRLS. El demandante en su recurso no especifica la naturaleza de dicho Suelo No Urbanizable; del expediente y alegaciones se infiere que se está en presencia de un Suelo No Urbanizable de Especial Protección con el régimen jurídico que al efecto establece el artículo 86.2 del texto antes citado. Pues bien, siendo esto así es evidente que en la Memoria del Plan, y en la documentación que a éste acompaña, se ofrecen razones suficientes, derivadas de la especial topografía de Alcoy, que hacen procedente la protección especial que se acuerda tanto por razones de «orden paisajístico», como de equilibrio ecológico y ambiental».

(13) AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2010 a): «La «intercambiabilidad» del suelo urbanizable y no urbanizable», en esta REVISTA, núm. 136, pp. 123-175, p. 130.

para proteger de forma especial determinados suelos no urbanizables se hace sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, los «valores agrícolas» (14).

Durante la vigencia del régimen del TRLS de 1976 se producen los primeros pasos en la evolución en la consideración de las facultades del planificador respecto al suelo no urbanizable de especial protección de discrecionales a regladas, por lo que la reforma del régimen urbanístico que tuvo lugar entre los años 1990 y 1992 no parece haber tenido una relevancia determinante para el régimen actual. La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo —y, por consiguiente, el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, citado también como TRLS de 1992- no aportaron sustanciales novedades en este específico campo. De acuerdo con la Ley, los terrenos clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo no urbanizable «no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales» (art. 5), debiendo en todo caso de «garantizarse la preservación del mismo del proceso de desarrollo urbano» (art. 6) y, finalmente, en el «planeamiento territorial y urbanístico» se podrán establecer «áreas de especial protección en las que estará prohibida cualquier utilización que implique transformación de su destino o naturaleza, lesione el valor específico que se quiera proteger o infrinja el concreto régimen limitativo establecido por aquel» (art. 7), lo que probablemente deba entenderse como una habilitación al planificador en términos muy amplios para construir distintos regímenes específicos dentro de la categoría genérica del suelo no urbanizable de especial protección. Lo anterior se completa con la exclusión del suelo no urbanizable sujeto a especial protección de la posibilidad de establecer reservas de terrenos para su posible adquisición con destino al Patrimonio Municipal del Suelo, limitando por consiguiente la posibilidad de estas eventuales reservas al «suelo clasificado como urbanizable no programado o no urbanizable no sujeto a especial protección» (art. 99.1). Preceptos de la Ley de 1990 que en el Texto refundido de 1992 pasaron a ser los art. 12, 17 y 278.1.

(14) Se pone el «valor agrícola» como ejemplo de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en la clasificación de un suelo como no urbanizable de protección especial en un estudio sobre el control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015): «Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, BELADÍEZ ROJO, Margarita, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (coords.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM, Marcial Pons, pp. 149-187, p. 152.

No obstante, sobre la base de estas previsiones, el Tribunal Constitucional —en la Sentencia 61/1997, de 20 de noviembre, FJ 16— confirmó la constitucionalidad de la previsión en la legislación básica de un tipo de suelo no urbanizable especialmente protegido con base en el art. 149.1.23ª de la Constitución, en el que se reserva al Estado la legislación básica sobre medio ambiente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró que las previsiones sobre el suelo no urbanizable común excedían de lo estrictamente medioambiental, reconduciendo esa categoría de suelo a la competencia del Estado ex art. 149.1.1ª CE, es decir, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. (15)

Desmantelado el Texto refundido de 1992 y revivido el de 1976 por la peculiar Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, tras la fugaz vigencia de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales —que contenía medidas relativas al suelo urbanizable y, sobre todo, al suelo urbano, pero ni mencionaba el suelo no urbanizable—, se reconstruye el Derecho urbanístico estatal por medio de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, *de la que desaparece cualquier referencia directa al suelo no urbanizable de especial protección*. (16) Es por ello curioso que la jurisprudencia actual sobre esta clase específica de suelo, que le otorga una sustantividad que nunca había tenido con anterioridad, se desarrolle en gran medida durante su vigencia.

El cambio fundamental de la Ley de 1998 respecto a los textos refundidos de 1976 y 1992, cambio que muy probablemente haya impulsado el desarrollo jurisprudencial actual, es que se prescinde de la anterior consideración del suelo no urbanizable como categoría residual —condición de residual que el legislador pasa a atribuir en ese momento al suelo urbanizable (art. 10)—, pasando a construirse con base en conceptos positivos de acuerdo con el art. 9:

«Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que *deban* incluirse en esta clase por estar sometidos a algún *régimen especial de protección incompatible con su transformación* de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus *valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales* acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la *protección del dominio público*.

(15) Esta posición fue reiterada en la STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 14 y 32.

(16) Sobre el régimen previsto en la Ley de 1998 y su evolución hasta su derogación definitiva en 2007, así como sobre las polémicas doctrinal y constitucional que suscitó, por todos vid. JORDANO (2009: 27 y ss.).

2.º Que el *planeamiento general* considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su *valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales*, así como aquéllos otros que considere *inadecuados para un desarrollo urbano*».

Respecto a este último punto debe tenerse en cuenta que en la exposición de motivos, 2, se hacía referencia a una «*justificada inadecuación para el desarrollo urbano*», haciendo así referencia a la necesidad de motivar —ha de suponerse que en la memoria del plan general— las razones de la inadecuación de determinados terrenos (17).

El inciso final del art. 9, 2ª («así como aquéllos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano») desaparecería en virtud de la modificación realizada por medio del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, pero volvería a aparecer, matizado, con la aprobación del texto legal producto de su tramitación como proyecto de ley, la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, estableciendo una habilitación condicionada a favor del planificador urbanístico general:

«Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, *así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano*, bien por imperativo del principio de utilización racional de los *recursos naturales*, bien de acuerdo con *criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico* establecidos por la normativa urbanística».

La razón de que durante la tramitación parlamentaria de la futura Ley 10/2003 se introdujese —o, más bien, se reintrodujese— ese inciso final, está en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 164/2001, de 11 de julio, sobre los límites de la competencia estatal para determinar el modelo urbanístico (18).

Estos cambios vienen a ser una de las manifestaciones principales de la pretendida transformación de los criterios de clasificación intentada por el legislador estatal, lo que viene a ser la impropia llamada «liberalización

(17) Sobre el carácter no discrecional de la clasificación bajo la vigencia de la Ley de 1998, por la necesidad de ponderar los criterios y valores legales, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 99 y ss.

(18) Sobre la incidencia que hubiera podido tener la doctrina establecida en la STC 164/2001 de no haberse operado la modificación legal, vid. TEJEDOR BIELSA, Julio (2001): «Propiedad urbana y urbanismo como competencias estatales de imposible ejercicio en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio», en esta REVISTA, núm. 19, pp. 257-327, p. 299.

urbanística» en un seguidismo doctrinal acrítico con la designación de algunos de estos cambios normativos como «liberalización en el sector inmobiliario» por el legislador (19). Es evidente que no hubo ninguna «liberalización», tipo de actuación entendida ordinariamente por la doctrina como una reducción, objetivación, incluso desaparición de los controles administrativos *a priori* que dificultan el acceso a una actividad, incrementando los costes de oportunidad, en favor de los controles *a posteriori*, considerados menos lesivos para la libertad de empresa. Sin embargo, los pasos legales necesarios para urbanizar y edificar un suelo siguieron siendo exactamente los mismos. En cuanto al cambio en el criterio de clasificación que supuso el paso de la consideración de residual del suelo no urbanizable al suelo urbanizable, no parece que supusiese mucho más que un cambio en la organización y contenido de la memoria que debe acompañar a cualquier plan general de ordenación urbana. Pese a ello, un sector cualificado de la doctrina ve en estos cambios una causa directa de la proliferación de suelo no urbanizable de especial protección que se habría producido con ocasión de la revisión de diversos planes generales entre el 1998 y el 2007 (20).

En el art. 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, el legislador optó por un concepto reglado de suelo no urbanizable con la finalidad de convertir el suelo urbanizable en la clase residual, regulación posteriormente reforzada por medio del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, en cuyo art. 1 se contenía una modificación parcial de la Ley 6/1998, dando nueva redacción al art. 9.2, entre otros, con la finalidad de reforzar las facilidades de transformación del suelo urbanizable, aumentando la oferta de suelos urbanizados. Con este fin, entre otras cosas, se daba un carácter todavía más reglado a la clasificación del suelo no urbanizable, eliminando el inciso final que anteriormente figuraba en el art. 9.2, en el que se contenía aquel de los criterios que concedía mayor discrecionalidad en la práctica al planificador urbanístico («así como aquellos otros que [el planeamiento general] considere *inadecuados para un desarrollo urbano*»). El Real Decreto-ley 4/2000 se convertiría en la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, con algunas modificaciones derivadas en buena medida de la toma en conside-

(19) Por ejemplo, en los dos números monográficos dedicados a *Liberalización del suelo en España I. Antecedentes y marco jurídico*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núm. 3/1997, y *Liberalización del suelo en España II. La futura Ley del Suelo*, *Revista del Instituto de Estudios Económicos* núm. 4/1997.

(20) TEJEDOR BIELSA, Julio (2011): «La protección del suelo no urbanizable ¿Un camino sin vuelta atrás?», 1 y 2, *El Blog de Espublico*, 12 y 18 de julio de 2011. Accesible en <http://www.administracionpublica.com/suelo-no-urbanizable/> y <http://www.administracionpublica.com/la-proteccion-del-suelo-no-urbanizable-¿un-camino-sin-vuelta-atras-2/>.

ración de la STC 164/2001, de 11 de julio, entre ellas la relativa al criterio de la «inadecuación» para el desarrollo urbano, que se reintroduce aunque intentando reforzar su carácter de concepto jurídico, no de habilitación discrecional al planificador. De acuerdo con la redacción dada por medio de la Ley 10/2003 al inciso final del apartado 2º del art. 9, tendrían también la consideración de suelo no urbanizable:

«... aquellos otros [terrenos] que considere inadecuados [el planeamiento general] para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística».

Esta fórmula prolongaría su vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, antecedente del posterior Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, texto legal en el que se prescindió de las clases de suelo, (21) y por tanto del suelo no urbanizable (22), que ha desaparecido de la legislación básica, actualmente contenida en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El citado Real Decreto-ley 4/2000 fue recurrido por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por razones formales, materiales y competenciales: falta del presupuesto habilitante e infracción de los límites materiales del Decreto-ley, exceso respecto de las competencias estatales en materia urbanística delimitadas por la STC 61/1997, y lesión de la garantía institucional de la autonomía local (art. 137 CE), del mandato de protección del medio ambiente (art. 45 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Este recurso daría lugar a la STC 137/2011, de 14 de septiembre, en la que, sin embargo, el Tribunal Constitucional se limitó a enjuiciar los límites constitucionales del Decreto-Ley, que consideró sobrepasados al haber utilizado una norma excepcional para hacer frente a una situación estructural, soslayando una interesante cuestión competencial que sí fue objeto del voto particular presentado por los magistrados Delgado Barrio y Aragón Reyes (23).

(21) Vid. DE GUERRERO MANSO, Carmen (2008): «Las situaciones básicas y la clasificación urbanística del suelo. Las adaptaciones autonómicas al nuevo contexto normativo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 140, pp. 747-777. La autora examina en que medida persisten las clases de suelo en las nuevas «situaciones de suelo» (pp. 754-758) y las equivalencias genéricas entre las tradicionales clases, que subsisten en todas las legislaciones autonómicas, y las nuevas situaciones de la legislación básica (pp. 760-761).

(22) Sobre el cambio que supuso el cambio desde el tradicional suelo no urbanizable al suelo en situación rural, vid. C. PAREJA (2008: p. 81-110).

(23) Sobre esta sentencia, vid. VALENCIA MARTÍN, Germán (2012): «Jurisprudencia constitucional: agua, ruido y cautelares», *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Cizur Menor,

Desde un plano general, las normas citadas son muestra de un intento más de hacer política urbanística desde el Gobierno de la Nación, limitando para ello hasta el límite de lo admisible la libertad del planificador urbanístico. Aunque la clasificación del suelo era considerada hace relativamente poco tiempo el núcleo de la discrecionalidad del planificador urbanístico, la introducción de parámetros de control de esa discrecionalidad es una exigencia elemental, no sólo para la protección de valores de los que el legislador básico o autonómico no pueden desentenderse, sino por razones de seguridad jurídica y lucha contra la corrupción.

Discrecionalidad cuya primera reducción sustantiva se había producido ya con anterioridad gracias a la acuñación jurisprudencial del concepto de suelo urbano como categoría reglada: esa clasificación sería el mero reconocimiento de un dato fáctico, unas determinadas características de un suelo ya transformado urbanísticamente, de tal manera que su clasificación como urbano es —en muchos casos— un acto debido para la Administración Pública. Pues bien, una consideración análoga ha sido introducida por el Tribunal Supremo para el suelo no urbanizable especialmente protegido, en dos fases: el interés público en el mantenimiento de la protección llevó en un primer momento a establecer un elevado estándar de motivación cuando el planificador optaba por *desproteger* porciones de esa clase de suelo, para pasar posteriormente a entrar a controlar los aspectos sustantivos de la clasificación, con referencia expresa en algunos casos al principio de no regresión de la protección ambiental, que ha encontrado un nuevo campo de aplicación. Esta segunda exigencia jurisprudencial, que inicialmente se apoyaba en la letra de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, ha sobrevivido a su vigencia, fundamentándose en sentencias posteriores en el *principio de sostenibilidad aplicado al urbanismo* o *urbanismo sostenible*, incorporado al TRLS de 2008, de donde ha pasado al vigente TRLS de 2015.

En todo caso y aunque la «memoria aplicativa», la interiorización de la distinción entre suelo no urbanizable común y de protección especial de los planificadores urbanísticos pudiese haberles llevado en muchos casos a asimilar los terrenos portadores de valores dignos de protección —en virtud de legislaciones sectoriales, planes territoriales o del propio criterio del planificador urbanístico—, de riesgos naturales o de limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, a suelo no urbanizable de especial protección, mientras que los terrenos simplemente inadecuados para un desarrollo urbano

Aranzadi, pp. 203-231, pp. 219-222; BASSOLS COMÁ, Martín (2012): «Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre», en *Cuadernos de Derecho Local* (QDL) núm. 30, p. 37-57.

serían un mero suelo no urbanizable común, lo cierto es que *tal criterio de distinción no aparecía en la legislación básica*.

El nuevo modelo urbanístico que se pretendió introducir con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, se basó en la expulsión de la legislación básica de las «clases» de suelo —pese a su relevancia para el estatuto de la propiedad inmobiliaria—, sustituidas por las «situaciones», concepto relevante a efectos de la valoración, pero mucho menos a efectos de ordenación. En consecuencia, en la legislación estatal las «clases» de suelo han quedado confinadas a la normativa supletoria, fundamentalmente el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Se señalaba en la exposición de motivos de la Ley del suelo de 2007, luego del TRLS de 2008 —y que ha desaparecido del vigente TRLS de 2015—, con reminiscencias de la británica Town and Country Planning Act de 1947 y toda la posterior doctrina de la planificación, que «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado...» (24). Esta afirmación tiene diversas consecuencias, entre ellas, que en el art. 2.2, b) se estableciese como objetivo de la ordenación territorial y urbanística «la protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística».

Pese a su evicción de la legislación básica, la clase de suelo no urbanizable aparece claramente comprendida dentro de la *situación básica de suelo rural*. Se puede deducir del art. 12 la existencia de un *suelo rural «residual»* —el que no reúna los «requisitos» del suelo urbanizado—, pero además se distingue un *suelo rural «transitorio»* —el que se encuentra en tal situación «hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización»- y un *suelo rural «preservado»* (art. 12.2, a), que es el exacto equivalente del suelo rústico o no urbanizable:

«En todo caso, *el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación* mediante la urbanización, que *deberá incluir*, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la *legislación* de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que *deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y*

(24) Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, exposición de motivos, II. Desde una perspectiva cercana, la inspiración de la cita en cuestión probablemente haya que situarla en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Hacia una estrategia temática para el uso sostenible de los recursos naturales», Bruselas, 1.10.2003 COM(2003) 572 final, p. 18: «... la tierra debe considerarse un recurso escaso lo cual, debido en parte a un desarrollo urbano poco racional, repercute en la calidad del medio ambiente en su conjunto».

urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».

En consecuencia, desaparece de la legislación básica la mención expresa al suelo no urbanizable «inadecuado para el desarrollo urbano» —el legislador autonómico deberá decidir si permite al planificador esta posibilidad u otras de preservar determinados terrenos de su transformación urbanística—, pero se mantienen las otras dos categorías que aparecían en la Ley de 1998: la derivada de la *legislación especial* —es decir, de dominio público, protección ambiental o patrimonio cultural- y la derivada de los *criterios que el planificador territorial y urbanístico establezca* respecto a valores a preservar —«ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos»— o *riesgos* a evitar, que a partir de la Ley de 2007 pueden ser no sólo «naturales», sino también «tecnológicos», con una alusión específica a los «accidentes graves» de naturaleza industrial, es decir, a la normativa nacional de transposición y desarrollo de las conocidas como Directivas Seveso (25).

Los requisitos materiales citados, incluidos en el art. 12.2, a) de la Ley de 2007 para el suelo preservado de su transformación, coinciden sustancialmente con los que habían sido establecidos a los mismos efectos en el art. 9 de la Ley 6/1998 para el suelo no urbanizable. Ello puede deberse a que unos y otros constituyen una «simple constatación» de que, cuando concurren determinados valores u elementos objetivables en un terreno, no es posible su transformación urbanística, lo que tampoco excluirá que adicionalmente deba preservarse de la urbanización el suelo que resulte inidóneo o innecesario (26). Concurrentemente, en la Ley de 2007 se remitió el uso de los terrenos afectados por la legislación especial —lo que en muchos casos significará una clasificación como suelo no urbanizable de protección especial para la protección de valores naturales, culturales o del dominio público- a lo que en ésta se determine (art. 13.4):

(25) Actualmente la conocida como Directiva Seveso III, es decir, la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE. Esta norma comunitaria ha sido transpuesta mediante determinados preceptos de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil y, fundamentalmente, mediante la aprobación del Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

(26) PAREJA I LOZANO, Carles (2007): «El suelo en situación rural», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ, El nuevo régimen del suelo, en Monografías de esta REVISTA, núm. IX, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 81-110, p. 88. En sentido similar, AGUDO (2010 a: 145).

«No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la utilización de los terrenos con *valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos* que sean objeto de protección por la *legislación* aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Sólo podrá alterarse la delimitación de los *espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000*, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación. El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable».

Referencia a los espacios naturales protegidos y a los espacios incluidos en la Red Natura 2000 que también figura en la legislación ambiental. (27).

Los preceptos mencionados se incorporarían, con igual numeración y contenido, al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo. Posteriormente, con cambios de ubicación, al Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en cuyo art. 21 se contemplan las situaciones básicas de suelo. El Texto refundido de 2015 se caracteriza además por un énfasis mucho mayor en los principios de sostenibilidad ambiental y económica, especial y específicamente en el art. 3 del TRLS de 2015, lo que debe concurrir en las acciones de protección del suelo no urbanizable, especialmente de determinadas porciones del mismo.

Como ya se ha recordado, la doctrina ha constatado como, con referencia al suelo no urbanizable, «las cosas no han cambiado tanto con la Ley 8/2007» (28). No obstante, no parece aceptable, en aplicación de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 164/2001, una traslación automática del suelo rural preservado a la clase suelo no urbanizable: una imposición de tal clasificación como reglada incurriría en los mismos vicios que el Tribunal Constitucional achacó al art. 9.2 de la Ley 6/1998 tras su

(27) Incluida en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, concretamente en el art. 51 (junto con el art. 47, relativo únicamente a la descatalogación de espacios de la Red Natura 2000), preceptos que han pasado a ser los arts. 52 y 48 tras la entrada en vigor de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

(28) AGUDO (2010 a: 145).

reforma por el Real Decreto-Ley 4/2000 (29). Y, en todo caso, aunque un suelo rural preservado pueda hacerse corresponder fácilmente en una mayoría de casos con un suelo no urbanizable, no tiene en absoluto que entenderse como el equivalente necesario de un suelo no urbanizable de especial protección.

En el mismo sentido, del tenor legal literal, sea de la Ley 8/2007, el TRLS de 2008 o el TRLS de 2015, no se deduce el carácter reglado en todos los casos de suelo rural preservado, ni siquiera del suelo no urbanizable de protección especial. Tendrá inequívocamente carácter reglado la clasificación como suelo no urbanizable de especial protección que sea consecuencia automática de la legislación sectorial —la ambiental, territorial o de patrimonio cultural fundamentalmente—, pero no puede trasladarse una rigidez similar al resto de los terrenos en situación básica rural preservada, cuya categorización dependerá de la *apreciación del planificador* sobre la concurrencia de determinados valores dignos de ser preservados, en los términos que «prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística» de cada Comunidad Autónoma. En estos supuestos, la legislación básica permite amplios márgenes de valoración y apreciación al legislador autonómico y, en la medida en que el legislador autonómico no lo impida, al planificador urbanístico. Esto ha llevado a afirmar que «la categorización de estos otros terrenos en situación básica rural preservada sigue dependiendo de una *decisión discrecional*, exactamente igual que en relación con el SNU común protegido por decisión del planificador urbanístico» (30).

III. EL SUELO NO URBANIZABLE COMÚN COMO PORTADOR DE VALORES DIGNOS DE PROTECCIÓN

El suelo no urbanizable común es en sí mismo portador de determinados valores, reconocidos por el legislador: en la exposición de motivos de la Ley de Suelo de 2007, origen de la normativa substantivamente vigente, se afirmaba que «el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural,

(29) En este sentido, AGUDO (2010 a: 146). Una convincente argumentación en esta dirección, referida a las servidumbres de protección del dominio público marítimo-terrestre, cuyos requerimientos pueden cumplirse con una clasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido, pero también con la previsión en el plan general de determinados sistemas generales, equipamientos o zonas verdes y espacios libres, en SÁNCHEZ LAMELAS, Ana (2012): «El suelo no urbanizable y el suelo rural: la clasificación urbanística de los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre de protección de costas (Comentario a la STS de 13 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso, Sección 5, nº de recurso de casación 5212/2007, ponente E. Calvo Rojas)», en el vol. col., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 2125-2146.

(30) AGUDO (2010 a: 147). El subrayado es mío.

escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, *todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado*. Lo que concuerda con la previsión como objetivo de la ordenación territorial y urbanística de «la *protección, adecuada a su carácter, del medio rural* y la preservación de los valores del suelo *innecesario o inidóneo* para atender las necesidades de transformación urbanística». (31) La conclusión lógica es que el legislador considera que todo el suelo rural permanente debe recibir una protección «adecuada», plasmada en el planeamiento urbanístico.

En consonancia con ello, el Tribunal Supremo ha venido afianzando dos consecuencias. Primero, considerando ilegal la previsión en el planeamiento de desarrollos expansivos no suficientemente justificados. Segundo, ha confirmado varias sentencias de instancia anulatorias de planes urbanísticos que contemplaban nuevos *núcleos separados* e incluso el mero *desarrollo de apéndices o formas alargadas de desarrollo*, con continuidad con el casco urbano existente, pero que alteran la expansión urbana en «mancha de aceite», que parece entenderse como la lógica o natural. Es un ejemplo la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Ávila, a cuya anulación condujeron varios motivos: no haber justificado la necesidad de nuevos desarrollos, puesto que no habían llegado a edificarse la mitad de las viviendas ya previstas en la anterior revisión del plan; y la vulneración del modelo de «ciudad compacta», al planificar una extensión lineal que buscaba conectar un núcleo separado, previamente existente, con el núcleo principal (32). En la legislación de Castilla y León, aplicable al caso, se enfatiza el modelo de ciudad compacta, pero el Tribunal Supremo liga sus conclusiones a los principios constitucionales y la legislación básica: se refiere textualmente al «principio de «modelo de ciudad compacta» que se reivindica tanto en el TRLS de 2008 como en la LUCYL con los mayores costes que ello supone desde el punto de vista del impacto ambiental como por los mayores costes de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos» (fundamento octavo). Por tanto, existe un principio de ciudad compacta aplicable en todo el territorio nacional. También puede citarse como ejemplo la confirmación de la legalidad

(31) Art. 2.2, b) de la Ley, actualmente art. 3.2, b) del TRLS de 2015

(32) STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 18 de junio de 2015, recurso de casación núm. 3436/2013, Ar. RJ 2015\3412, ponente César Tolosa Tribiño. Concurren en pronunciarse en el mismo sentido sobre la Sexta Modificación del PGOU de Ávila, de 2011, las SSTs, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 24 de junio de 2015, recursos de casación núm. 3784 y 3657/2013, Ar. RJ 2015\3570 y 4817, ponente Francisco José Navarro Sanchís. Un esclarecedor comentario de la primera sentencia en RAMOS MEDRANO, José Antonio (2015): «Sentencia del Tribunal Supremo de dieciocho de Junio de dos mil quince (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Ponente: César Tolosa Tribiño)», Actualidad Jurídica Ambiental de 10 de septiembre de 2015. Accesible en http://www.actualidadjuridicaambiental.com/_juris_tribunal-supremo-castilla-leon-urbanismo-ciudad-compacta-avila/

de la decisión de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de denegar la aprobación de un plan general que comportaba un crecimiento desmesurado de un pequeño municipio (33).

El Tribunal Supremo se alinea con la tendencia contraria a la creación de nuevos núcleos de población, propugnando articular el crecimiento urbanístico con mecanismos menos gravosos ambientalmente (34). La creciente prevención contra la formación de nuevos núcleos de población se refiere incluso a iniciativas públicas para la promoción de vivienda protegida, muestra de lo cuál es la anulación del proyecto de una «ecociudad» en las inmediaciones de Logroño, aprobada por el Ejecutivos regional, en la Sentencia de 5 de julio de 2012 (35), alegando la inidoneidad del suelo no urbanizable para

(33) STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 7 de mayo de 2015, recurso de casación núm. 1991/2013, Ar. RJ 2015\2414, ponente Jesús Ernesto Peces Morate. También las SSTs de 21 de abril y 29 de julio de 2015 confirman acuerdos de la Junta de Castilla y León que rectifican aprobaciones provisionales de revisiones urbanísticas que incrementaban el suelo urbanizable (STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 29 de julio de 2015, recurso de casación núm. 3715/2013, Ar. RJ 2015\3710, ponente Mariano De Oro-Pulido López y STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1589/2013, Ar. RJ 2015\2175, ponente César Tolosa Tribiño).

(34) Vid European Environment Agency (2006): *Urban sprawl in Europe. The ignored challenge*, Office for Official Publications of the European Communities.

Entre nosotros, el impulso de la concepción actualmente dominante, que pone el énfasis en un urbanismo sostenible desde un punto de vista ambiental, aunque también económico, es claramente europeo. En este sentido, vid. GALERA RODRIGO, Susana (2006): «Urbanismo sostenible: la política europea del medio ambiente urbano», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 224, pp. 155-182. También, de la misma autora, GALERA RODRIGO, Susana (2007): «Urbanismo sostenible. Instrumentos jurídicos para su ejecución», en G. GARCÍA ÁLVAREZ (coord.), *El nuevo régimen del suelo*, Monografías de esta REVISTA, núm. IX, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 15-48. Desde una perspectiva más amplia, MORENO MOLINA, Ángel (2008): *Urbanismo y medio ambiente. Las claves del planeamiento urbanístico sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch. Recientemente, GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta (2015): *Planeamiento urbanístico y desarrollo sostenible*, Madrid, Dykinson.

No obstante, para una posición crítica con la ortodoxia dominante, vid. AMENÓS ÁLAMO, Joan (2015): *El mito legal de la ciudad compacta*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona.

(35) La ecociudad de Logroño ha generado tres pronunciamientos del Tribunal Supremo, de la misma fecha, en que éste casa las correspondientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y anula diversos aspectos del proyecto. Se trata de las siguientes sentencias: STS 5191/2012 de 5 de julio de 2012, recurso de casación núm. 4066/2010, ponente Rafael Fernández Valverde, cuyo origen es el recurso presentado por la Asociación de Empresarios de la Construcción, Promoción y Afines de La Rioja contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma por el que se declara el interés supramunicipal de la zona de interés regional para el desarrollo de una ecociudad; STS 5189/2012 de 5 de julio de 2012, recurso de casación núm. 3869/2010, ponente Rafael Fernández Valverde, cuyo origen es el recurso del Ayuntamiento de Logroño contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de La Rioja

tal tipo de actuaciones (fundamento sexto), lo que derivaría no sólo de las previsiones de la legislación autonómica, sino de la necesidad de interpretarlas a la luz del art. 12.2, a) del TRLS de 2008, aplicable al caso por razones temporales, de lo que resulta según el Tribunal Supremo: «... está *prohibida en suelo no urbanizable —no solo en el especial- la formación de núcleos de población*, razón por la cual se prohíben [...] las parcelaciones urbanísticas que den lugar a ellos».

La posición del Tribunal Supremo aparece incluso más claramente expresada en otra sentencia, también de 5 de julio de 2012 (36), a propósito de la impugnación por una asociación empresarial del mismo proyecto de «ecociudad», cuando se examina la alegación de una insuficiente valoración de la prueba aportada por la parte impugnante sobre la inexistencia de necesidad de vivienda en Logroño:

«... efectivamente, la sentencia de instancia no valora la prueba pericial practicada como se alega en el primer y tercer motivo de impugnación y tampoco analiza la cuestión planteada referida a la *falta de justificación del Acuerdo impugnado por haberse desvirtuado, mediante esa prueba pericial a juicio de la recurrente, que no hay insuficiencia de viviendas en el PGM de Logroño, que cuenta con suelo clasificado para ubicar más de 38.000 viviendas, como resulta de esa prueba pericial, que no se valora*» (fto cuarto).

La cifra se extrae de un informe pericial de arquitecto aportado por la parte impugnante, que estima en esa cantidad el número de viviendas que el plan general vigente permitía construir (algo más de 14 mil en suelo urbano y urbanizable delimitado y el resto en urbanizable no delimitado). La conclusión del Tribunal Supremo es que, con independencia de que el suelo no urbanizable fuese de especial protección, debe anularse el acuerdo de creación de un nuevo núcleo en suelo no urbanizable (fto sexto). El punto de partida del argumento que sirve de fundamento al fallo es meridiano: «*el suelo en situación rural —incluso el llamado tradicionalmente no urbanizable común—, al que se refiere el artículo 12.2 TRLS08, tiene un valor ambiental*». Es decir,

por el que se declara el interés supramunicipal de la zona de interés regional para el desarrollo de una ecociudad; y la STS 5192/2012 de 5 de julio de 2012, recurso de casación núm. 4543/2010, ponente Rafael Fernández Valverde, cuyo origen el recurso del Ayuntamiento de Logroño contra el Convenio urbanístico para el desarrollo de una ecociudad suscrito por la Administración de la Comunidad Autónoma y dos empresas promotoras. Los números del Repertorio Aranzadi son RJ 2013\2343, RJ 2012\7732 y RJ 2012\8282.

(36) Este aspecto es acertadamente destacado en SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2012): «La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la 'ecociudad' de Logroño)», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* núm. 10, pp. 193-206, pp. 199-201 y *passim*.

que si bien en el art. 10.1, a) del TRLS de 2008 —art. 20.1, a) del TRLS de 2015— se permite que el planeamiento territorial o urbanístico establezcan la urbanización de terrenos en situación rural, ello está subordinado a que se trate únicamente del «suelo preciso para satisfacer necesidades que lo justifiquen». En consecuencia, la ausencia de necesidad de vivienda impediría los nuevos desarrollos encaminados a su satisfacción, incluso si destinados a vivienda de protección oficial, pues la legislación básica ya prevé el destino a vivienda protegida de una parte muy relevante de las que se edifiquen en los nuevos desarrollos, incluidos los pendientes para la completa ejecución del plan general vigente. Tampoco los restantes objetivos señalados en el acuerdo impugnado serían motivación suficiente (fto sexto):

«Los demás objetivos previstos en el Acuerdo impugnado para la llamada “ecociudad”, como son la optimización de los recursos necesarios, contribuir a la mejora de la calidad de vida, mejorar el sistema ambiental, la utilización de los recursos de forma eficiente, la promoción del reciclaje y la reutilización, también pueden conseguirse con el desarrollo y ejecución del propio PGM de Logroño, pues esos objetivos no vienen impedidos por ese instrumento de planeamiento y tampoco por los que se puedan aprobar en su desarrollo».

Por lo demás, la idea de que suelo no urbanizable común por sí mismo presenta valores dignos de protección, de tal manera que una reclasificación de suelo no urbanizable rústico común insuficientemente justificada será contraria al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y, por tanto, contrario a Derecho, ha sido reafirmada en otros pronunciamientos del Tribunal Supremo (37).

IV. EL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO COMO CATEGORÍA REGLADA

La discrecionalidad del planificador urbanístico tiene, entre otros límites, la existencia de dos categorías regladas de suelo: el suelo urbano —en función de la edificación consolidada o de la existencia de servicios urbanísticos— y el suelo no urbanizable especialmente protegido.

En la jurisprudencia sobre el suelo no urbanizable de protección especial hay dos elementos: el interés público en el mantenimiento de la protección llevó primero a establecer un elevado *estándar de motivación* cuando el planificador optase por *desproteger* porciones de esa clase de suelo, para posteriormente enfatizar el carácter reglado de la clasificación y, por tanto, susceptible de

(37) STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 17 de junio de 2015, recurso de casación núm. 3367/2013, Ar. RJ 2015\2955, ponente César Tolosa Tribiño.

control judicial pleno de sus *aspectos sustantivos*, lo que llevó finalmente a la referencia expresa al principio de no regresión de la protección ambiental. El carácter reglado se apoya en varias sentencias en el texto literal de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, pero ha sobrevivido a la vigencia de ese texto legal, fundamentándose en otras sentencias del Tribunal Supremo en el principio de sostenibilidad aplicado al urbanismo o *urbanismo sostenible*, incorporado al TRLS de 2008, de donde ha pasado al vigente TRLS de 2015. Puede apuntarse que, en ocasiones de forma un poco confusa, el Tribunal Supremo no ha prescindido de la exigencia de motivación —un mecanismo típico de control de la discrecionalidad— pese a adherirse a la concepción del suelo no urbanizable especialmente protegido como categoría reglada.

En su trabajo sobre el control judicial de la planificación urbanística, DELGADO BARRIO establecía un doble elemento de control de la decisión de la Administración, en ambos casos reconducible a la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la Constitución. Primero, la verificación de la suficiencia y adecuación de la motivación, que en el caso de los planes urbanísticos ha tenido un desarrollo normativo bastante preciso. Segundo, la aplicación de un estándar mínimo de racionalidad en el resultado (38). Aunque con carácter general se haya señalado que la segunda regla de control, relativa al resultado, resultaba más primitiva y menos incisiva, en la medida en que comportaría que se hace recaer sobre el recurrente la carga de probar la irracionalidad del resultado (39), no parece haber sido así respecto a la clasificación por el planeamiento urbanístico del suelo no urbanizable de protección especial, en la medida en que del énfasis inicial en la motivación se ha evolucionado a una posición en la que el Tribunal Supremo considera que, aunque se motive, el resultado en sí mismo puede ser inaceptable desde el punto de vista del control de la arbitrariedad y, por tanto, inválido.

Esta doctrina jurisprudencial tiene su origen en un pronunciamiento de 2003 (40), aunque a mi juicio su consolidación se produce sólo en 2007.

(38) DELGADO BARRIO, Javier (1993): *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, pp. 41 y ss., 103 y ss. y *passim*.

(39) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015: 181-182).

(40) La STS de 17 de febrero de 2003, Recurso de Casación núm. 6221/1999, Ar. RJ 2003\2891, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero. Como todas las demás reseñadas en el presente trabajo, emanada de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Esta sentencia fue comentada, junto con las SSTs de 25 de octubre de 2006 (Recurso de Casación núm. 3713/2003, Ar. RJ 2007\764, ponente Segundo Menéndez Pérez), de 3 de julio de 2009 Recurso de Casación núm. 909/2005, Ar. RJ 2009\5902, ponente Pilar Teso Gamella) y de 12 de febrero de 2010 (Recurso de Casación núm. 365/2006, Ar. RJ 2010\1513, ponente Pilar Teso Gamella), por ALEGRE ÁVILA (2012: 111-130).

Inicialmente, el Tribunal Supremo formulaba una su posición en unos términos que, pese a la formulación de la clasificación del suelo no urbanizable de protección especial como reglado, se aproximaba mucho al control de los hechos determinantes. A diferencia de la anterior, en pronunciamientos posteriores Sentencia de 16 de abril de 2015, (41) el carácter reglado se considera una consecuencia necesaria del principio de no regresión en la protección ambiental.

En la Sentencia de 3 de julio de 2007 (42) se examinaban varios supuestos de cambio de la clasificación de ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido, que pasaron a convertirse en urbanizables en virtud de la revisión del plan general. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revisión de 1997 del Plan General de Madrid, anulando la reclasificación como urbanizable de ámbitos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección. En la sentencia de instancia se argumentó que el art. 45 de la Constitución impone a los poderes públicos los deberes de defender y restaurar el medio ambiente y que toda la legislación debe interpretarse de acuerdo con estos deberes constitucionales, lo que comporta que la alteración por el planeamiento de las clasificaciones preexistentes

Existe un pronunciamiento previo que puede traerse a colación, la Sentencia de 15 de noviembre de 1995 (Recurso núm. 3849/1990, Ar. RJ 1995\8333, ponente Pedro Esteban Alamo), pero en ella la referencia al carácter reglado del suelo no urbanizable de protección especial en aplicación del TRLS de 1976 aparece en los fundamentos de la sentencia apelada, ciertamente incorporados a la sentencia del Tribunal Supremo, que los transcribe, pero en sus fundamentos propios la Sala tercera afirma simplemente la falta de prueba por los recurrentes de que no concudiesen los hechos determinantes de la decisión administrativa, además de la existencia de una serie de decisiones administrativas coincidentes en el valor ecológico de los terrenos que se remontaban al Plan General de Madrid de 1963 y diversas directrices de la COPLACO. Por otra parte, en pronunciamientos posteriores, como la Sentencia de 3 de noviembre de 1998 (Recurso de Apelación núm. 7296/1992, Ar. RJ 1998\8004, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero), el Tribunal Supremo afirmaríá contundentemente la discrecionalidad del planificador a la hora de clasificar un suelo como no urbanizable de especial protección como fundamento del fallo, la confirmación como legal de la protección de los terrenos.

(41) Recurso de casación núm. 3068/2012, Ar. RJ 2015\2167, ponente César Tolosa Tribiño.

(42) Recurso núm. 3865/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez. Sobre esta sentencia, que toma como referencia de la entera línea jurisprudencial, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015): «Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, BELADÍEZ ROJO, Margarita, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (coords.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM, Marcial Pons, pp. 149-187, especialmente pp. 169 y 174-177.

de suelo que supongan un régimen de protección para el suelo no urbanizable no queda amparada por una genérica discrecionalidad, sino que *debe recibir una motivación expresa apoyada en motivos de interés público*. En el recurso se aducen varios argumentos: que la normativa urbanística en ningún momento establece que unos terrenos clasificados en determinado momento como suelo no urbanizable deban considerarse inmutable; en la discrecionalidad del planificador para determinar el modelo de desarrollo urbano; el carácter de la Memoria de la revisión de un Plan General, que no tiene que contener una motivación minuciosa de cada novedad introducida, sino una motivación amplia de los cambios; o, finalmente, que el carácter discrecional de la potestad de planeamiento comporta que sea el recurrente quien haya de probar que los límites de la discrecionalidad se han sobrepasado.

El Tribunal Supremo ya había afirmado en diversas ocasiones que la clasificación del suelo no urbanizable especialmente protegido no es puramente discrecional ya que «prima el criterio real en la clasificación» (43). También había afirmado que la reversión de la clasificación como suelo no urbanizable de especial protección requiere una motivación reforzada, como en la Sentencia de 17 de febrero de 2003 (44). En un sentido similar la Sentencia de 25 de octubre de 2006 (45) respecto a un suelo clasificado por su valor paisajístico (fundamento segundo): «no le será posible al planificador modificar esa clasificación por otra que permita, ya o en el futuro, incluirlo en el desarrollo urbano, sin justificar antes, de modo razonado y suficiente, que aquel o aquellos valores, o no existían realmente, o son ya inexistentes, o no pueden seguir siendo protegidos, allí, en aquel suelo, por causas jurídicamente atendibles».

En consecuencia, en la Sentencia de 3 de julio de 2007 se sigue la doctrina anterior, pero *se refuerza con una consideración de carácter general: cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación de colaboración con jueces y tribunales en el curso del proceso* (art. 118 de la Constitución), *determina que esa parte esté obligada a aportarlas, para que el órgano judicial pueda descubrir la verdad* (fundamento 13). Ade-

(43) Sentencia de 15 de noviembre de 1995, recurso de apelación núm. 3849/1990, ponente Pedro Esteban Alamo; en el mismo sentido, Sentencia de 3 de noviembre de 1998, recurso de apelación núm. 7296/1992, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

(44) Recurso de casación núm. 6221/1999, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero: «El punto de partida es el de que se está en presencia de un suelo «especialmente protegido», naturaleza otorgada en virtud de una decisión administrativa, cuya necesidad de modificación es necesario justificar. No ha de olvidarse que el «suelo especialmente protegido» tiene unas características propias que motivan esa clasificación. La modificación de esa clasificación es posible, pero exige acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de «especialmente protegido» de un determinado suelo» (fundamento quinto).

(45) Recurso de casación 3713/2003, ponente Segundo Menéndez Pérez.

más, *no basta con afirmaciones genéricas* respecto al modelo urbano cuando se restringen los ámbitos de suelo no urbanizable especialmente protegido (fundamento 17):

«La duda, como ya hemos dicho, perjudica a la Administración autora del Nuevo Plan General, pues en su Plan anterior consideró necesario proteger suelos que ahora desprotege y no debe, por no disponer ahí de una potestad meramente discrecional y sí, más bien, reglada, ampararse sólo en la presunción de racionalidad del nuevo planeamiento en su conjunto, que hubiera de ser combatida y destruida por el impugnante, sino justificar que aquella desprotección no conculca las normas jurídicas que rigen la clasificación de los suelos no urbanizables protegidos».

Sin embargo, el incremento de la protección y defensa del paisaje se considera un argumento suficiente para legitimar el paso de un suelo no urbanizable de común a especial protección en la Sentencia de 14 de febrero de 2007 (46). Ciertamente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana había desestimado el recurso y confirmado la legalidad de la Modificación Puntual del Plan General de Benicarló que dio una nueva clasificación a los terrenos de la recurrente, de suelo no urbanizable «común» a no urbanizable de «especial protección». Las razones parecen haber sido la protección de un yacimiento arqueológico ibero y, en lo que afectaba a la finca de la recurrente, la protección paisajística de un cerro rodeado por un extenso llano, configuración geográfica infrecuente en la provincia de Castellón. Pese a la existencia de informes que cuestionaban la necesidad de esa protección por debajo de una determinada cota, se confirma la decisión administrativa. La sentencia de instancia, en argumento recogido por el Tribunal Supremo, parte del carácter reglado de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1995. Aunque la decisión de la Administración iba más allá de lo indispensable para la finalidad perseguida, la importancia de la protección del paisaje llevaría a no aplicar criterios de afección mínima a los derechos de los particulares (fundamento cuarto). En tal sentido cita la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, aunque no parece directamente aplicable al caso, y el Convenio Europeo del Paisaje (47), que promueve la implantación de políticas integrales de protección del paisaje que no se limiten a los parajes de especial valor o a la tutela indirecta a través de instrumentos ambientales, sino la introducción instrumentos y medios necesarios para una política directa e integrada de «protección, gestión y

(46) Recurso núm. 5559/2003, ponente Rafael Fernández Valverde.

(47) Hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000, ratificado por España el 26 de noviembre de 2007, no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2008.

ordenación de los paisajes». También se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (48) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49).

Consolidado el régimen de la «desclasificación», en un primer momento la doctrina del carácter reglado no se aplica a la «clasificación» que suponga incremento de la protección: coetáneamente, el Tribunal Supremo confirmó la decisión de clasificar un suelo como no urbanizable de especial protección paisajística y ambiental, frente a la pretensión del recurrente de que se considerase suelo no urbanizable de uso minero, con la argumentación de los valores ambientales a preservar y la *discrecionalidad de la Administración para adoptar las decisiones más convenientes para su preservación* (50). Aunque en decisiones posteriores el Tribunal Supremo ha afirmado el carácter reglado de la potestad de planeamiento también cuando se trata de clasificar *ex novo* un suelo no urbanizable de protección especial, subsiste una cierta asimetría: las sentencias del Tribunal Supremo en esta materia siguen teniendo un carácter más contundente cuando se enfrentan a supuestos de «desclasificación», en los la Sala tercera concibe su doctrina como una manifestación del *principio de no regresión en materia ambiental* (51), conexión manifestada expresamente en diversos pronunciamientos (52). Puede afirmarse que no es un criterio «legal»,

(48) Sentencia 102/1995, de 26 de junio.

(49) Sentencia de 25 de septiembre de 1996, Buckley contra el Reino Unido, y las cinco Sentencias de 18 de enero de 2001, asuntos Coster, Beard, Chapman, Lee y Jane Smith contra el Reino Unido.

(50) STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5ª, de 21 de julio de 2008, recurso de casación 5380/2004, ponente Eduardo Calvo Rojas.

(51) Sobre este principio, vid. PRIEUR, Michel (2010): «El nuevo principio de «no regresión» en Derecho Ambiental», Zaragoza, Prensas Universitarias, discurso de investidura como Doctor Honoris Causa. Para una visión internacional y comparada, vid. PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (2012): *La non régression en droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant. En este volumen, en particular, desde una perspectiva general, PRIEUR, Michel: «Le nouveau principe de «non régression» en droit de l'environnement», pp. 5-46. Para el ordenamiento español, en el mismo volumen, LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Le principe de non régression dans le déclassement des zones protégées en droit espagnol», pp. 307-332. Para un estudio comparado de los ordenamientos colombiano y español, AMAYA ARIAS, Ángela María (2016): El principio de no regresión en el Derecho Ambiental, Madrid, Lustel.

(52) Puede citarse en este sentido, entre otras, las SSTS de 10 de julio de 2012, recurso de casación núm. 2483/2009, Ar. RJ 2013\2346, ponente Rafael Fernández Valverde o de 16 de abril de 2015, recurso de casación núm. 3068/2012, Ar. RJ 2015\2167, ponente César Tolosa Tribiño. De acuerdo con esta última sentencia: «tratándose de la clasificación como suelo urbanizable no sectorizado de cuatro ámbitos que el anterior planeamiento clasificaba como suelo no urbanizable de especial protección, nos movemos en el ámbito de aplicación del *principio de no regresión planificadora para la protección medioambiental* (Cfr. STS de 30 de septiembre de 2011 [Casación 1294/2008]; de 29 de marzo de 2012 [Casación 3425/2009]; 10 de julio de 2012 [Casación 2483/2009] y 29 de noviembre de 2012 [Casación 6440/2010] y de 14 octubre 2014 [Casación 2488/2012] que, por

directamente derivado de la aplicación literal de un texto legal, sino construido sobre el reconocimiento del medio ambiente como valor constitucional y del principio jurídico de sostenibilidad.

La novedad en la posición actual del Tribunal Supremo no reside tanto en considerar el suelo no urbanizable de especial protección como categoría reglada, sino en considerar reglada la clasificación de «todo» el suelo no urbanizable protegido.

Tradicionalmente se distinguía entre: primero, un suelo no urbanizable de protección especial de clasificación reglada, impuesta por la legislación sectorial de dominio público, ambiental o de patrimonio cultural o los planes de ordenación del territorio; segundo, un suelo no urbanizable protegido discrecionalmente por iniciativa del planificador urbanístico; y tercero, suelo no urbanizable común de clasificación discrecional (53). Actualmente la jurisprudencia considera reglada de la clasificación del suelo no urbanizable protegido incluso en ausencia de previsiones aplicables de la legislación sectorial o los planes territoriales. Además, se ha pasado de una exigencia de ponderación que debía plasmarse en una motivación expresa y específica, a considerar que el planificador está vinculado por la presencia de valores naturales, paisajísticos, agrícolas o similares, de tal manera que sólo la degradación natural de los terrenos legitimaría el cambio de clasificación.

El riesgo es una rigidez excesiva (54). Sin consecuencias negativas hasta ahora, durante un período en el que la falta de presión urbanística, debida a la caída de la actividad económica, se ha unido a la existencia de un stock inmobiliario claramente excesivo procedente de la burbuja anterior a la cri-

lo que aquí interesa, comporta la exigencia de una especial motivación de las innovaciones de planeamiento que incidan sobre la calificación de las zonas verdes o la clasificación de los suelos especialmente protegidos porque, como dijimos en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Casación 1294/2008) el citado principio de no regresión «nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría *la imposibilidad de no regresar de —o, de no poder alterar— una clasificación o calificación urbanística —como podría ser la de las zonas verdes— directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso».*

(53) En este sentido, AGUDO GONZÁLEZ (2010 a: 145), que se refiere a «la tradicional distinción entre SNUEP de clasificación reglada, SNU protegido discrecionalmente por iniciativa del planificador urbanístico y SNU común de clasificación discrecional», para señalar que el componente discrecional no se habría visto alterado con la Ley 8/2007, «no ha servido para evitar la clasificación discrecional del suelo en función de su destino y reconducirla a criterios objetivos y razonables que justifiquen el diferente régimen jurídico otorgado a algunos de los terrenos integrados en situación básica rural».

(54) Así lo apuntaba ALEGRE ÁVILA (2012) a propósito de la STS de 17 de febrero de 2003. También exterioriza temores en este sentido BERMEJO LATRE (2012: 611-612), aunque exprese un juicio conforme con el fallo en el concreto caso que examina.

sis. La cuestión es si esta doctrina jurisprudencial seguiría siendo socialmente «sostenible» una vez que las cosas vuelvan a la normalidad.

El Tribunal Supremo parece incluso en algunos casos no tener en cuenta que la conceptualización de los «valores» a preservar como conceptos jurídicos indeterminados debería permitir al planificador urbanístico un margen de apreciación distinto del propio de una potestad reglada. (55) Es más, el Tribunal Supremo en algún caso ha afirmado expresamente que no sería de aplicación el margen de apreciación a favor de la Administración que supone reconocer la existencia de un halo del concepto en el caso de conceptos jurídicos indeterminados (56).

El Tribunal Supremo sí relacionaba en algún caso el control contencioso-administrativo con los conceptos jurídicos indeterminados, al menos en momentos iniciales de la línea jurisprudencial estudiada (57), o incluso en algún pronun-

(55) BACIGALUPO afirma expresamente que, cuando se trata de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por la Administración, en el ámbito del halo del concepto hay una aplicación discrecional. Vid BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, pp. 188 y ss.

(56) STS de 10 de diciembre de 2014, Recurso de Casación núm. 3470/2012, Ar. RJ 2015\43, ponente Francisco José Navarro Sanchís, ya citada, con origen en los recursos de diversas asociaciones contra el Proyecto Regional para la ejecución de un Parque de Ocio en el municipio de Arlanzón (Burgos), dando lugar a una sentencia de instancia, confirmada por el Tribunal Supremo, anula el proyecto por el detrimento del valor ambiental de un suelo rústico en el que se pretendía ubicar un campo de golf pese a que tenía reconocido «un alto valor de protección, bien por su valor natural o por su valor productivo». El Tribunal Supremo señala (fundamento cuarto), que «no hay una jurisprudencia del Tribunal Supremo que establezca una doctrina general sobre todos los conceptos jurídicos indeterminados en el sentido propugnado por la Administración recurrente, válida para toda clase de situaciones jurídicas, conforme a la cual haya un ámbito en ellos —en todos, sin excepción— que apoderase a la Administración para definir su alcance y significado, quedando inmune, en ese halo del concepto o zona de incertidumbre, a la fiscalización jurisdiccional», rechazando su aplicación en el caso concreto.

También hay otros casos en que el Tribunal Supremo sí ha considerado que de lo que se trata en supuestos como los estudiados, aunque reglada, es de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como en la STS de 3 julio 2007, Recurso de Casación núm. 3865/2003, Ar. RJ 2007\3753, ponente Segundo Menéndez Pérez, fundamento décimo: «...invocan como infringido el *ius variandi* y el carácter discrecional de la potestad de planeamiento; infracciones que hemos de negar, pues no hay discrecionalidad y sí, más bien, aplicación reglada de conceptos jurídicos indeterminados, en la decisión por la que un determinado suelo es clasificado, o no, como no urbanizable protegido». Más adelante, en el fundamento décimo séptimo, el TS vuelve a hacer referencia a «normas jurídicas trufadas de conceptos jurídicos indeterminados».

(57) Como en la STS de 3 julio 2007, Recurso de Casación núm. 3865/2003, Ar. RJ 2007\3753, ponente Segundo Menéndez Pérez, fundamento décimo: «...invocan como infringido el *ius variandi* y el carácter discrecional de la potestad de planeamiento; infracciones que hemos de negar, pues no hay discrecionalidad y sí, más bien, aplicación reglada de conceptos jurídicos indeterminados, en la decisión por la que un determinado suelo es clasificado, o

ciamiento más reciente, aunque no relativo a una desclasificación, sino a la negativa de la Administración a la desprotección de unos terrenos solicitada por un particular (58), es decir, que el margen de la duda se le reconoce a la Administración cuando incrementa o mantiene la protección, no cuando la rebaja o la hace desaparecer.

En lógica coherencia con la posición dominante, el carácter reglado no sirve únicamente para justificar el mantenimiento la clasificación de un suelo no urbanizable especialmente protegido: *también debería servir para considerar injustificada o irrazonable esa clasificación*. Efectivamente, existe algún pronunciamiento en tal sentido que puede citarse —aunque sean extraordinariamente raros—, como la Sentencia de 4 de marzo de 2014 (59), en que apoyándose en el carácter reglado del suelo no urbanizable de especial protección, afirmado con apoyo en la jurisprudencia, (60) el Tribunal Supremo confirmó la

no, como no urbanizable protegido». Más adelante, en el fundamento décimo séptimo, el TS vuelve a hacer referencia a «normas jurídicas trufadas de conceptos jurídicos indeterminados».

(58) El asunto resuelto por la STS de 6 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 5472/2011, Ar. RJ 2014\3396, ponente José Juan Suay Rincón) se refería no a un supuesto de desclasificación, sino, por el contrario, de negativa de la Administración pública a realizar una desprotección para pasar unos terrenos a la categoría de suelo no urbanizable común, permitiendo así la ampliación de un parque eólico. El conflicto se recondujo a la cuestión es si el suelo que el Ayuntamiento no quería desproteger tiene valores intrínsecos que lo configuran como suelo protegido. En el fundamento sexto, C) se afirma lo siguiente:

«... aun no concurriendo esa sujeción formal a un régimen de especial protección, *también es procedente la consideración de los terrenos como suelo no urbanizable cuando tal clasificación sea necesaria para salvaguardar aquellos valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales a los que alude el artículo 9.1 (artículo 9.2 de la Ley 6/1998, primer inciso).*

En este segundo caso, la consideración de suelo no urbanizable *no será una consecuencia directa y automática* derivada del hecho de estar sujeto el terreno a algún régimen especial de protección —supuesto del artículo 9.1— sino que requerirá *la ponderación de los valores y circunstancias concurrentes*, lo que inevitablemente comporta un *cierto margen de apreciación*; pero *la clasificación como suelo no urbanizable no es aquí discrecional sino que resulta igualmente reglada*, de modo que, si se constata que concurren tales valores, será preceptivo asignar al terreno tal clasificación. Se trata de *conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de pleno control, en su caso, en sede jurisdiccional*».

(59) STS de 4 de marzo de 2014, recurso de casación núm. 3886/2011, Ar. RJ 2014\2399, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

(60) Fundamento primero: «Se alega, en primer lugar, por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, que el Tribunal a quo, al declarar en la sentencia recurrida que «el planificador no tiene discrecionalidad para clasificar el terreno como rural de especial protección por ser de carácter reglado» ha vulnerado lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Suelo 8/2007 [...] es suficiente con recordar que tal aserto es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 22 de noviembre de 2012 [Ar. RJ 2013, 336] (recurso de casación 6858/2010), 19 de septiembre de 2013 [Ar. RJ 2013, 6833] (recurso de casación 3193/2011) y 11 de octubre de 2013 [Ar. RJ 2013, 7932] (recurso de casación 5161/2010)».

sentencia recurrida, en la que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura había anulado parcialmente el Plan General Municipal y el Plan Especial del Casco Histórico de Badajoz, anulando el cambio de la clasificación de suelos urbanizables de usos industriales a suelo no urbanizable especialmente protegido. El Tribunal Supremo consideró que faltaba de motivación del cambio de clasificación, estableciendo aparentemente una exigencia adicional de motivación también para los cambios de clasificación sobre los supuestos en que la clasificación se realice *ex novo*, no sólo para desproteger el suelo, sino también para aumentar su protección (fundamento segundo):

«Lo que el Tribunal de instancia, después de apreciar detenidamente las pruebas practicadas, ha declarado es que los terrenos desclasificados, según reconoce el propio planeamiento impugnado, *carecen intrínsecamente de valor paisajístico*, por lo que su protección deriva de que desde ellos se hacen visibles esos monumentos declarados Bienes de Interés Cultural, pero, dada la situación y distancia de estos Bienes (entre 1.600 metros y 4.280 metros con numerosas edificaciones intermedias), *no resulta justificada ni debidamente motivada tal protección, especialmente cuando se utiliza ese pretendido valor paisajístico para la desclasificación de unos terrenos que, con anterioridad, venían clasificados como urbanizables* a pesar de que los monumentos ya existían y de que otros suelos, con idéntica ubicación, han venido a ser clasificados como urbanizables».

Ambos motivos —carácter reglado y necesidad de motivación— aparecen sintéticamente enunciados más adelante (fundamento cuarto), cuando se afirma que «el Tribunal a quo ha explicado con toda claridad el incorrecto proceder de la Administración al hacer *uso de su discrecionalidad para desclasificar*, sin justificación suficiente, un suelo clasificado como urbanizable de uso industrial y conferirle la clasificación de rústico de especial protección, que *constituye una clasificación reglada*». En consecuencia, el carácter reglado y la exigencia de motivación no sólo actúan como garantía jurídica en los casos de desclasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido para incorporarlo al proceso urbanizador, sino también cuando se trata de excluir de ese proceso suelos anteriormente clasificados como urbanizables para dotarlos de máximo nivel de protección.

V. CONCLUSIONES: EL CONTROL JURISPRUDENCIAL DE LA EXPANSIÓN URBANA COMO ELEMENTO DE PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL

La consideración como categoría reglada de todo el suelo no urbanizable de protección especial supone una construcción jurisprudencial, con apoyos argumentales sólidos, pero que va claramente más allá del tenor literal de la legislación básica. Supone un avance en la configuración jurídica de

un urbanismo sostenible, especialmente desde la perspectiva ambiental. Sin embargo, constituye a mi juicio una doctrina que está aún precisada de una última maduración que introduzca matices en el margen que ha de reconocerse al planificador, fundamentalmente en función de los valores que estén siendo objeto de protección —notablemente, valores ambientales o culturales frente a decisiones que optan por mantener una producción agrícola o ganadera tradicionales—, pero también en función del contenido concreto de la protección. El suelo no urbanizable de protección especial *no es una categoría unitaria*, ni se aproxima siquiera a ello. Ya no sólo en función de la pluralidad de regímenes que derivan de legislaciones de carácter especial respecto a la urbanística, como la de costas, aguas, vías pecuarias, carreteras, espacios naturales o patrimonio cultural, por poner algunos ejemplos. También y fundamentalmente en función de las decisiones adoptadas en cada caso por el planificador: la protección «especial» es meramente un régimen exorbitante, más restrictivo de los usos permitidos, respecto al del suelo que, lógicamente, se conoce como «común», no en función de una denominación usada por el legislador, sino acuñada por la práctica administrativa y judicial. También lógicamente, esas restricciones adicionales varían enormemente entre sí. Dadas las limitaciones de la casación en el proceso contencioso-administrativo, no corresponde al Tribunal Supremo entrar en las circunstancias de cada caso, pero sí establecer una doctrina general que permita ese examen circunstancial por los tribunales de instancia.

En el caso de la «desclasificación» o reducción de la protección del suelo no urbanizable de protección especial, el Tribunal Supremo ha encontrado un argumento *adicional* para reforzar su posición en el principio de no regresión en materia ambiental, lo que enlazaría directamente la doctrina jurisprudencial adoptada con normas constitucionales e internacionales relativas a la protección ambiental, particularmente con el art. 45 de la Constitución y el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto ambos preceptos contienen un mandato de «mejora» dirigido a los poderes públicos, de la calidad de vida en relación con el medio ambiente en el caso de la Constitución, directamente del medio ambiente en el caso de la Carta.

No obstante, aunque menos espectacular, a efectos prácticos probablemente tiene mayor relevancia la jurisprudencia protectora del suelo no urbanizable común. El ahorro de suelo, su no transformación sino cuando ésta sea estrictamente necesaria, es producto del reconocimiento de que ese suelo, per se, es portador de valores, incluso en caso de suelo humanizado, dedicado a actividades agrícolas o ganaderas. En este sentido, ese suelo no urbanizado permite, junto a otros elementos como las vías pecuarias o los cauces fluviales, una conectividad entre espacios naturales protegidos que favorece el mantenimiento de la diversidad biológica de las poblaciones de especies naturales. Es en este sentido una manifestación más de la superación de la concepción

«monumentalista», fundamentalmente estética, de la protección ambiental y de su evolución hacia concepciones funcionales de los sistemas ecológicos y de la preservación de la biodiversidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2004): *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, Bosch.
- (2010 a): «La «intercambiabilidad» del suelo urbanizable y no urbanizable», en esta REVISTA, núm. 136, pp. 123-175.
 - (2010 b): «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente* núm. 258, pp. 71-112.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2012): «Discrecionalidad del planificador, reclasificaciones urbanísticas y control judicial», *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 153, pp. 111-130, por el cuál se cita. También publicado en el vol. col. *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. I, pp. 449 y ss.
- ALONSO MAS, María José (2013): «Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y Derecho autonómico», *Revista de Administración Pública* núm. 190, pp. 101-148.
- AMAYA ARIAS, Ángela María (2016): *El principio de no regresión en el Derecho Ambiental*, Madrid, Iustel.
- AMENÓS ÁLAMO, Joan (2015): *El mito legal de la ciudad compacta*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales)*, Madrid, Marcial Pons.
- BARREDA BARBERÁ, Juan (2008): *La ordenación jurídica del suelo no urbanizable*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BASSOLS COMÁ, Martín (2012): «Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* núm. 30, p. 37-57.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1995): *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, Civitas, Madrid.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2012): «La clasificación del suelo no urbanizable ante la justicia contencioso-administrativa (comentario a la STS de 21 de febrero de 2011)», en el vol. col. *Administración y justicia: un análisis*

- jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. 1, pp. 599-612.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar (2012): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos frente a la contaminación, libertad de conciencia ambiental y protección urbanística del suelo», *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Aranzadi, pp. 101-120.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2008): «Las situaciones básicas y la clasificación urbanística del suelo. Las adaptaciones autonómicas al nuevo contexto normativo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 140, pp. 747-777.
- DELGADO BARRIO, Javier (1993): *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (1997): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi (primera edición).
- (1999): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi (segunda edición).
- GALERA RODRIGO, Susana (2006): «Urbanismo sostenible: la política europea del medio ambiente urbano», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 224, pp. 155-182.
- (2007): «Urbanismo sostenible. Instrumentos jurídicos para su ejecución», en G. GARCÍA ÁLVAREZ (coord.), *El nuevo régimen del suelo*, Monografías de esta REVISTA núm. IX, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 15-48.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2008): «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», *Observatorio de Políticas Ambientales 2008*, pp. 151-174, pp. 165-174;
- (2009): «Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales», *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, pp. 249-293, pp. 258-264;
- (2011): «El planeamiento urbanístico supramunicipal en Aragón: de las Normas Subsidiarias Provinciales a la Directriz de Urbanismo», en esta REVISTA núm. 38, pp. 59-122.
- (2013): «Jurisprudencia contencioso-administrativa: nuevos desarrollos de la protección del suelo no urbanizable y de la tutela cautelar», *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*, pp. 267-309, pp. 267-286;
- (2014): «Jurisprudencia contencioso-administrativa: ¿es el derecho urbanístico el derecho territorial común?», *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, pp. 349-309, pp. 358-369.

- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2007): «Recurso de casación y unidad del ordenamiento jurídico», *Revista de Administración Pública* núm. 174, pp. 599-637.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta (2015): *Planeamiento urbanístico y desarrollo sostenible*, Madrid, Dykinson.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1993): «El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 78, pp. 223-232.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro (2013): «La exigencia de motivación de los planes de urbanismo en la reciente doctrina jurisprudencial», *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 28, pp. 145-162.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2009): *La reclasificación del Suelo No Urbanizable*, Cizur Menor, Aranzadi
- LAZO VITORIA, Ximena (2013): «Revisión y modificación de los planes urbanísticos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2012 (Ciudad Deportiva del Atlético de Madrid y posible localización del proyecto «Eurovegas»)», en *Revista de Administración Pública* núm. 190, pp. 227-240.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2012): «Ciudades privadas para el juego», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 156, pp. 11-16.
- «Le principe de non régression dans le déclassement des zones protégées en droit espagnol», en PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (2012): *La non régression en droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant, pp. 307-332.
- LOZANO LIAÑO, Joaquín (2012): «El carácter reglado del suelo no urbanizable de especial protección y su incidencia en el reparto competencial para la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento urbanístico general», *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 5/2012, pp. 79-85.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2006): «La clasificación del suelo en la Ley de 1956: precedentes y secuelas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 225, pp. 160-184
- MORENO MOLINA, Ángel (2008): *Urbanismo y medio ambiente. Las claves del planeamiento urbanístico sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PAREJA I LOZANO, Carles (1990): *Régimen del suelo no urbanizable*, Madrid, Marcial Pons, 1990.
- (2006): «La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 225, pp. 295-322.
- PRIEUR, Michel (2010): «El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental», Zaragoza, Prensas Universitarias,

- PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (2012): *La non régression en droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant.
- PRIEUR, Michel: «Le nouveau principe de «non régression» en droit de l'environnement», en PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (2012): *La non régression en droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant, pp. 5-46.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons
- (2015): «Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, BELADÍEZ ROJO, Margarita, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (coords.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM, Marcial Pons, pp. 149-187
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel (2010): «Jurisprudencia reciente sobre el carácter reglado del suelo no urbanizable: las sentencias del Tribunal Supremo sobre la «plataforma logística e industrial de Vigo» y la «ciudad del golf» de las Navas del Marqués (Ávila)», *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 22, pp. 225-237.
- SÁNCHEZ LAMELAS, Ana (2012): «El suelo no urbanizable y el suelo rural: la clasificación urbanística de los terrenos comprendidos en la zona de servidumbre de protección de costas (Comentario a la STS de 13 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso, Sección 5, nº de recurso de casación 5212/2007, ponente E. Calvo Rojas)», *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. 1, pp. 2125-2146;
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2012): «La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la 'ecociudad' de Logroño)», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)* núm. 10, pp. 193-206
- SEGURA BELÍO, Marta (2011): «Suelo que no merece ser clasificado como no urbanizable de protección especial», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011.
- TEJEDOR BIELSA, Julio (2000): *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado autonómico*, Madrid, Civitas.
- (2001): «Propiedad urbana y urbanismo como competencias estatales de imposible ejercicio en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio», *Revista TEJEDOR BIELSA, Julio (2011): «La protección del suelo no urbanizable ¿Un camino sin vuelta atrás?», 1 y 2, El Blog de Espublico, 12 y 18 de julio de 2011. Accesible en <http://www.administracionpublica>.*

com/suelo-no-urbanizable/ y <http://www.administracionpublica.com/la-proteccion-del-suelo-no-urbanizable-¿un-camino-sin-vuelta-atras-2>.

VALENCIA MARTÍN, Germán (2012): «Jurisprudencia constitucional: agua, ruido y cautelares», *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 203-231.

EL RÉGIMEN DEL PATRIMONIO NATURAL EN FRANCIA

OLIVIER LECUQ

SUMARIO: I. LAS FUENTES JURÍDICAS DE LA DISCIPLINA.– II. EL PERÍMETRO Y LOS ELEMENTOS DE LA NATURALEZA QUE HAY QUE PROTEGER.– III. LA CONSIDERACIÓN Y EL RESPETO DE UNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.– IV. LA FILOSOFÍA DEL CONJUNTO JURÍDICO PROTECTOR.– V. LA GRAN VARIEDAD DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS.– VI. LOS MECANISMOS JURÍDICOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGIMEN DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS DIVERSAS HERRAMIENTAS.– VII. LOS ACTORES.– VIII. UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PRESCRIPTOR Y SANCIONADOR.– IX. BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA.

RESUMEN: El régimen francés de protección del patrimonio natural se base sobre la influencia del derecho internacional y europeo del medio ambiente que impone concebir esta protección como un valor de civilización y una exigencia jurídica fundamental. Dentro estos retos, presenta también una cierta especificidad al nivel de los fuentes y los dispositivos jurídicos, y de la manera aplicarlos. Este perfil doble se observa aquí a través la presentación de los ocho principales aspectos del régimen jurídico concernido.

Palabras clave: patrimonio natural; medio ambiente; derecho francés; derecho europeo; fuentes del derecho del patrimonio natural.

ABSTRACT: *The French system of legal protection of the natural heritage is influenced by the international and European law of the environment, which imposes to consider this protection as a value of civilization and a legal requirement of first rank. Regarding these objectives, the French legal framework also presents certain specificities at the level of sources and legal mechanisms, as well as in the way of implementing them. This double profile observes here through the presentation of the eight main aspects of the concerned legal regime.*

Key words: natural heritage; environment; french law; european law; sources of the law of natural heritage.

Es fácil considerar que una de las aportaciones fundamentales para el desarrollo del derecho medioambiental ha sido el reconocimiento de un valor dado a la naturaleza como componente esencial del universo humano. Además, varios convenios internacionales evocan «el valor intrínseco de la diversidad

biológica» (1). Sin embargo, la ausencia de un estatuto jurídico de la naturaleza y sus elementos (flora y fauna) contribuyó a que durante mucho tiempo estos bienes se utilizaran de forma inmoderada, no solo como si no tuvieran dueño, sino también como si fueran bienes perpetuamente renovables. La constatación de la desaparición progresiva de ciertas especies, de la disminución de los recursos hídricos y de la destrucción de lugares y paisajes, por solo mencionar algunas de las degradaciones principales, llevó a adoptar una política de protección de la naturaleza, así como a crear las herramientas jurídicas correspondientes (2). El camino es largo pero el alcance de la catástrofe medioambiental ya iniciada es tal que las esferas de actuación política y jurídica se desarrollan e intensifican sin cesar.

Como se sabe, primero se intensificó en el plano internacional y europeo, siendo pioneros en la materia. *La influencia del derecho internacional y europeo* es esencial en nuestra disciplina, pues la degradación del medio ambiente no conoce fronteras y requiere una acción conjunta para remediarlo. Desde los años sesenta y setenta hasta la actualidad, se han aprobado numerosos convenios internacionales, generales y específicos, desde la lucha contra el calentamiento global hasta la protección de los murciélagos, pasando por la protección de la diversidad biológica, la defensa de especies en peligro de extinción o la sacralización de humedales, sin olvidar el papel de la Unesco en el patrimonio mundial cultural y natural. Los eventos más representativos de este movimiento son, sin duda, el Convenio de Estocolmo de 1972, la conferencia de Río de 1992 y la más reciente de París, en noviembre de 2015 (la COP 21). Europa no se queda atrás con toda una serie de normativas de gran calado como las directivas de 1979 y 1992 relativas a la conservación de las aves silvestres (3) y la conservación de los hábitats naturales (4). Esta construcción internacional y europea sin precedentes ha reconocido la protección del patrimonio natural, cultural y el paisaje como «valores de civilización» (5), y ha marcado el ritmo en la creación de una política y un derecho de la naturaleza.

Por su parte, *el derecho nacional francés* se ha adherido a este movimiento de una manera bastante extraordinaria. Tanto es así que cualquiera que no conozca bien la materia quedará sorprendido con la gran cantidad de dispo-

(1) Por ejemplo, el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río 1992) ratificado por Francia el 10 de junio de 1994 y publicado por el decreto n° 95-140 de 6 de febrero de 1995.

(2) Michel Prieur, *Le droit de l'environnement*, Dalloz, 7ème édition, 2016, n° 455.

(3) Directiva n° 74/409, de 2 de abril de 1979.

(4) Directiva n° 92/43, de 21 de mayo de 1992.

(5) Maguelonne Dejeant-Pons, «Les travaux du Conseil de l'Europe concernant le patrimoine naturel, culturel et le paysage, valeurs de civilisation», *Mélanges Jehan de Malafosse*, LexisNexis, 2016, p. 77.

sitivos jurídicos diferentes que existen en Francia para proteger la naturaleza. Desde la ley fundadora de 10 de julio de 1976, precisamente sobre la protección de la naturaleza, asistimos a una dinámica constitucional, legislativa y reglamentaria que se ha acelerado durante los años 2000. Este arsenal jurídico responde a las exigencias internacionales y europeas, aunque también es fruto de una concienciación y de unas políticas propiamente nacionales que concretizan y completan los compromisos internacionales. Y la dinámica sigue evidentemente en marcha, más que nunca, como lo muestra la reciente y fundamental ley de 8 de agosto de 2016 relativa a la biodiversidad (6) que, de hecho, podremos utilizar de ejemplo en varias ocasiones.

¿Qué decir sobre todo este denso y variado conjunto normativo francés? Para exponer algunas observaciones y señalar algunos puntos de reflexión, no procederemos según la fórmula habitual francesa, esto es, abordando la problemática según una organización argumentativa rigurosa cartesiana, sino que de forma no sistemática, evocando ocho aspectos de carácter general que, aunque diferentes, se relacionan y complementan entre sí.

I. LAS FUENTES JURÍDICAS DE LA DISCIPLINA

Como podemos adivinar con las palabras de introducción, las fuentes del régimen aplicable al patrimonio natural no solo son numerosas, sino también de naturaleza diversa. A la normativa internacional hay que añadir la europea y la nacional, ellas mismas de naturaleza y jerarquía diferentes (la Constitución y una multitud de leyes y reglamentos), a lo que se suma una reciente dimensión contractual a la que nos referiremos después. Dirán que esta combinación de fuentes no es ninguna novedad y que finalmente es lo normal por la conexión e interconexión de los sistemas jurídicos en un mundo globalizado. Sin duda, aunque el derecho medioambiental y el del patrimonio natural constituyen al respecto una referencia, un modelo. Sin embargo, la conexión y correcta aplicación de las normas no siempre es fácil de realizar, sobre todo cuando en un mismo espacio natural hay que aplicar un conjunto de dispositivos jurídicos de fuentes diferentes (7). Lo cual puede convertirse rápidamente en un quebradero de cabeza, por lo que no estaría mal hacer un esfuerzo de simplificación y racionalización, incluso «una genética de las

(6) Ley n° 2016-1087, de 8 de agosto de 2016, *Journal Official* de 9 de agosto.

(7) Para dar dos marcos significativos, podemos referirnos al régimen aplicable a la montaña (por ejemplo, Claude Deves, «Loi montagne et protection du patrimoine naturel montagnard», *JCP A*, 2013, n° 6, p. 47) o al mar (por ejemplo, Nicolas Boillet et Géraldine Goffraux-Callebaut, «Quelques amers face à un droit tous azimuts», *Jurisart*, 2016, n° 36, p. 37).

normas» (8), aunque esto es aplicable a prácticamente todos los aspectos del corpus jurídico relacionados con el patrimonio natural.

II. EL PERÍMETRO Y LOS ELEMENTOS DE LA NATURALEZA QUE HAY QUE PROTEGER

El perímetro de la naturaleza que hay que proteger ha ido ampliándose a cada vez. El artículo 110-1 del Código de Medio Ambiente, enumera los elementos de la naturaleza cuya protección, valorización, restauración, rehabilitación y gestión se consideran de interés general. Se trata de los espacios, recursos y medios naturales (terrestres y marítimos), los lugares y los paisajes, la calidad del aire, las especies animales y vegetales, la diversidad y los equilibrios biológicos. Todos ellos forman parte del patrimonio común de la Nación. A estos elementos habría que añadir, sin embargo, una serie de parámetros de orden más sistémico, como se ha esforzado en hacer la ley sobre la biodiversidad de agosto de 2016. Esta ley promueve una concepción de la biodiversidad extensiva y, a su vez, dinámica. No se trata solo de considerar los elementos de la naturaleza de forma un tanto estática, sino de abarcarlos en su conjunto, teniendo en cuenta la variabilidad de los organismos vivos y, sobre todo, de los ecosistemas terrestres y acuáticos de los que forman parte. En otras palabras, tenemos que ser conscientes de que «la biodiversidad constituye un conjunto complejo, formado de intercambios y equilibrios que escapan al control humano» (9). En lo que respecta más específicamente a la definición del patrimonio natural propiamente dicho, podemos mencionar dos definiciones. Por un lado, una definición *stricto sensu* que solo abarca la fauna, a la flora y a los recursos genéticos correspondientes, y que es la definición del patrimonio natural del libro IV del Código de Medio Ambiente. Y, por otro, una definición *lato sensu*, que no solo abarca la fauna y la flora, sino de forma más general a los espacios naturales y a los ecosistemas. En este caso, nos quedaremos con esta segunda definición.

III. LA CONSIDERACIÓN Y EL RESPETO DE UNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En cuanto a las grandes referencias jurídicas que se imponen, podemos señalar, en primer lugar, que existen una serie de principios u obligaciones

(8) Según el título del artículo de Chantal Cans, «La protection de la nature dans la loi portant engagement national pour l'environnement ou comment picorer dans une loi pour reconstruire une génétique des normes», *Revue juridique de l'environnement*, 2010, NS, p. 95.

(9) Agathe Van Lang, «La loi Biodiversité du 8 août 2016: une ambivalence assumée», *AJDA*, 2016, p. 2381.

en cierto modo «fundadores» (10). Estos principios fundadores y generales se basan esencialmente en dos hechos: por un lado, el hecho de que la protección del medio ambiente y del patrimonio natural constituye un interés general mayor, lo que implica que esta protección esté en el centro de la acción política y jurídica; por otro lado, el hecho de que para alcanzar el interés general es necesario un «orden público ecológico» (11), en el sentido de que la protección del patrimonio implica una policía de medio ambiente y la sanción de los daños medioambientales.

Estas dos grandes líneas de acción se desarrollan y completan a través de una serie de principios específicamente aplicables a la protección del medio ambiente. Del artículo 110-1 del Código de Medio Ambiente se puede extraer hasta seis: el principio de participación, el principio de información, el principio de prevención y corrección, el principio de concertación, el principio de quien contamina paga y el principio de precaución. La ley de 2016, que vuelve a mencionar estos principios, los ha completado. La voluntad que se manifiesta a través de estos principios es triple: «evitar, reducir, compensar», es decir, por orden de importancia: evitar el daño a la naturaleza, reducir los impactos y compensar los daños, al mismo tiempo que se informa a los ciudadanos y se les permite participar en su protección. Un nuevo principio entró en escena con la ley «Biodiversidad» de 2016, el *principio de solidaridad*, esto es, cualquier decisión pública que tenga un impacto en la naturaleza tiene que reunir a todos los interesados bajo un mismo proyecto ecológico territorial, así como tener en cuenta las interacciones de los ecosistemas.

Puede deducirse entonces que todos los dispositivos jurídicos de protección de la naturaleza y gestión del territorio tienen que estar inspirados en los principios anteriores.

IV. LA FILOSOFÍA DEL CONJUNTO JURÍDICO PROTECTOR

Por lo que se refiere a Francia y, de manera general, a Europa, la filosofía de este conjunto protector sigue una doble lógica: por un lado, una lógica antropocéntrica y, por otro lado, una lógica económica.

La lógica antropocéntrica, por un lado, parte de que la naturaleza es por supuesto un componente del universo humano y que, si hay que protegerla, es porque así lo exige el bienestar humano, el de las generaciones actuales y venideras. Muchos son los progresos realizados a favor del derecho de la naturaleza como elemento primordial de la plena realización de la especie humana. Esta visión antropocéntrica es la que claramente se refleja en la ela-

(10) Michel Prieur, *op. cit.*, p. 79 ss.

(11) *Ibid.*, p. 74 ss.

boración e interpretación de la Carta del Medio Ambiente, que desde 2005 forma parte del bloque de constitucionalidad (12). Basta leer el primer artículo para convencerse: «Toda persona tiene el derecho de vivir en un ambiente equilibrado y respetuoso con la salud», entendiéndose que el ambiente equilibrado y sano está pensado para el hombre. No obstante, la consideración de la naturaleza como sujeto de pleno derecho está avanzando poco a poco, siguiendo el ejemplo de la Constitución Ecuatoriana de 2008, en la que la naturaleza, la *pecha mama*, es un sujeto con derechos propios. Así, ciertos dispositivos franceses tienen como objetivo proteger la naturaleza por aquello que es o deba ser, una naturaleza natural si puede decirse, sin detenerse en los beneficios para el hombre. Es el caso de las reservas naturales marinas. Pero no nos equivoquemos, Francia no parece todavía dispuesta a pasar de un derecho de la naturaleza a un derecho a la naturaleza cuya protección sea una finalidad en sí misma. De momento, los elementos de la naturaleza siguen siendo elementos del patrimonio de la Nación y, en sentido amplio, de la comunidad humana.

La segunda lógica que inspira la filosofía de la protección francesa de la naturaleza es, por otra parte, la dimensión económica. Esta dimensión económica se halla en primer lugar en el hecho de que la protección de la naturaleza debe conciliarse con otras exigencias, en concreto con las necesidades económicas. Y quien dice conciliación dice equilibrio entre diferentes intereses de rango jerárquico equivalente. Es aquí donde la noción de desarrollo sostenible encuentra todo su sentido, ya que esta noción es el punto de encuentro entre la necesidad de defender el patrimonio natural, por un lado, y la necesidad de no impedir el progreso, por otro. Las jurisprudencias del constitucional y de lo contencioso-administrativo (13) ponen de manifiesto esta búsqueda de equilibrio entre estas dos dimensiones a veces antagónicas. El desarrollo sostenible debe permitir la protección de la naturaleza sin impedir el progreso económico en sentido amplio.

Pero hay un segundo aspecto de esta dimensión económica: *la propia protección de la naturaleza constituye un valor económico.* Como lo indica, por ejemplo, la exposición de motivos de la ley de biodiversidad de 2016, la biodiversidad es «un capital económico extremadamente importante», representa «un valor potencial considerable» y «una fuente de innovación». Esta lectura económica y utilitarista de la biodiversidad muestra claramente una

(12) Ver, especialmente, Yves Jégouzo, «La Charte de l'environnement», *AJDA*, 2005, p. 1156 ; Yann Aguila, «La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement», *RFDA*, 2008, p. 1147; et Yves Jégouzo, «La Charte de l'environnement, dix ans après», *AJDA*, 2015, p. 487.

(13) Para los principales elementos de la jurisprudencia al respecto, ver Michel Prieur, *op. cit.*, n° 68 y ss.

visión de la naturaleza como «conjunto de bienes, activos, dejando en un segundo plano la dimensión inmaterial y desinteresada que caracteriza la noción de patrimonio común en derecho medioambiental» (14). Se hace así eco de la visión antropocéntrica en el sentido de que no se busca «proteger la biodiversidad en sí misma, sino antes que nada por el uso que el hombre pueda hacer de ella» (15).

V. LA GRAN VARIEDAD DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS

En el corpus jurídico aplicable, existe claramente un gran variedad de herramientas en el sentido de dispositivos jurídicos propios a la protección de unos u otros espacios, zonas o elementos naturales. Aparte de los instrumentos internacionales y europeos particulares, como los sitios del patrimonio mundial de la Unesco o las zonas europeas de conservación, las llamadas «zonas de la Red Natura 2000» (a las que luego nos referiremos), en Francia existen nada menos que unos quince dispositivos diferentes. Es conveniente establecer una lista para hacerse una idea mejor: se tiene los parques nacionales, las zonas marinas protegidas, las reservas naturales, las disposiciones de protección de los biotopos, los bosques de protección, los espacios forestales clasificados, los monumentos naturales clasificados, los parques naturales regionales, las «redes verdes y azules», las zonas de protección ecológicas en el mar o incluso las reservas de caza y pesca (es decir, zonas en las que está prohibido cazar o pescar). Cada una de estas herramientas tiene un régimen jurídico más o menos específico y, como veremos después, son evidentemente más o menos restrictivas y eficaces en términos de protección de la naturaleza.

A estas diversas herramientas hay que añadir, pues tiene su importancia, una considerable reglamentación específica para la protección de grandes espacios considerados como frágiles, como el litoral, la montaña o incluso los paisajes (16).

VI. LOS MECANISMOS JURÍDICOS CARACTERÍSTICOS DEL RÉGIMEN DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS DIVERSAS HERRAMIENTAS

Entre los mecanismos utilizados para aplicar y ejecutar las diversas herramientas, resulta tentador hacer una primera gran distinción: por un lado, los

(14) Agathe Van Lang, *op. cit.*, p. 2384.

(15) *Ibidem.*

(16) Ver la contribución de mi colega Hubert Alcaraz en este libro relativa a la protección del litoral.

que hacen un repertorio y determinan los elementos del patrimonio natural que hay que proteger y, por otro, los que protegen concretamente los elementos en cuestión.

Unas breves palabras sobre los primeros para decir que, esencialmente, se trata de crear inventarios para identificar y caracterizar los elementos considerados. Destacamos en particular el inventario nacional del patrimonio natural, que hace un inventario de las «riquezas ecológicas, de la fauna, de la flora, geológicas, mineralógicas y paleontológicas» y cuya responsabilidad científica tiene el Museo Nacional de Historia Natural.

Respecto a los segundos mecanismos, que tienen un carácter jurídico más marcado, podemos distinguir esencialmente tres, cada uno con su importancia, los cuales se completan a menudo cuando se trata de la misma operación de protección de la naturaleza:

— *La vía reglamentaria y el poder de policía administrativa.* Muchos dispositivos no solo se crean por vía reglamentaria (es decir, por decreto ministerial u orden prefectoral) sino que, además, cuentan con una policía administrativa especial que se traduce en la prohibición o limitación de ciertas actividades humanas. Entre los dispositivos en los que la policía es más restrictiva, tenemos que citar la de los parques nacionales, las reservas naturales o los monumentos naturales clasificados que, una vez en funcionamiento, suponen al mismo tiempo una considerable limitación de la actividad humana y una política voluntarista de conservación y restauración; se pretende luchar particularmente contra la circulación de vehículos motorizados, las construcciones u obras de diversa naturaleza o incluso la caza y la pesca. Por el contrario, hay otros dispositivos que son menos restrictivos, en el sentido de que tienen más en cuenta la actividad humana desde una perspectiva desarrollo sostenible, como por ejemplo ocurre con las zonas de la Red Natura 2000 o los parques naturales regionales.

En resumen, de manera más o menos marcada, el conjunto de dispositivos jurídicos permite aplicar un régimen de prohibición, autorización o derogación (17).

— *El control del suelo.* Las administraciones públicas cuentan con varios mecanismos para actuar de una forma u otra en los espacios de interés ecológico y llevar a cabo una gestión por decisión unilateral o por convenio. Estamos pensando aquí en un derecho de tanteo, por el cual ciertas administraciones públicas pueden adquirir de forma prioritaria unos terrenos con cualidades ecológicas o paisajísticas notables. Es el caso de los departamentos en el marco de la protección y gestión de los espacios naturales sensibles.

(17) Sobre los grados de restricciones en función de los dispositivos, ver *Encyclopédie Jurisclasseur environnement*, LexisNexis.

— *La contractualización*. La ley de biodiversidad de 2016 fortalece esta tendencia a la contractualización en la protección del patrimonio natural, es decir, la tendencia que consiste en celebrar contratos con los propietarios privados para favorecer la defensa de zonas naturales. Se celebran, por tanto, contratos entre administraciones públicas y propietarios inmobiliarios privados con el objetivo de crear servidumbres medioambientales, dicho de otra forma, crear obligaciones reales de protección del medio ambiente a cargo de los propietarios (18). A cambio, estos últimos pueden contar con ciertas ventajas, como por ejemplo la exoneración del impuesto de bienes inmuebles.

VII. LOS ACTORES

Aparte del caso de los contratos con personas privadas que acabo de mencionar, los actores de la protección del patrimonio natural son esencialmente las administraciones públicas. Las administraciones públicas que participan y aplican las herramientas de protección de la naturaleza suelen ser en primer lugar las clásicas, esto es, el Estado y las diversas administraciones públicas territoriales.

No obstante, como primera precisión, hay que señalar que se han creado numerosos organismos públicos específicos, dotados en su mayoría de personalidad jurídica, con el fin de alcanzar los diversos objetivos medioambientales. A nivel estatal, nos encontramos con dos grandes establecimientos públicos: la Agencia de Medio Ambiente y de Control de la Energía y la Agencia Francesa para la Diversidad, con el objetivo principal, en sus ámbitos respectivos, de ayudar a la creación, la ejecución y el control de políticas medioambientales. La Agencia Francesa para la Diversidad fue creada por la ley de 2016 y, como señala el Código de Medio Ambiente, tiene como misión principal la de aportar en su ámbito de competencia un «apoyo científico, técnico y financiero en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas del Estado y de las administraciones públicas territoriales y sus agrupaciones» (19). A nivel local también existen actores específicos. Así ocurre con los establecimientos públicos de gestión de los parques nacionales cuya misión es la de impulsar y controlar la correcta aplicación de la reglamentación en el perímetro del parque (20).

Cabe precisar, en segundo lugar, que estos actores tienen una particularidad en su forma de actuar, que hay que resaltar ya que se trata de un

(18) Ver Nadège Reboul-Maupin y Benoit Grimonprez, «Les obligations réelles environnementales: chronique d'une naissance annoncée», *dalloz* 2016, n° 35, p. 2074.

(19) Art. L 131-8 del Código de Medio Ambiente.

(20) Para el detalle de los diferentes actores, ver *Encyclopédie Jurisclasseur environnement*, LexisNexis.

principio fundamental de la acción medioambiental. *La idea central es que los actores deben actuar de común acuerdo y de manera concertada.* De nuevo tenemos aquí una nueva forma de contractualización en la que los entes estatales y locales se ponen de acuerdo para elaborar una política medioambiental y elegir las herramientas jurídicas más adaptadas. Prácticamente todas las herramientas jurídicas que he mencionado integran este enfoque colaborativo, aunque hay dos que son especialmente típicas. La primera tiene que ver con la Red Natura 2000 que, en aplicación de una directiva europea, consiste en identificar zonas que merezcan una conservación y restauración por su valor ecológico y en gestionarlas de forma compatible con el desarrollo paralelo de las actividades humanas. La identificación y gestión de estas zonas, que en la actualidad son cerca de 1700 en Francia, requiere la participación y el compromiso de todos los actores públicos implicados con la redacción de una carta validada por el Estado. Se trata del mismo procedimiento utilizado para la creación de parques naturales regionales, en los que cada participante se compromete a favorecer el desarrollo sostenible según los términos establecidos en una carta conjunta.

Dos rápidas precisiones adicionales para resaltar que, primero: el nivel regional cobra cada vez mayor importancia en estas iniciativas colaborativas, hasta el punto de que podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que en la actualidad la Región es la principal instancia de creación de la mayoría de herramientas de protección de la naturaleza; segundo: el conjunto de procesos de ordenación territorial realizados a través de la planificación tiene que respetar las herramientas y medidas jurídicas creadas para este fin. Así, por ejemplo, los planes regionales de ordenación o los planes locales de urbanismo deben ajustarse e integrar el conjunto de dispositivos jurídicos de protección de la naturaleza aplicables en el perímetro considerado.

VIII. UN RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA PRESCRIPTOR Y SANCIONADOR

Serramos muy breve sobre el carácter binario del régimen de protección de la naturaleza, a la vez prescriptor y sancionador. Numerosos dispositivos de protección tienen la ambición defender los diferentes elementos de la naturaleza para el futuro, es decir de manera preventiva. Así, se trata restringir y prohibir acciones o comportamientos humanos para evitar perjuicios al medio ambiente. Pero son varios también los capítulos del Código de Medio Ambiente que se refieren a las «sanciones en materia medioambiental», que son de dos categorías, las sanciones administrativas y las sanciones de orden penal. Estas diversas sanciones castigan el incumplimiento de la reglamentación de protección de la naturaleza según el principio de cuanto más se atente contra el medio ambiente más grave será también la sanción.

Esta lógica sancionadora se hace eco del principio inscrito en la Carta del Medio Ambiente según la cual todos somos responsables de los daños causados al medio ambiente. Lo cual nos permitimos recordar, para finalizar, que el régimen de protección del patrimonio natural no solo es un asunto de los poderes públicos, depende también de la responsabilidad y la responsabilización de cada uno de nosotros.

IX. BIBLIOGRAFIA SELECTIVA

Michel PRIEUR, *Le droit de l'environnement*, Dalloz, 7ème édition, 2016.

Encyclopédie JurisClasseur Environnement, LexisNexis.

Agathe VAN LANG, «La loi Biodiversité du 8 août 2016: une ambivalence assumée», *AJDA*, 2016, p. 2381 (1ème partie) et p. 2482 (2ème partie).

LA NUEVA LEGISLACIÓN FRANCESA DE PROTECCIÓN DEL LITORAL

HUBERT ALCARAZ

SUMARIO: I. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS HUMANOS.– II. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS NATURALES.

RESUMEN: El litoral francés, objeto de numerosos conflictos en cuanto a su uso, es un territorio delicado cuyo desarrollo equilibrado constituye un reto. Se necesita conseguir un equilibrio entre la conservación del medioambiente y el desarrollo de actividades económicas relacionadas con el agua, es decir proteger le frente a dos tipos de peligros: los riesgos de origen humano y los riesgos naturales.

Palabras clave: patrimonio natural; Francia; litoral; riberas; protección; riesgos; desarrollo; riesgos naturales; riesgos humanos; medioambiente; agua.

ABSTRACT: *The French costline, fragile space, subject of conflicts in differents ways, above all for its use, needs protection and development, that is challenge. We need to achieve a balance between environmental protection and business activities related with water. So the protection must be against natural hazards and against hazards liked with human activities.*

Key words: *natural property; France; coastline; shores; coast; protection; hazards; risks; development; environment; natural hazards; water; man-made hazards.*

Por mucho que les pese a algunos, ¡el litoral francés y sus playas no solo son famosas por el burkini! Téngase en cuenta que, por ejemplo, el 3 de enero de 2016 se celebró el 30 aniversario de la Ley de Ordenación, Protección y Valorización del Litoral, llamada «Ley del Litoral», que fue aprobada en 1986 por el Parlamento (1).

Esta ley, muy famosa, que se aplica a más de 1.200 municipios franceses, tenía como objetivo, hace treinta años, proteger los espacios naturales del litoral y las riberas de grandes lagos sin impedir al mismo tiempo el acceso público

(1) Ley nº 86-2, de 3 de enero de 1986, de Ordenación, Protección y Valorización del litoral.

a estos espacios. Así, proclama que «La ordenación, protección y valorización del litoral de forma equilibrada»; estos son los principios de la Ley del Litoral. Y aprobada de forma unánime, la normativa ha resultado eficaz, habiéndose ganado el respaldo de la población.

No obstante, este aniversario sirvió para hacer balance, del que resultaron una serie de valoraciones, a veces no muy positivas, que reflejaban la intención del gobierno de que la ley se tenga más en cuenta en la elaboración y revisión de los documentos urbanísticos, especialmente en los planes de coherencia territorial, conocidos en francés por sus siglas «SCOT». Las autoridades públicas subrayaban así, sintetizando la problemática propia de la protección del patrimonio, que «el litoral francés, espacio frágil, codiciado, objeto de numerosos conflictos en cuanto a su uso, es un territorio delicado cuyo desarrollo equilibrado constituye todo un reto nacional» (2).

Entonces, la Ley del Litoral trata de responder a estas cuestiones, pese a que no es una ley paisajista, como tampoco, una ley protectora de los biotopos propiamente dicha. Para entenderlo, hay que recordar que las raíces históricas del derecho medioambiental francés se corresponden más con la protección del patrimonio cultural que con la del patrimonio natural. El derecho atribuye un valor particular a los elementos que constituyen un patrimonio por sus consideraciones históricas, estéticas, etc. y la protección de este patrimonio justifica que el legislador limite el derecho de propiedad cuando estos elementos son el objeto del mismo (3).

De manera un tanto diferente, en Francia la protección del patrimonio natural se materializó por primera vez con la Ley de 2 de mayo de 1930, de «reorganización de la protección de los monumentos naturales y de los lugares de carácter artístico, histórico, científico, legendario o pintoresco» (4). Incluso en la actualidad, pese a las reformas sucesivas para perfeccionarla, esta sigue constituyendo la base del sistema de protección de monumentos y espacios naturales.

No obstante, se crearon numerosas herramientas complementarias para proteger los espacios naturales, igualmente eficaces: la protección normativa en sentido amplio (Constitución, leyes, disposiciones reglamentarias), el control del suelo y la contractualización. Y la Ley del Litoral constituye, no cabe duda, el centro del dispositivo. Pero, en primer lugar, para apreciar la gran impor-

(2) Instrucción «relativa a las disposiciones especiales del litoral en el Código de Urbanismo».

(3) Junto con la ordenación de los usos del suelo, el derecho de protección del patrimonio cultural es el que cuenta con las raíces más antiguas en derecho interno (leyes de 1906, de 1913, de 1930...).

(4) Ahora en los artículos. L. 341-1 y ss. Código del Medioambiente.

tancia de la protección del patrimonio natural en el litoral o sus alrededores, hay que mencionar algunos datos concretos.

Desde este punto de vista, el litoral francés tiene más de 7000 km de costa y constituye, incluyendo a los territorios de ultramar, el segundo dominio público marítimo mundial con más de diez millones de kilómetros cuadrados. Su biodiversidad, única en términos de fauna y flora, hace de él un espacio particularmente delicado y vulnerable, por la fragilidad de sus ecosistemas y el atractivo que supone para la llegada de nuevos habitantes y el desarrollo de actividades marítimas, industriales, agrícolas y de ocio. Más aún si tenemos en cuenta que estos espacios, como el resto, tienen que hacer frente a riesgos y transformaciones agravados por los efectos del cambio climático.

¡Ahora un poco de historia! Siguiendo la tradición administrativa francesa, durante mucho tiempo el litoral solo se abordaba desde un único prisma: el del dominio público. En particular, el derecho lo reguló por primera vez por la necesidad de defender las costas, de forma que los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de las costas ya se establecieron en el siglo XVI. Esta primera definición jurídica se refirió al dominio público marítimo. Procede, como sabemos, de la ordenanza sobre la Marina de Colbert de 1681: «Se considera orilla y ribera del mar todo lo que este cubre o deja descubierto durante las fases de luna llena y nueva, y hasta donde alcanzan las olas de las mareas» (5).

La Ley de 28 de noviembre de 1963 relativa al dominio público marítimo (6) completó después esta definición. No obstante, aún presentaba deficiencias. Así, las garantías de protección del dominio público marítimo eran frágiles ya que el principio de inalienabilidad no era absoluto, las dependencias del dominio público podían desafectarse para venderse. De igual modo, ante la presión creciente del desarrollo económico y turístico sobre las zonas costeras, los poderes públicos tuvieron que crear reglamentaciones específicas para preservar el libre acceso al mar, para proteger las zonas naturales del litoral y controlar la urbanización y el desarrollo económico (7).

(5) Ordonnance du 31 juillet 1681 de la marine relative à la police des ports, côtes et rivages de la mer (dite ordonnance de Colbert).

(6) Ley nº 63-1178, de 28 de noviembre de 1963, del dominio público marítimo.

(7) Así, por ejemplo, las circulares de 1 de junio de 1972 y de 13 de julio de 1973 regulan las concesiones en las playas naturales, estableciendo principalmente el libre acceso al mar y a lo largo de la costa. La ley de 31 de diciembre de 1976 de reforma de urbanismo (loi nº 76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme) establece, por otra parte, una servidumbre de paso en las propiedades privadas ribereñas del dominio público marítimo: debe dejarse una franja de tres metros de ancho para los peatones según una serie de obligaciones.

Pero las evoluciones no se detuvieron ahí, pues paralelamente surgió una toma de conciencia sobre la protección del medio ambiente y el patrimonio natural, en general, y en particular, en lo que aquí nos interesa, sobre la manera de abordar las problemáticas del litoral: a partir de ese momento, la acción pública deberá adoptar un enfoque global. Antes incluso de la Ley de 1986, la Ley del 10 de julio de 1975 creó el Conservatorio del Espacio Litoral y de las Riberas Lacustres para llevar a cabo una política de control del suelo y así preservar los espacios naturales de las riberas marítimas y lacustres en los cantones litorales y en las riberas de los lagos con más de mil hectáreas (8).

Asimismo, surgieron tres principios principales antes incluso de la adopción de la Ley Litoral: debe evitarse la urbanización lineal de la costa; las construcciones deben llevarse lo más lejos posible de la orilla del mar; y las zonas urbanizadas tienen que estar separadas por espacios naturales (9).

Gracias a todo el trabajo realizado desde los años 70, la aprobación de la Ley del Litoral consagró los principios de protección y valorización de los espacios litorales, los mares y grandes lagos interiores, que presentan desafíos mayores para la protección de la naturaleza y el control del desarrollo. Además, la presencia de instituciones y de herramientas específicas para aplicar, de forma colaborativa, una política particular de ordenación y protección del litoral se ha fortalecido con la creación, junto al Conservatorio del Espacio Litoral y de las Riberas Lacustres, del Consejo Nacional del Mar y los Litorales, integrado por representantes políticos y colaboradores socio profesionales (10).

El ámbito de estos dispositivos abarca a todos los municipios ribereños de mares, océanos y aguas interiores de más de mil hectáreas, esto es, a más de 1200 municipios franceses. El objetivo es múltiple, ambicioso y, por tanto, difícil de alcanzar: conseguir un equilibrio entre la conservación del medioambiente y el desarrollo de actividades económicas relacionadas con el agua, el control de la urbanización, la protección de los equilibrios biológicos y ecológicos y la protección de los espacios naturales, los paisajes y el patrimonio natural y cultural del litoral.

El artículo 1 de la Ley, ahora en el artículo L. 321-1 del Código de Medio Ambiente, establece que «el litoral es una entidad geográfica que requiere una

(8) Loi n° 75-602 du 10 juillet 1975 portant création du conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres.

(9) El Informe Piquard ya adelantó las orientaciones que después se adoptarían en la ley de 1986, informe presentado al Primer Ministro en 1973: Piquard, *Perspectives pour l'aménagement du littoral français*, DATAR, Paris, La Documentation française, 1974.

(10) Creado por la ley n° 2010-788 del 12 de julio de 2010, de compromiso nacional para el medio ambiente, dicha ENE o «Ley Grenelle II», es el sucesor del Consejo nacional del litoral creado por la ley del 23 de febrero de 2005 relativa al desarrollo de los territorios rurales (ley n° 2005-157).

política específica de ordenación, protección y valorización». A este respecto, los objetivos que deben alcanzarse son varios. En primer lugar, realizar un esfuerzo de investigación e innovación sobre las peculiaridades y recursos del litoral; a continuación, la protección de los equilibrios biológicos y ecológicos, la lucha contra la erosión, la preservación de los espacios naturales y paisajes y el patrimonio, pero también la preservación y el desarrollo de las actividades económicas relacionadas con el agua como la pesca, los cultivos marinos, las actividades portuarias, la construcción y reparación navales y los transportes marítimos. Por último, hay que conservar o desarrollar las actividades agrícolas o silvícolas, industriales, artesanales y turísticas en las zonas litorales. Además, la reflexión y la regulación normativa no se agotaron con la ley de 1986, ya que en 2005 se creó el Consejo Nacional del Litoral (CNL), que, como hemos dicho, en 2010 pasó a ser el Consejo Nacional del Mar y los Litorales (CNML) (11).

Y las reflexiones en materia de protección del patrimonio natural en el litoral y sus alrededores han continuado desde entonces, profundizándose de tal forma que se ha puesto de manifiesto que los peligros a los que se exponen estos espacios no se limitan solo a los originados por las poblaciones y sus actividades. Es verdad que, por un lado, el litoral –resumidamente, la zona costera– se sitúa en la confluencia de la tierra y el mar, lo cual motiva su interés paisajístico y su riqueza ecológica. También es el soporte de muchas actividades económicas: pesca, culturas marítimas, actividades industriales y portuarias, agrícolas y forestales –y de ocio– turismo, embarcaciones de recreo, deportes náuticos –al mismo tiempo que un codiciado enclave habitacional. Todos estos diferentes usos, más o menos consumidores de espacios y recursos naturales, deben armonizarse y conciliarse para proteger el patrimonio natural del litoral.

No obstante, aunque los daños al patrimonio natural del litoral proceden en primer lugar, por hipótesis y quizá históricamente, de la acción humana de los ocupantes y explotadores de este espacio, también pueden proceder de la acción de la propia naturaleza y los daños que su acción puede provocar. De tal forma que ahora pueden distinguirse dos tipos de peligros sobre el litoral y que es necesario prevenir: por un lado, los riesgos de origen humano (§ I) y, por otro lado, los riesgos naturales (§ II).

I. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS HUMANOS

La Ley del Litoral aborda lógicamente estos riesgos en primer lugar. Y desde esta óptica, la Ley del Litoral es, sin ninguna duda, un «texto conciliador», pues

(11) Ley nº 2010-788 del 12 de julio de 2010, de compromiso nacional para el medio ambiente, ya citada.

lejos de «sacralizar la costa», busca «conciliar la protección y la ordenación del litoral, expresando así, de forma pionera, la lógica del desarrollo sostenible» (12). Este espíritu de conciliación se basa en el equilibrio entre zonas urbanizadas y espacios naturales.

Así pues, lo primero fue definir el litoral con el objetivo de delimitar el ámbito de aplicación de la ley para, seguidamente, determinar los mecanismos y limitaciones que habrían de regular este territorio con el objeto principal de proteger el litoral. Por un lado, en la definición del ámbito de aplicación de la Ley del Litoral, teniendo en cuenta que el espacio litoral es difícil de delimitar geográficamente, decidieron basarse en las delimitaciones administrativas de los municipios. Así, la normativa se aplica así a tres categorías de municipios.

En primer lugar, los municipios litorales de pleno derecho o propiamente dichos. Se trata de municipios ribereños de mares u océanos, de lagunas de agua salada y de lagos, lagunas y embalses interiores con una superficie superior a mil hectáreas; en segundo lugar, los municipios potencialmente litorales: se trata de los municipios ribereños de estuarios y deltas cuando estén situados aguas abajo de los límites de salobridad de las aguas y contribuyan al equilibrio económico y ecológico del litoral (13); por último, los municipios que no son litorales pero que contribuyen al equilibrio económico y ecológico del litoral y que hayan hecho una solicitud al representante estatal en el departamento (14). Si un municipio es considerado litoral, la Ley del Litoral se aplica a todo su término.

Según esta definición, en el ámbito de aplicación de la Ley del Litoral entran también diecinueve lagos, lagunas y embalses interiores con una superficie superior a mil hectáreas, de los cuales trece son lagos en zona de montaña (15). De tal forma que la Ley del Litoral se aplica, incluyendo a los territorios de ultramar, a más de 1200 municipios (16).

Las obligaciones que la ley impone a estos municipios se hallan en los artículos L 146-1 al L 146-9 y del R 146-1 al R 146-4 del Código de Urbanismo, que se añaden a las reglas de derecho común. Estas responden a la

(12) A. Van Lang, «La loi Littoral et la protection des espaces naturels», *Revue juridique de l'environnement*, 2012, n° 5, p. 106.

(13) El decreto del Consejo de Estado n° 2004-311, de 29 de marzo de 2004, establece la lista de estos municipios.

(14) También aquí la lista se determina por decreto del Consejo de Estado, después de consultar al Conservatorio del Litoral.

(15) A título de ejemplo: Bourget, Serre-Ponçon, Annecy, Léman, Naussac o Vassivière.

(16) La lista de municipios consta en la página web de la DATAR, Delegación Interministerial para la ordenación del Territorio y el Atractivo Regional.

doble preocupación de controlar una creciente frecuentación turística y luchar contra la urbanización salvaje.

Las principales disposiciones de la ley se refieren a la protección de espacios notables y sensibles y a la ordenación y extensión de la urbanización, tanto más restrictivas cuanto más próxima esté la orilla. Tienen además como objeto preservar el libre acceso a la orilla y limitar la construcción de nuevas vías y campings.

Las reglas de este dispositivo pretenden proteger tres tipos de espacios: los espacios, lugares y paisajes de notable interés o característicos del litoral y las zonas necesarias para el mantenimiento del equilibrio biológico; los parques y zonas forestales más importantes y, por último, los espacios naturales que hagan de separación entre zonas urbanizadas.

Unas breves palabras sobre cada una de las tres categorías de espacios protegidos. Para empezar, el primer territorio protegido es aquel constituido por los espacios, lugares y paisajes de notable interés o característicos del litoral y las zonas necesarias para el mantenimiento del equilibrio biológico (17). Solo pueden realizarse en este perímetro pequeñas modificaciones y con una doble condición: que sean necesarias para la gestión, valorización o apertura al público y que no se desnaturalice las características del lugar.

En el mismo sentido, para conciliar la protección de los espacios de notable interés y el mantenimiento de las actividades económicas tradicionales del lugar, los documentos urbanísticos deben precisar la naturaleza de las actividades y categorías de equipamientos necesarios para su gestión o revalorización, especialmente económica. Puede tratarse de construcciones o instalaciones necesarias para el mantenimiento de actividades de agricultura, pastoreo, forestales, pesca, ganadería y de las culturas relacionadas con el agua.

Además, para abrir los espacios al público, pueden realizarse pequeñas modificaciones, después de una consulta ciudadana, siempre y cuando no se desnaturalicen las características del lugar, no se comprometa la calidad arquitectónica y paisajista ni se atente contra la conservación del entorno (18). En todo caso, las modificaciones tienen que hacerse de forma que pueda devolverse al lugar su estado natural (19).

(17) A ellos se refieren los artículos L 146-6, L 146-6-1 y del R 146-1 al R 146-4.

(18) Por ejemplo, caminos peatonales, pistas ciclistas y ecuestres, mobiliario de información pública, instalaciones sanitarias y puestos de socorrismo, o incluso zonas de aparcamiento.

(19) Indiquemos también que pueden autorizarse la restauración de edificios existentes y la extensión limitada de edificios e instalaciones necesarios para la actividad económica, al igual que la realización de modificaciones necesarias para la gestión de elementos protegidos del patrimonio construido.

A continuación, el segundo conjunto digno de protección son los parques y zonas forestales más importantes (20). Estos espacios también cuentan con medidas de protección. Por ejemplo, los planes locales de urbanismo deben clasificar como espacios forestales (21), los parques y bosques existentes más significativos del municipio o conjunto de municipios, después de consultar a la comisión departamental competente en materia de espacios naturales y paisajes.

¿Cuáles son estos espacios? Para determinarlo hay que tener en cuenta la calidad del bosque, su superficie y su importancia en el paisaje.

Por último, los espacios naturales que hagan de separación entre zonas urbanizadas. (22) Estos espacios naturales deben recogerse en los documentos de urbanismo. (SCOT y PLU). La idea es que deben dejarse espacios «salvajes», es decir, sin urbanizar, intangibles en el conjunto del litoral, para frenar la urbanización. Además, tienen que tener una extensión suficiente para su gestión y perennidad; pueden componerse de zonas arboladas, marismas, zonas agrícolas, hipódromos, campos de golf, etc.

Existe otra importante modalidad de protección del medio ambiente y del patrimonio natural del litoral: las medidas que no tienen como objeto específico el de constituir/proteger espacios sacralizados, sino que constituyen técnicas de derecho urbanístico que pertenecen al ámbito de aplicación de las autorizaciones de los usos del suelo. Así pues, de manera general, la urbanización debe ordenarse en todo el territorio de un municipio litoral en el sentido de la ley de 1986 (23).

En particular, esto quiere decir que las posibilidades de expansión de la urbanización, por las características y la localización de los espacios en cuestión, están limitadas por la enumeración del Código de Urbanismo (24) y deben respetar varios principios: primero, la expansión debe ser una prolongación continua de aglomeraciones y poblaciones ya existentes; segundo, la expansión debe limitarse en los espacios cercanos a orillas y riberas de lagos, lagunas y embalses interiores; tercero, está prohibido construir en una franja litoral de cien metros fuera de los espacios urbanizados (25).

(20) Se trata del último párrafo del artículo L 146-6.

(21) En virtud del artículo L. 130-1 del Código de Urbanismo.

(22) El artículo L 146-2 los menciona.

(23) El artículo L 146-2 del Código de Urbanismo así lo establece.

(24) Según el artículo L 146-4 de este Código.

(25) Ya en 1979, una directiva de ordenación nacional, de 25 de agosto, llamada «directiva Ornano», sobre la protección y ordenación del litoral, establecía la preservación de una franja litoral de unos cien metros a lo largo de la costa y la generalización de los dispositivos de saneamiento. Sin embargo, su eficacia era limitada porque no podía servir para impugnar documentos de urbanismo: decreto n° 79-716, de 25 de agosto de 1979.

Dicho de otra forma, si hacemos un balance de las herramientas de protección del litoral contra el riesgo que supone la presencia humana, vemos que hay dos tipos más o menos protectores y que combinan herramientas medioambientales —entendidas como las que preservan directamente los espacios naturales como tales (26)— y herramientas urbanísticas. Respecto a las herramientas de protección relativa, vemos que la urbanización en los municipios del litoral solo puede hacerse de forma contigua a las aglomeraciones y poblaciones existentes o como nuevos poblados integrados en el entorno (27). Las posibilidades de construcción son aún más reducidas en los «espacios cercanos a la orilla», donde la expansión de la urbanización debe ser limitada y su justificación y motivación deben recogerse en la planificación urbanística local, en función de unos criterios ligados a las características del lugar o para acoger actividades económicas relacionadas con el agua.

De igual modo, se establece la obligación de prever «espacios naturales que hagan de separación entre zonas urbanizadas» en la planificación urbana local. Entre los dispositivos más protectores encontramos dos mecanismos: la regulación estricta en la franja de cien metros (28) y la normativa sobre los espacios de notable interés definidos en el artículo L. 146-6 del Código de Urbanismo (29). La voluntad clara de preservar los espacios naturales se manifiesta en la política de control de la urbanización, la preservación de los espacios de notable interés, la prohibición de construir en la franja de cien metros, el distanciamiento de la orilla de las nuevas vías, etc.

No obstante, la mayor parte de las disposiciones protectoras de la Ley del Litoral contempla excepciones, excepciones que pueden dar lugar a aplicaciones complejas ya que se basan en conceptos muy indeterminados. Prueba de ello es la urbanización de los municipios del litoral que, realmente, no se ha frenado (30). Desde 1986 la ley incluso ha sufrido reformas que manifiestan

(26) P. Valadou, «Espacios Naturales y Ley del Litoral», *Revue juridique de l'environnement*, 2012, n° 5, p. 117, específicamente: p. 121.

(27) Art. L. 146-4-I del Código de Urbanismo

(28) La franja de cien metros es una extensión lineal de cien metros de ancho, a contar desde el límite más alto de la ribera, en la cual las construcciones o instalaciones fuera de las zonas urbanizadas están prohibidas.

(29) Este artículo enumera una serie de espacios y lugares de cuya preservación depende el interés ecológico: dunas y landas costeras, playas y albuferas, bosques y zonas arboladas de la costa, islotes inhabitados, zonas naturales de estuarios, rías y cabos, marismas, cenagales, humedales y zonas temporalmente sumergidas, zonas necesarias para la conservación de aves silvestres, arrecifes de coral, lagunas y manglares. Todos estos espacios naturales se caracterizan por estar totalmente sin urbanizar: las disposiciones del artículo L. 146-6 solo se aplican si cumplen esta condición.

(30) *Balance de la Ley del Litoral y medidas a favor del litoral*, Informe del Gobierno al Parlamento, 2007.

una «tentación regresiva» (31). Así, por intereses económicos y de desarrollo, sobre todo turísticos, se han producido retrocesos.

En los últimos treinta años las excepciones para debilitar la Ley del Litoral han sido múltiples: desde la enmienda de la alcaldía del municipio de Ramatuelle en el departamento de Var, en 2000, que regularizó los chiringuitos construidos en dominio público antes de 1986, hasta el informe senatorial de 2014 en el que se reclamaba una aplicación descentralizada de la ley. Las consecuencias de estos malabares jurídicos son desastrosas para el medio ambiente: proliferación indolente de urbanizaciones (inclusive campings y casas prefabricadas asentados definitivamente) en las costas o privatizaciones de ciertos espacios en la senda del litoral. Con el 62% de las costas francesas expuestas al riesgo de modificación artificiosa de los suelos, la ley no ha conseguido evitar la urbanización anárquica del litoral.

En realidad, en la interfaz tierra-mar, zona costera y espacios retrolitorales no solo existen riesgos de origen humano: algunos son de origen natural.

II. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS NATURALES

Los daños causados por el ciclón Xynthia (el 26 y 27 de febrero de 2010) así lo demuestran: el riesgo natural no debe descuidarse y su intensidad puede verse aumentada por la acción humana cuando no se protege bien el patrimonio natural del litoral. La Ley del Litoral debe ser al mismo tiempo un muro de contención contra la expansión urbanística y un medio importante de protección de la población.

Sin embargo, como sabemos, para la ley, en principio, la protección es simplemente un objetivo entre muchos otros: su objetivo es la ordenación y la valorización del litoral, pero también su protección (32). Por tanto, también forma parte de sus preocupaciones la erosión, fenómeno natural, que modifica el litoral, el trazado de la costa, es decir, la línea de encuentro entre el mar y la tierra.

Esta consideración debe ser doble: la modificación del litoral, del trazado de la costa, puede ser positiva o, con mayor frecuencia, negativa. Es decir, que se produce una reducción del litoral, a saber, del espacio terrestre por la erosión, tal y como suele entenderse; en un sentido más positivo, al contrario, puede producirse, aunque muy excepcionalmente, una acreción, es decir, un aumento del litoral.

(31) A. VAN LANG, *op. cit.*, p. 107.

(32) Artículo 1 de la ley.

La respuesta tradicional dada por el derecho a estos fenómenos —aparte de la Ley del Litoral— es antigua y conocida; se traduce en términos de gestión, es decir, de ampliación o reducción del derecho de propiedad, sobre todo en relación a la zona intermareal (33).

Sin embargo, estos dos fenómenos, erosión y acreción, son fruto de evoluciones naturales que pueden perjudicar la protección del patrimonio natural más allá de la cuestión del derecho de propiedad, en particular a través de la problemática de la preservación de los ecosistemas y biotopos.

Y, sobre todo, esta cuestión está lejos de ser la única problemática en relación al riesgo natural. En realidad, este riesgo puede manifestarse de muchas formas. No nos es posible mencionarlas todas aquí, por lo que solo citaremos algunas. La subida del nivel del mar por el calentamiento global es una cuestión que se plantea regularmente —aunque no lo suficiente— en relación con los llamados «refugiados medioambientales», cuestión que a día de hoy no tiene respuesta en Francia. Aunque Francia metropolitana no esté expuesta a un riesgo tan importante como otros Estados, no por ello debe ignorarse.

De manera más amplia, aunque siempre en relación con la ocupación humana, los espacios cercanos a la costa están muy urbanizados y expuestos a riesgos naturales específicos, como un tsunami, una sumersión marina o una inundación (34).

Sin embargo, a este respecto, tampoco existe a día de hoy realmente una reflexión global y una política de protección del patrimonio natural del litoral. Por otra parte, la Ley del Litoral no aborda esta cuestión como tal. El riesgo natural parece ser ignorado. El ciclón Xynthia, el más conocido por haber sido el más devastador —aunque no ha sido el único de estas características— puso cruelmente de manifiesto la existencia de un riesgo natural y la necesidad de no ignorarlo.

Pero, más de seis años después de la catástrofe, el balance es decepcionante. Aunque existe consenso sobre la necesidad de aplicar una protección específica, aún se discute, esencialmente por razones financieras, sobre los medios más eficaces y las competencias de cada administración territorial.

Es una pena, sobre todo porque los obstáculos financieros están lejos de ser la única dificultad. También está la dificultad técnica a la hora de detectar estos fenómenos: los fenómenos que afectan al litoral son muy complejos y requieren estudios de gran profundidad, no siempre concluyentes —incluso

(33) Artículo L. 2111-4 del Código de Propiedad de las Personas Públicas.

(34) El único riesgo de sumersión marina es un fenómeno que puede ocurrir cada cien años y que afectaría a 590 000 ha de tierra (1% del territorio), 165 000 edificios y 864 municipios: J.-M. FÉVRIER, «La protection du littoral contre les phénomènes naturels», *Revue juridique de l'environnement*, 2012, n° 5, p. 149.

cuando se llevan a cabo en el marco prescriptivo de un plan de prevención de riesgos. Incluso cuando se consigue diseñar una estrategia supuestamente eficaz, quedaría aún por determinar quién o quiénes la realizan y con qué medios.

En realidad es muy simple: o se lleva a cabo un repliegue estratégico (versión de 1940) o se realiza una protección contra el mar. Sin embargo, no existe una política nacional oficial en este ámbito. En el caso de que no se pueda dar prioridad al repliegue estratégico, debido a su coste, solo quedaría luchar contra los fenómenos naturales. Se trataría entonces de realizar obras, diques y demás obras de defensa contra el mar.

La conciliación sería difícil ya que se da una gran paradoja: por razones excepcionales hay que incumplir el principio de protección de no alterar la costa, es decir, habría que establecer una excepción al principio de preservación de la ribera en su estado natural para proteger a las personas contra los riesgos naturales. Más allá de la pura y simple construcción, no debe descartarse el mantenimiento e inspección de las obras existentes para preservar su eficacia.

En cualquier caso, las cargas son colosales: económicamente sin duda, pero también desde el punto de vista de la responsabilidad de quienes gestionen la obra en caso de daños. Todo ello supone un freno a la lucha contra los riesgos.

Por último, hoy igual que ayer, y quizá también mañana, aunque surjan nuevos retos en relación al litoral, el fondo del problema seguirá siendo el de lograr, en un espacio frágil, valioso y codiciado, un equilibrio entre las preocupaciones económicas y las preocupaciones medioambientales.

LA DISCIPLINA DEL PATRIMONIO NATURALE E DEI BENI PUBBLICI NATURALI IN ITALIA (*)

FRANCESCA DI LASCIO E GIUSEPPE PIPERATA

SOMMARIO: I. INTRODUZIONE.– II. PATRIMONIO E BENI PUBBLICI NATURALI: MANCANZA DI UNA DEFINIZIONE, PLURALITÀ DI SIGNIFICATI.– III. IL QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO TRA DISPOSIZIONI CIVILISTICHE E PREVISIONI SETTORIALI: 1. La disciplina del demanio naturale. 2. La disciplina delle aree naturali protette. 3. Il rapporto tra le fonti di disciplina dei beni del patrimonio naturale e altri tipi di beni.– IV. IL RIPARTO DELLE FUNZIONI LEGISLATIVE E AMMINISTRATIVE TRA LIVELLI DI GOVERNO.– V. L'USO DEI BENI PUBBLICI NATURALI.– VI. IL CONFLITTO FRA GLI USI E LA VALORIZZAZIONE ECONOMICA DEI BENI NATURALI: 1. Il conflitto tra istanze concorrenziali e legittimo affidamento: il caso del demanio marittimo. 2. Il valore del patrimonio naturale e la determinazione dei canoni concessori: il caso delle acque minerali e termali.– VII. CONCLUSIONI.– VIII. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN:

IT.: Il presente lavoro analizza il regime giuridico che l'ordinamento italiano prevede per i beni pubblici naturali e per il patrimonio naturale. In particolare, lo scritto ricostruisce i quadri giuridici di riferimento del demanio naturale, del patrimonio naturale protetto attraverso la legislazione in materia di siti del patrimonio UNESCO, di aree naturali protette e di beni paesaggistici. Inoltre, vengono messi in evidenza i principali problemi riguardanti il sistema delle competenze, l'utilizzo anche in chiave economica di tali beni e la gestione degli stessi. Per finire uno sguardo al futuro e al dibattito in materia di beni comuni e demanio planetario.

ES.: El presente trabajo analiza el régimen jurídico que el sistema legal italiano proporciona para los bienes públicos naturales y el patrimonio natural. En particular, el capítulo reconstruye los marcos legales de referencia del dominio natural, del patrimonio natural protegido a través de la legislación sobre sitios del patrimonio de la UNESCO, áreas naturales protegidas y bienes paisajísticos. Además, se destacan los principales

(*) Il presente lavoro é il frutto di una riflessione comune degli autori. In particolare il paragrafo introduttivo e i paragrafi 4, 5 e 6 sono stati redatti da Francesca Di Lascio mentre i paragrafi 2, 3 e le conclusioni sono state redatte da Giuseppe Piperata. Francesca Di Lascio (francesca.dilascio@uniroma3.it) è ricercatrice e professore associato abilitato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tre, Giuseppe Piperata (piperata@iuav.it) è professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di Venezia.

problemas relacionados con el sistema de habilidades, el uso económico de estos bienes y su gestión. Finalmente, una mirada al futuro y al debate sobre los bienes comunes y el patrimonio planetario.

Palabras clave:

IT.: patrimonio naturale; demanio pubblico; tutela ambientale; concessioni; beni comuni.

ES.: patrimonio natural; dominio público; protección del medio ambiente; concesiones; bienes comunes.

ABSTRACT: The paper analyzes the Italian legal regime of public natural goods and natural heritage. To address this issue, the essay reconstructs firstly the legal frameworks of natural domain, starting from Civil code, of protected natural heritage (specially focused on UNESCO legislation), of protected natural areas and landscape goods. Furthermore, are highlighted the problems related to the exercise of legislative and administrative competence, sharing between national, regional and local governments, and to the management of public natural goods, specially referred to their economic development purposes. Finally, moving to the debate on common goods and planetary heritage, the article discuss about the important role of law to define a new path for use and protection of public natural goods.

Key words: natural heritage; public domain; environmental protection; concessions; common goods.

I. INTRODUZIONE

Nel diritto italiano si utilizzano le espressioni «patrimonio naturale» o «beni pubblici naturali» per indicare singoli o complessi di beni immobili che presentano una connotazione in termini naturalistici o ambientali. Si tratta, però, di concetti che non corrispondono ad una specifica categoria di bene, ma racchiudono invece differenti tipologie di cose immobili accomunate dal fatto di rappresentare elementi o prodotti della natura, spesso destinatari di specifici regimi di protezione e utilizzo. Sono, quindi, concetti molto ampi e generici, utili soprattutto per distinguere alcuni beni (quelli naturali, appunto), da altri (come, ad esempio, quelli culturali o artificiali, ecc.). Peraltro, anche l'espressione «patrimonio» non aggiunge alcun elemento identificativo. Ad esempio, essa viene impiegata dal codice civile del 1942 solo al fine di distinguere i beni del patrimonio indisponibile da quelli del patrimonio disponibile. È dunque utilizzata solo con riferimento a quei beni pubblici che sono soggetti alla medesima disciplina di identici beni privati e che non sono direttamente funzionali allo svolgimento delle attività svolte dalle amministrazioni proprietarie, avendo piuttosto una funzione di utilità economica.

Nella dottrina amministrativistica si fa riferimento, invece, alla distinzione tra demanio naturale e demanio artificiale. In particolare, i beni «che si trovano

in natura» sono considerati quale parte del demanio necessario di proprietà statale, mentre il demanio accidentale, in cui sono inclusi anche beni appartenenti ad altri livelli di governo (regioni, province, comuni), sarebbe composto da manufatti (1). L'elemento dirimente ai fini dell'inserimento nell'uno o nell'altro gruppo è, quindi, il fatto che l'esistenza stessa del bene pubblico sia dovuta all'azione umana (2).

Se si assume che i beni pubblici naturali devono essere inquadrabili come beni demaniali per il fatto di venire ad esistenza con le caratteristiche proprie stabilite dalla legge, allora si deve anche considerare il problema di come trattare alcune categorie di beni non incluse in tale categoria oppure non nominate dal codice civile. Infatti, scorrendo l'articolo 822 possono rintracciarsi tre grandi gruppi di beni pubblici naturali ai quali la suddetta qualificazione è direttamente applicabile, ovvero il demanio marittimo (che comprende lido del mare, spiaggia e rade), il demanio fluviale (in cui si collocano fiumi e torrenti) e il demanio lacuale (ovvero i laghi e le altre acque pubbliche così definite dalle leggi in materia). A questi, però, vanno aggiunti ulteriori beni pubblici naturali che potrebbero essere assoggettati dalla legge al regime proprio del demanio pubblico.

Il successivo articolo 826 fa riferimento inoltre alla possibilità che vi sia un demanio forestale dello Stato individuato con fonte legislativa, il quale, nonostante il nome, rientrerebbe nel regime del patrimonio indisponibile. Lo stesso articolo richiama le miniere, le cave e le torbiere che siano state sottratte al proprietario del fondo su cui si trovano. In entrambi i casi, si tratta di beni pubblici naturali ma non immediatamente qualificati come beni demaniali.

Sulla base delle clausole contenute nei due articoli citati, peraltro, nel tempo sono stati adottati numerosi provvedimenti settoriali, di livello statale ma anche regionale, i quali si sono talvolta occupati di disciplinare il regime di beni naturali non elencati nelle disposizioni civilistiche ma ritenuti di rilevanza giuridica nel senso civilistico *ab origine*, come avvenuto per i parchi naturali e i pascoli. Vi sono, infine, altri beni pubblici naturali che non sono stati oggetto di discipline organiche, ma solo di sporadici interventi del legislatore regionale, come nell'ipotesi dei ghiacciai, oggetto di regolazione incidentale nelle previsioni più ampiamente dedicate alla montagna. Anche in tali ipotesi, non è chiaro se il regime giuridico applicabile debba essere quello demaniale o quello patrimoniale.

(1) Così, D. SORACE (2014: 205-206). Vedi anche M. CLARICH (2017: 419); E. CASSETTA (2017: 217).

(2) Anche se occorre considerare che vi sono casi in cui l'azione umana di trasformazione delle condizioni originarie del bene è essenziale ai fini del suo utilizzo. Si pensi alle miniere e alle sorgenti di acque minerali e termali, che non potrebbero essere sfruttate senza la costruzione delle infrastrutture necessarie al loro trattamento e contenimento.

La frammentarietà delle discipline dimostra come, nonostante i riferimenti concettuali presenti nella dottrina, si pone la necessità di indagare le ricadute della «naturalità» sul regime giuridico dei beni pubblici. In tal senso, sarà utile l'analisi giurisprudenziale che ha fornito diverse indicazioni di interesse. Si pensi, ad esempio, alle decisioni inerenti le modalità di acquisizione e/o di cessazione della demanialità, in merito alle quali non sono ancora emersi orientamenti univoci. Non è chiaro, in specie, se si ponga o meno la necessità che tale mutamento di condizione richieda un apposito atto di ricognizione da parte dell'autorità amministrativa preposta, al pari di quanto ordinariamente previsto per i beni pubblici artificiali (3).

La «naturalità» impone, inoltre, considerazioni peculiari rispetto al regime degli usi. A differenza di quanto accade per i beni artificiali, infatti, quelli naturali sono beni tendenzialmente irriproducibili o solo parzialmente riproducibili con costi molto elevati (4). Ciò vuol dire che la regolazione amministrativa degli usi assentiti su tali beni deve fondarsi su meccanismi e procedure che siano in grado di operare una costante ponderazione tra istanze di valorizzazione e obblighi di tutela. Quanto alle prime, ci si riferisce sia alla valorizzazione economica che le caratteristiche di alcuni beni pubblici naturali consentono, sia alla loro valorizzazione sociale che avviene mediante la loro fruizione generale e, tendenzialmente, gratuita. Quanto alla seconda, il richiamo è al dovere che l'amministrazione deputata alla gestione del bene ha di mantenerne integre, quanto più possibile, le caratteristiche originarie non solo attraverso un'azione diretta di cura, ma anche imponendo tale cura ai concessionari cui il bene è temporaneamente affidato oppure fissando limiti, divieti e condizioni puntuali all'uso generale ed esercitando, quando necessario, i poteri di polizia amministrativa che il codice civile, *in primis*, le assegna.

Dato il contesto sommariamente delineato, nel presente contributo sarà, in primo luogo, ricostruito il quadro normativo di riferimento in materia. Saranno, in specie, esaminate le disposizioni del codice civile applicabili ai beni pubblici naturali, con indicazione dei condizionamenti e delle questioni che il carattere della «naturalità» pone rispetto ai beni pubblici artificiali. Si passerà poi a descrivere il rapporto che intercorre tra le suddette previsioni e la legislazione che si occupa di disciplinare altri tipi di beni pubblici. Si focalizzerà, infine, l'attenzione sulle discipline legislative più importanti in tema di patrimonio e beni naturali, anche alla luce di recenti interventi legislativi di riforma.

La seconda parte del contributo sarà, invece, dedicata ai problemi posti dagli usi dei beni pubblici naturali. In tal senso, verrà, innanzitutto, descritto il

(3) Vedi, tra le altre, Corte cass., sez. III, 18 ottobre 2016, n. 21018 e Corte cass., sez. III, 10 marzo 2016, n. 17424.

(4) Sul tema, vedi G. NAPOLITANO (2017: 141-142).

riparto di competenze amministrative in materia tra i diversi livelli di governo territoriale del sistema italiano, che incide in modo diretto sulle decisioni inerenti gli usi dei beni. In secondo luogo, saranno evidenziate le tipologie possibili di uso, per poi focalizzare l'indagine su quello particolare e sui problemi che questo pone in relazione al rispetto del principio europeo di tutela della concorrenza, in particolare con riferimento al demanio marittimo. Infine, verranno discusse le criticità correlate alla determinazione del valore economico dei beni pubblici naturali, che emergono con evidenza nel settore delle acque minerali e termali.

Nelle conclusioni, traendo spunto dai problemi affrontati nel testo, si discuterà delle prospettive del settore e dell'opportunità di riprendere alcune delle proposte fornite dalla Commissione Rodotà durante il processo di riforma del codice civile, al fine di delineare i tratti di una nuova categoria di beni pubblici definita «patrimonio naturale».

II. PATRIMONIO E BENI PUBBLICI NATURALI: MANCANZA DI UNA DEFINIZIONE, PLURALITÀ DI SIGNIFICATI

Nell'ordinamento giuridico italiano e nella letteratura scientifica corrispondente l'espressione «patrimonio culturale» è utilizzata in contesti e con significati differenti.

Innanzitutto, in termini molto generici, l'espressione «patrimonio naturale» è utilizzata per indicare quei beni di appartenenza pubblica che rientrano nel demanio naturale. In questo modo, all'espressione viene dato un significato corrispondente alla categoria per lo più civilistica (ma non solo) di quei beni pubblici naturali che si differenziano da quelli artificiali.

In termini più circoscritti, l'espressione in questione viene utilizzata anche in alcune previsioni legislative, per definire beni oggetto di particolari forme di tutela e di protezione. Infatti, l'espressione in questione si trova nella l. 6 aprile 1977, n. 184, con la quale è stata ratificata e data esecuzione alla Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale, firmata a Parigi il 23 novembre 1972, per indicare alcuni beni ai quali è assicurata una specifica tutela. Si tratta della nota Convenzione adottata dall'UNESCO, la quale all'art. 2, considera appartenenti al patrimonio naturale:

«— i monumenti naturali, costituiti da formazioni fisiche e biologiche oppure da gruppi di tali formazioni, aventi valore eccezionale dal punto di vista estetico o scientifico;

— le formazioni geologiche e fisiografiche e le zone rigorosamente delimitate, costituenti l'habitat di specie di animali e vegetali minacciate, che hanno valore universale eccezionale dal punto di vista della scienza o della conservazione;

— i siti naturali oppure le zone naturali rigorosamente delimitate, aventi valore universale eccezionale dal punto di vista della scienza, della conservazione o della bellezza naturale».

L'espressione «patrimonio naturale», poi, si trova anche nella l. 6 dicembre 1991, n. 394, con la quale è stata prevista la disciplina quadro delle aree protette. Secondo tale legge, le aree naturali protette, intese come istituzioni, hanno lo scopo di «garantire e di promuovere, in forma coordinata, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del paese». In tale prospettiva, il patrimonio naturale è costituito dalle «formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche, o gruppi di esse, che hanno rilevante valore naturalistico e ambientale».

Nelle pagine che seguono si cercherà di ricostruire il quadro giuridico di riferimento, indicando le principali fonti che disciplinano i beni considerati facenti parte del patrimonio naturale in senso ampio. Nello specifico, si prenderanno in considerazione non solo le disposizioni civilistiche sui beni del demanio naturale, ma soprattutto le previsioni settoriali riguardanti le aree naturali protette, il demanio forestale nonché alcuni possibili intrecci con regimi legislativi pensati per altre tipologie di beni.

III. IL QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO TRA DISPOSIZIONI CIVILISTICHE E PREVISIONI SETTORIALI

Nel patrimonio naturale trovano posto beni diversi, accomunati dall'elemento della naturalità che, per alcuni, ne giustifica l'appartenenza pubblica (i beni del demanio naturale) mentre, per altri, la sottoposizione a specifiche forme di protezione (le aree naturali protette) o anche di gestione (in particolare, i beni UNESCO). Per ogni condizione nella quale tali beni si possono trovare scatta l'applicazione di specifici regimi giuridici, previsti da fonti differenti e contenenti discipline di diversa portata. Non si può, tra l'altro, escludere che un singolo bene possa allo stesso tempo rientrare in contesti qualificatori diversi ed essere, ad esempio, bene demaniale ed area naturale protetta, con la conseguenza che allo stesso bene vengano riferite più discipline che ne regolano la titolarità, la circolazione e l'uso con particolare attenzione al carattere della sua naturalità.

Vediamo, quindi, i principali quadri giuridici di riferimento per quei beni che possono essere ricompresi all'interno di una categoria molto ampia di patrimonio naturale, a partire da quello contenuto nel codice civile e, poi, passando alle altre discipline presenti nella legislazione di settore.

1. La disciplina del demanio naturale

Nell'esperienza giuridica italiana, la «teoria della proprietà pubblica» ed il regime della demanialità trovano un preciso riconoscimento nella Costituzione e una positivizzazione, in primo luogo, nel codice civile del 1942.

La proprietà pubblica, infatti, è già richiamata nella Carta costituzionale, la quale afferma che la proprietà può essere pubblica o privata e che quest'ultima può essere sottoposta ad alcuni limiti al fine di assicurare la funzione sociale che la stessa esprime (art. 42). La Costituzione italiana, come è stato notato, detta le «coordinate essenziali del nuovo statuto dell'appropriazione dei beni», promuovendo «il definitivo attestarsi di differenti rapporti «dialettici» tra il settore dell'appropriazione pubblica e quello dell'appropriazione privata» (5).

Il Codice civile, invece, contiene la disciplina di base che regola il sistema del patrimonio pubblico, indicando le categorie dei beni in esso ricompresi ed il corrispondente regime giuridico. La scelta operata è quella della tripartizione delle categorie, alle quali conseguono altrettanti quadri di regolazione e tutela (6). Le prime due categorie sono considerate beni pubblici in senso stretto, in quanto condividono i tratti della appartenenza pubblica e della destinazione ad un uso pubblico, e perciò sono assoggettati ad un regime di sostanziale indisponibilità. Si tratta, in particolare, dei beni demaniali (ossia, porti, fiumi, laghi, ecc.), il cui regime giuridico risulta essere molto rigido e ispirato a logiche prevalentemente di conservazione (art. 822 c.c.), e dei beni del patrimonio indisponibile (come miniere, foreste, cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, ecc.), assoggettati ad un regime che ne impedisce la sottrazione alla loro destinazione (art. 826 c.c.). Carattere residuale ha, invece, la terza categoria, quella dei beni del patrimonio disponibile, i quali rientrano in un concetto di bene pubblico in senso ampio, in quanto presentano come unica caratteristica l'appartenenza ad un soggetto pubblico, condizione non sufficiente, però, a sottrarli del tutto al regime ordinario della proprietà privata.

Negli ultimi tempi le tradizionali concezioni di proprietà pubblica e di beni pubblici e le conseguenti tripartizioni di categorie e regimi giuridici contenuti nel codice civile si sono rivelati inadeguati rispetto al numerosi cambiamenti che hanno interessato tali beni as i loro contesti di riferimento. Ciò ha avuto delle conseguenze, innanzitutto, sulla classica distinzione tra beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile, che è andata via via sfumando, fino al punto che, ad opera della giurisprudenza, il regime giuridico cui sono assoggettati

(5) Così G. PALMA (1986: 152).

(6) Per un quadro ricostruttivo, cfr. R. ALESSI (1957); M. ARSI (2003: 1705 ss.); V. CAPUTI JAMBRENGHI (2005: 179 ss.); G. DELLA CANANEA (2015: 253 ss.); P. MADDALENA (2011); L. MERCATI (2012); A. POLICE (2011: 621 ss.) e M. RENNA (2006: 714 ss.).

i primi è stato di fatto esteso anche ai secondi. Il legislatore, a sua volta, è intervenuto con discipline settoriali, le quali hanno in alcuni casi accomunato sotto lo stesso regime beni pubblici appartenenti a categorie differenti o hanno introdotto regimi speciali, con la conseguenza di mettere in discussione l'intero impianto codicistico di regolamentazione della proprietà pubblica (7).

Nelle due categorie prese in considerazione dal codice civile e che condizionano oramai il regime vincolistico della proprietà pubblica e della sostanziale indisponibilità troviamo molti beni caratterizzati da un profilo di evidente naturalità. Tali beni formano quello che viene definito «demanio naturale». Alcuni di questi beni sono elencati nella disposizione relativa al demanio pubblico: «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia» (art. 822, c. 1, c.c.). Altri, invece, sono indicati a proposito del patrimonio statale indisponibile: «fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo» (art. 826 c. 2, c.c.).

Vediamo nel dettaglio le tipologie di beni rientranti nel c.d. demanio naturale ed eventuali normative integrative alla disciplina civilistica contenute in leggi di settore.

a. Demanio marittimo. I beni del demanio marittimo, come quelli del demanio idrico, costituiscono il c.d. demanio necessario, ossia l'insieme di quei beni a necessaria appartenenza pubblica. Tradizionalmente tale appartenenza è stata affidata allo Stato, mentre agli altri livelli istituzionali erano state affidate solo alcune funzioni amministrative. Tuttavia, per effetto di una legislazione attuativa dei principi costituzionali in tema di decentramento, avente nel d.lgs. 28 maggio 2010 n. 85 (c.d. federalismo demaniale) l'ultima e più incisiva manifestazione, molti dei beni del demanio marittimo ed idrico prima di proprietà statale sono stati oggi trasferiti alle regioni e agli enti locali. Pertanto, i beni del demanio marittimo indicati negli artt. 822 del c.c. e 28 cod. nav., sono ora di proprietà delle regioni così come i beni del demanio idrico previsti dal codice civile e dalle leggi speciali di settore (salvo alcune eccezioni), mentre i laghi chiusi e le miniere sono stati trasferiti alle province (artt. 3 e 5, d.lgs. n. 85/2010).

Al demanio marittimo appartengono alcuni beni naturali, tra i quali il lido del mare, la spiaggia, le lagune (come ad esempio, la laguna di Venezia: art. 1, r.d. 18 giugno 1936, n. 1853 e l. 5 marzo 1963, n. 366), le valli da pesca.

b. Demanio idrico. Il demanio idrico è composto dai fiumi, dai torrenti e dai laghi. La categoria è stata ampliata da alcune leggi speciali che in attuazione

(7) Sulle trasformazioni in atto si rinvia a G. PIPERATA, A. DE MICHELE e P. NOVARO (2015: 139 ss.).

del dettato contenuto nell'art. 822, c. 1, cc., hanno dichiarato la pubblicità delle acque, e anche dalla giurisprudenza che ha interpretato estensivamente tali norme (8). Sono stati, così, ritenuti beni demaniali anche le sorgenti, i ghiacciai, altri beni idrici.

Tra le leggi speciali riguardanti il demanio idrico va innanzitutto ricordato il r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, contenente il testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, che all'art. 1 affermava la pubblicità delle acque sorgenti e all'art. 103 delle acque sotterranee se iscritte nell'apposito registro. Ora, l'art. 144 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, contenente il testo unico ambientale, stabilisce che «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato» (c. 1) e queste «costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale» (c. 2). Il testo unico ambientale richiama anche il concetto di patrimonio idrico nazionale, un complesso di beni il cui utilizzo viene regolato con l'obiettivo di una razionalizzazione, anche allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, senza pregiudizio per la qualità.

Come abbiamo già ricordato, con riferimento al demanio idrico è in corso un processo di trasferimento della proprietà dallo Stato alle regioni e agli enti locali, mentre molte funzioni e competenze in materia di gestione su tali beni erano state già trasferite per effetto dell'art. 89, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

c. Demanio forestale. A differenza della spiaggia o dei fiumi che sono beni demaniali e come tali sottoposti ad un regime di indisponibilità per effetto della loro specifica natura, altri beni naturali come le foreste vengono attratti nella categoria del patrimonio indisponibile solo se appartenenti ad un'amministrazione pubblica. Le foreste, in particolare, se di proprietà dello Stato, hanno tradizionalmente costituito il c.d. demanio forestale (9). Tali beni, tuttavia, come altri che abbiamo in precedenza visto, sono stati progressivamente trasferiti, con alcune eccezioni, alle regioni, a partire dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

E' opportuno segnalare che il settore forestale è stato recentemente interessato da un importante testo di riforma, il d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, contenente il Testo unico in materia di foreste e filiere forestali. Il nuovo provvedimento, oltre a tendere al riordino della disciplina forestale in Italia, si pone una pluralità di obiettivi tra i quali la salvaguardia delle foreste, compresa anche la

(8) Sul demanio idrico, cfr. N. LUGARESI (1995), F. CORTESE, G. SANTUCCI E A. SIMONATI (2011), e con riferimento alla rilevanza pubblicistica del bene idrico nelle principali legislazioni europee, F. CAPORALE (2017).

(9) Cfr. A. FIORITTO (2003: 3229 ss.); N. FERRUCCI (2015); A. CROSETTI E N. FERRUCCI (2008).

gestione attiva delle stesse, il contrasto all'abbandono culturale e al declino demografico nelle aree montane e rurali italiane, la promozione dell'economia e della cultura forestale e dell'educazione ambientale (art. 2). Al centro del disegno riformatore il Codice forestale pone il «patrimonio forestale nazionale», cioè l'insieme dei boschi e delle aree assimilate a bosco, presenti sul territorio dello Stato, di proprietà pubblica e privata (art. 3). Al fine di proteggere ma anche promuovere tale patrimonio, il Codice immagina innanzitutto un'articolata politica di programmazione e pianificazione distribuita tra Stato e regioni. Allo Stato, infatti, viene riservato il potere di definire la «Strategia forestale nazionale». Le regioni, invece, secondo una logica di intervento a cascata, sono autorizzate, coerentemente alla Strategia nazionale, a individuare i propri obiettivi e definire le relative linee d'azione, attraverso programmi forestali regionali e anche piani forestali di indirizzo territoriale, finalizzati all'individuazione, al mantenimento e alla valorizzazione delle risorse silvo-pastorali e al coordinamento delle attività necessarie alla loro tutela e gestione attiva e degli altri strumenti di pianificazione forestale. Tra questi, in particolare, vi sono i piani di gestione forestale, adottati sempre dalla regione, e riferiti ad un ambito aziendale o sovraziendale di livello locale, qualificati come strumenti indispensabili a garantire la tutela, la valorizzazione e la gestione attiva delle risorse forestali (art. 6).

Il Codice definisce poi anche le attività di gestione forestale, le trasformazioni boschive e la promozione e gestione di altre attività, affidando allo Stato e alle regioni importanti competenze e titoli di intervento.

d. Demanio minerario. Al patrimonio indisponibile pubblico appartengono anche le miniere, però, a partire dalla loro scoperta, dato che fino a tale momento esse sono pertinenza del fondo privato in cui si trovano. La disciplina delle miniere è precedente al codice civile, essendo contenuta nel r.d. 29 luglio 1927, n. 1443. Tale fonte attribuisce allo Stato la proprietà delle miniere e disciplina puntualmente i processi di concessione che possono riguardare detti beni (10). Il regime delle miniere è stato esteso sia alle acque minerali e termali sia alle cave e torbiere. In particolare, i giacimenti di acque minerali e termali sono stati trasferiti dal patrimonio statale al demanio delle singole regioni (da ultimo, art. 22, l. 31 marzo 1997, n. 59). Inoltre, la disciplina delle acque minerali e termali risulta attualmente integrata anche da altre fonti, come ad esempio, il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 105, di attuazione della direttiva 80/777/CEE relativa alla utilizzazione e alla commercializzazione delle acque minerali naturali, e la l. 24 ottobre 2000, n. 323, di riordino del settore termale. Si tratta dei quadri normativi cui rinvia anche l'art. 144, c. 5, d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale «le acque termali, minerali e per uso

(10) Cfr. R. FEDERICI (1996); F. FRANCIOSI (2003: 1789 ss.).

geotermico sono disciplinate da norme specifiche, nel rispetto del riparto delle competenze costituzionalmente determinato».

Ritornando alle miniere, su tali beni e sul loro regime giuridico hanno influito alcune trasformazioni legislative e innovazioni di sistema. In primo luogo, il regime di riferimento risulta oggi integrato da disposizioni che si occupano della ricerca e gestione di giacimenti relativi ad altre risorse naturali, come ad esempio gli idrocarburi (cfr. l. 9 gennaio 1991, n. 9). In secondo luogo, sul versante dominicale, tali beni sono interessati da un processo di federalismo demaniale, che — come anticipato — immagina un trasferimento degli stessi dallo Stato alle province e alle città metropolitane. Infine, sotto il profilo gestorio e procedurale, i procedimenti relativi a tali beni ne incrociano altri riguardanti la pianificazione del territorio e la protezione dell'ambiente, con conseguente appesantimento nei tempi e nei passaggi burocratici, come è emerso in alcuni casi oggetto anche di riflessione scientifica (11).

e. *Cave e torbiere*. Si tratta di giacimenti di materiali non pregiati. La loro coltivazione spetta ai privati che ne hanno la proprietà. Tuttavia, secondo la previsione civilistica, il mancato esercizio delle proprie facoltà da parte del proprietario legittima l'amministrazione pubblica a disporre il passaggio dei beni al patrimonio indisponibile dello Stato. Il regime giuridico riguardante tali beni pubblici naturali risulta integrato da altre fonti regolative. In primo luogo, dalle leggi che, in ossequio al disposto costituzionale contenuto nell'art. 117, hanno definito il trasferimento di compiti e funzioni dal centro alla periferia, in particolare la n. 281/1970, il d.P.R. n. 616/1977 e il d.lgs. n. 112/1998, con le quali tali beni sono stati attribuiti al patrimonio indisponibile delle regioni. In secondo luogo, dalle leggi regionali, le quali conseguentemente ne hanno definito i vari aspetti dominicali. Infine, dalla legislazione mineraria, *in primis* il r.d. n. 1443/1927, che ha esteso a tali beni il regime delle miniere, soprattutto per quanto riguarda il regime concessorio (12).

2. La disciplina delle aree naturali protette

Nell'ordinamento italiano l'espressione «patrimonio naturale», come già anticipato, viene utilizzata anche in un'accezione più ristretta dalla l. n. 394/1991, per indicare parti del territorio da assoggettare ad un particolare regime di protezione e qualificate come aree naturali protette. La legge in questione, infatti, disciplina i processi di costituzione e gestione delle aree naturali protette, con l'obiettivo di assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del Paese. In altri termini, per patrimonio naturale in

(11) S. BIGAZZI, A. FIORITTO, A. MASSERA, G. PIZZANELLI (2016: 153 ss.).

(12) Cfr. F. CAIA (1981: 2061 ss.); F. FRANCIARIO (1997).

questo caso si intendono quelle porzioni territoriali che presentano un «rilevante valore naturalistico e ambientale»; pertanto, la presenza di tale valore giustifica l'assoggettamento «ad uno speciale regime di tutela e di gestione», in modo che siano perseguite varie finalità di protezione della natura e dell'ambiente, e conseguentemente al loro assoggettamento all'apposito regime di tutela, i territori «costituiscono le aree naturali protette» (art. 1).

Della l. n. 394/1991, è opportuno riassumere brevemente i contenuti più importanti, in particolare ricordando le categorie delle aree protette, le figure organizzative incaricate della loro tutela e gestione e i principali strumenti di intervento (13).

Iniziamo dalla classificazione delle aree naturali protette. Al riguardo, è utile ricordare per prima cosa che la legge del 1991 definisce in maniera organica il regime delle aree protette, innestandosi in una tradizione italiana che già conosceva il fenomeno dei parchi nazionali, considerato che, a partire dagli anni '20 e sulla scorta della prima legislazione nazionale in materia di bellezze naturali (a cominciare dalla l. 11 giugno 1922, n. 788, c.d. Legge Croce), ne erano stati costituiti diversi (ad esempio, il Parco nazionale d'Abruzzo, il Parco nazionale del Gran Paradiso, ecc.). Rispetto agli interventi del passato, tuttavia, la legge del 1991, oltre ad unificare la normativa di riferimento, ha provato soprattutto a favorire un cambiamento nella politica di protezione dei parchi naturali, sostituendo ad un classico approccio di tutela passiva, nuove dinamiche di intervento orientate alla tutela attiva e anche alla valorizzazione del patrimonio naturale (14). La legge italiana, rappresenta, quindi, un intervento innovativo diretto a realizzare una nuova forma di amministrazione del patrimonio naturale, secondo logiche di integrazione tra gli attori e gli interventi e di partecipazione anche delle comunità interessate, incentrata sul ruolo attivo della istituzione-parco (15).

La l. n. 394/1991 prevede quattro categorie principali di aree naturali protette, ferma restando la possibilità che l'apposito Comitato per tali aree introduca ulteriori livelli di classificazione (art. 2) (16). Si tratta, in particolare delle seguenti tipologie:

a. parchi nazionali: consistono in aree terrestri, fluviali, lacuali o marine, con particolari caratteristiche (debbono contenere uno o più ecosistemi intatti o

(13) Per una analisi più approfondita della disciplina italiana in tema di aree naturali protette si rinvia a D. BORGONOVO RE (1995); C. DESIDERI, F. FONDERICO (1998); G. DI PLINO (1994); G. DI PLINIO E P. FIMIANI, (1997); G. DI PLINIO, P. FIMIANI (2008), e M. IMMORDINO E N. GULLO (2008).

(14) In questi termini, A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON (2005: 425 s.).

(15) Cfr. in tale senso, D. AMIRANTE (2003: 96 ss.). Ma sui differenti modelli v. anche D. SERRANI (1973).

(16) Sulla differenziazione tipologica cfr. N. AICARDI (1999: 171 ss.).

anche parzialmente alterati da interventi antropici, una o più formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche, biologiche) e un rilievo internazionale o nazionale per valori naturalistici, scientifici, estetici, culturali, educativi e ricreativi, tali da giustificare l'intervento diretto dello Stato, ai fini della loro conservazione per le generazioni presenti e future. Sono istituiti e delimitati con decreto del Presidente della Repubblica coinvolgendo le regioni interessate (art. 8);

b. parchi naturali regionali: analogamente alle prime, consistono in aree terrestri, fluviali, lacuali ed eventualmente da tratti di mare prospicienti la costa, di valore naturalistico e ambientale, ma che costituiscono, nell'ambito di una o più regioni limitrofe, un sistema omogeneo individuato dagli assetti naturali dei luoghi, dai valori paesaggistici ed artistici e dalle tradizioni culturali delle popolazioni locali. Sono istituite dalle regioni con una legge alla quale è affidato il compito di indicare anche gli organi di governo e gli altri aspetti puntuali di disciplina del parco (art. 23);

c. riserve naturali nazionali o regionali (a seconda della rilevanza degli interessi rappresentati): sono sempre aree terrestri, fluviali, lacuali o marine, la cui rilevanza è data dalla presenza di una o più specie naturalisticamente rilevanti della flora e della fauna, ovvero di uno o più ecosistemi importanti per la diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche. La loro istituzione avviene con decreto del ministro dell'ambiente nel caso di riserva naturale statale, con legge regionale nel caso di riserva naturale regionale;

d. aree protette con riferimento all'ambiente marino: sono solo richiamate, in quanto rappresentano le aree protette che risultano definite secondo quanto previsto dal protocollo di Ginevra relativo alle aree del Mediterraneo particolarmente protette di cui alla l. 5 marzo 1985, n. 127, oppure secondo la l. 31 dicembre 1982, n. 979, agli artt. 25 ss. (17).

Dall'ultima rilevazione ufficiale (18) risulta che in Italia sono presenti 871 aree naturali protette. Si tratta in particolare di 25 parchi nazionali, 27 aree marine protette, 147 riserve naturali statali, 3 altre aree naturali protette nazionali, 134 parchi naturali regionali, 365 riserve naturali regionali e 171 altre aree naturali protette regionali. A ciò si aggiunga, che la protezione assicurata alle aree così delimitate può essere estesa anche alle cc.dd. aree contigue, ossia territori esterni alle peripezioni delle aree naturali protette, ma contigue ad esse, individuati dalle regioni, d'intesa con gli organismi di

(17) A queste categorie, per effetto anche del d.m. del ministero dell'ambiente 2 dicembre 1996, devono essere aggiunte anche le zone umide di interesse nazionale, le zone di protezione speciale (ZPS) e le zone speciali di conservazione (ZSC) previste dalla dir. 79/409/CEE (c.d. direttiva Uccelli) e dalla dir. 92/43/CEE (c.d. direttiva *Habitat*). Cfr. anche G. GRECO (1999: 1207 ss.).

(18) Ministero dell'Ambiente, d.m. 27 aprile 2010, contenente il VI° Elenco ufficiale delle aree protette (EUAP), in *G.U.*, 31 maggio 2010 n. 125, suppl. ord. n. 115.

gestione di quelle aree e con gli enti locali interessati, e sottoposti ad una regolamentazione e pianificazione rispetto ad alcune attività (es. caccia e pesca) proprio con l'obiettivo di assicurare la conservazione dei valori delle aree protette stesse (art. 32).

La l. n. 394/1991 immagina l'insieme delle aree naturali protette costituenti il patrimonio naturale italiano come un vero e proprio sistema, con appositi organi e strumenti per garantirne la coerenza e la funzionalità. A livello organizzativo un ruolo centrale spetta al Comitato per le aree naturali protette (art. 3). Si tratta di un organismo collegiale, costituito dal ministro dell'ambiente, che lo presiede, insieme ad altri ministri (agricoltura e foreste, beni e attività culturali, infrastrutture, ecc.) e da sei rappresentanti delle regioni (presidenti o assessori), indicati dalla Conferenza Stato Regioni. Tra i compiti più importanti del Comitato vi è l'adozione del Programma triennale per le aree naturali protette e le decisioni necessarie per la sua attuazione. Il Programma, infatti, è lo strumento con il quale vengono specificati i territori che formano oggetto del sistema delle aree naturali protette di interesse internazionale, nazionale e regionale, si indica il termine per l'istituzione di nuove aree naturali protette o per l'ampliamento e la modifica di quelle esistenti, si ripartiscono eventuali risorse, si definiscono i criteri e gli indirizzi di attuazione (art. 4).

Una delle parti più importanti del regime giuridico delle aree costituenti il patrimonio naturale italiano riguarda la disciplina relativa ai parchi nazionali, soprattutto perché la l. n. 394/1991 definisce gli aspetti organizzativi e di azione di tali istituti.

Per ogni parco nazionale è prevista l'istituzione per legge di un Ente parco, al quale affidare il governo, la tutela e la gestione del parco stesso (art. 8). L'Ente in questione ha personalità di diritto pubblico, è sottoposto alla vigilanza del ministro dell'ambiente e ha una autonomia statutaria con la quale definire l'organizzazione interna, le modalità di partecipazione popolare, le forme di pubblicità degli atti (art. 9, cc. 1 e 9). Sono organi dell'Ente il Presidente, il Consiglio direttivo, la Giunta esecutiva, il Collegio dei revisori dei conti, la Comunità del parco; questi hanno modalità di composizione e funzionamento differenti, ma tutti durano in carica cinque anni (art. 9, cc. 2 e 12). Di particolare interesse è la Comunità del parco, organo consultivo e propositivo dell'Ente parco, la cui funzione è anche quella di rappresentanza territoriale, dato che è costituita dai presidenti delle regioni e delle province, dai sindaci dei comuni e dai presidenti delle comunità montane nei cui territori sono ricomprese le aree del parco (art. 10).

Il governo dell'area naturale da parte dell'Ente parco avviene attraverso tre principali strumenti amministrativi: il regolamento del parco (art. 11), il piano del parco (art. 12) e il nulla osta (art. 13).

a. Il regolamento del parco. Può essere adottato dall'Ente parco, anche contestualmente all'approvazione del piano per il parco, e disciplina l'esercizio delle attività consentite entro il territorio dell'area protetta. E' approvato, però, con decreto del ministro dell'ambiente, previo parere dei comuni interessati, dato che i contenuti del regolamento sono vincolanti per tali enti (art. 11, c. 6). In particolare, a tale atto è affidata la disciplina di alcuni aspetti rilevanti per il parco, quali:

- la tipologia e le modalità di costruzione di opere e manufatti;
- lo svolgimento delle attività artigianali, commerciali, di servizio e agro-silvo-pastorali;
- il soggiorno e la circolazione del pubblico con qualsiasi mezzo di trasporto e l'accessibilità da parte di anziani e portatori di handicap;
- lo svolgimento di attività sportive, ricreative ed educative o di attività da affidare a interventi di occupazione giovanile, di volontariato;
- lo svolgimento di attività di ricerca scientifica e biosanitaria;
- i limiti alle emissioni sonore, luminose o di altro genere, nell'ambito della legislazione in materia.

Per espressa previsione legislativa, nel parco non si possono svolgere alcune attività. Sono vietate, infatti, tutte le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati e, in particolare, danni alle specie animali e alle specie vegetali, l'apertura e l'esercizio di cave, di miniere e di discariche, la modificazione del regime delle acque, l'introduzione, da parte di privati, di armi, esplosivi e qualsiasi mezzo distruttivo o di cattura, l'uso di fuochi all'aperto e così via. Il regolamento può, però, introdurre delle deroghe, al fine di permettere lo svolgimento, previa autorizzazione, di alcune di queste attività, e, in ogni caso, restano salvi i diritti reali e gli usi civici delle collettività locali (art. 11, cc. 4 e 5).

b. Il piano per il parco. Si tratta di uno strumento obbligatorio, alla cui adozione deve provvedere direttamente l'Ente parco con le regioni e gli enti locali interessati, pena, in caso di inerzia, l'intervento sostitutivo da parte del ministero dell'ambiente. Il piano per il parco, infatti, è lo strumento fondamentale attraverso il quale assicurare la tutela dei valori naturali ed ambientali nonché storici, culturali, antropologici tradizionali. Con esso vengono disciplinati l'organizzazione generale del territorio, i vincoli e le destinazioni di uso pubblico o private, i sistemi di accessibilità veicolare e pedonale, i sistemi di attrezzature e servizi per la gestione e la funzione sociale del parco, gli indirizzi e criteri per gli interventi sulla flora, sulla fauna e sull'ambiente naturale in genere.

Nel definirne l'organizzazione, il piano può suddividere il territorio del parco in diverse aree a seconda del grado di protezione che si vuole assicurare. Tali aree sono:

- le riserve integrali, nelle quali l’ambiente naturale è conservato nella sua integrità;
- le riserve generali orientate, nelle quali è vietata qualsiasi innovazione o trasformazione edilizia salvo le utilizzazioni produttive tradizionali, la realizzazione delle infrastrutture strettamente necessarie, le opere di manutenzione;
- le aree di protezione, nelle quali svolgere attività agro-silvo-pastorali, di pesca e raccolta di prodotti naturali, nonché la produzione artigianale di qualità, ma sempre secondo gli usi tradizionali ovvero secondo metodi di agricoltura biologica;
- le aree di promozione economica e sociale, aree cioè già modificate dai processi di antropizzazione, nelle quali sono consentite attività compatibili con le finalità istitutive del parco e finalizzate al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al miglior godimento del parco da parte dei visitatori.

Si aggiunga, infine, che l’attività di pianificazione può riguardare anche la promozione di iniziative atte a favorire lo sviluppo economico e sociale all’interno del parco, attraverso l’adozione di un piano pluriennale economico e sociale, con il quale l’Ente parco indica le attività compatibili e individua i soggetti chiamati alla realizzazione degli interventi previsti (art. 14). Tale intervento di pianificazione può essere svolto contestualmente con quello diretto all’adozione del piano del parco (art. 11 *bis*).

c. *Il nulla osta*. Le attività che si svolgono all’interno del parco, oltre ad essere regolate e pianificate, con l’obiettivo di evitare pregiudizi all’ambiente, sono anche sottoposte ad un regime autorizzatorio e di controllo, che trova nel c.d. nulla osta il fulcro dell’intero impianto regolatorio.

Gli interventi, impianti ed opere che devono essere realizzati all’interno del parco presuppongono concessioni o autorizzazioni il cui rilascio deve essere preceduto da un preventivo nulla osta dell’Ente parco (art. 13, c. 1). Spetta all’Ente, attraverso il nulla osta, verificare la conformità dell’intervento ipotizzato con le disposizioni del piano e del regolamento (19). Tra l’altro, senza il nulla osta o agendo in difformità alla disciplina prevista a proposito di tale istituto, ogni intervento risulta essere vietato, pena altrimenti l’arresto fino a dodici mesi e una ammenda (art. 30). Il nulla osta è reso entro sessanta giorni dalla richiesta con un provvedimento espresso oppure lasciando decorrere il termine

(19) Secondo la giurisprudenza amministrativa, si tratta di un potere di carattere urbanistico, che deve essere esercitato dall’Ente parco anche prima dell’approvazione del piano e del regolamento o in assenza degli stessi, in questo caso sulla base dei principi emergenti dalla normativa di riferimento: cfr. Tar Abruzzo, L’Aquila, 18.8. 2003, n. 590, e Cons. Stato, Sez. V, 20.8.2001, n. 4469.

senza intervenire e facendo così scattare il silenzio assenso (20). Invece, il diniego è sempre espresso, è pubblicato attraverso affissione e costituisce un provvedimento immediatamente impugnabile, anche da parte delle associazioni di protezione ambientale (art. 13, c. 2).

3. Il rapporto tra le fonti di disciplina dei beni del patrimonio naturale e altri tipi di beni

I beni del patrimonio naturale sono ricompresi — abbiamo visto — nelle aree naturali protette o anche assoggettati a regimi amministrativi specifici, come nel caso del demanio naturale. Ma vi sono altri beni naturali al di fuori di tali contesti che non sono privi di specifici regimi giuridici di riferimento. Anzi. Per tali beni il legislatore interviene spesso con discipline puntuali, le quali interagiscono con quelle più tradizionali che abbiamo visto in precedenza. Come è stato notato, infatti, «il patrimonio naturale è oggetto di regimi normativi e di gestioni amministrative diversi che, peraltro, in parte si sovrappongono» (21). Può accadere, quindi, che un bene del patrimonio naturale appartenga anche ad altri contesti patrimoniali o che lo stesso bene sia assoggettato a discipline diverse. Possono essere utilizzati come esempi i beni del c.d. patrimonio misto della Convenzione UNESCO e i beni paesaggistici.

In proposito abbiamo già detto che la l. n. 184/1977, ha ratificato tale Convenzione, rafforzando la protezione del patrimonio culturale e naturale presente nel territorio italiano. Il provvedimento richiamato si basa sulla distinzione tra patrimonio culturale e patrimonio naturale, due categorie composte da beni puntualmente elencati ed individuati. Tuttavia, non sempre tale distinzione risulta essere netta, ben potendosi avere beni il cui valore risulti essere sia culturale che naturalistico. In questi casi, come evidenziato dalle Linee guida operative per

(20) Si è discusso a lungo recentemente in Italia sulla possibilità di considerare superato il meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 13, in seguito alla modifica introdotta alla disciplina generale dell'istituto del silenzio contenuta nell'art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241, e soprattutto considerata la tendenza dell'ordinamento italiano a escludere tale modulo procedimentale in settori sensibili quali sono quelli della tutela del paesaggio, dell'ambiente, della salute e dei beni culturali. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto tuttora vigente l'art. 13 e, di conseguenza, applicabile l'istituto del silenzio assenso anche all'ipotesi del nulla osta dell'Ente parco, considerato che, tra le tante motivazioni, «non si rinviene una indicazione della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario statale di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale rappresentato dal silenzio-assenso anche in materia ambientale, laddove si tratti di valutazioni con tasso di discrezionalità non elevatissimo»: cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 27.7.2016, n. 17. Per un commento cfr. L. BERTONAZZI (2017).

(21) S. AMOROSINO (2009: 148).

l'attuazione della Convenzione (22), si può parlare di patrimonio misto (culturale e naturale allo stesso tempo), trattandosi di beni riconducibili in parte o in tutto a entrambe le definizioni di patrimonio culturale e naturale. Quindi, all'interno di un sito inserito nella lista del patrimonio UNESCO è possibile trovare beni di differente qualificazione (culturali, paesaggistici, naturali), come tali destinatari di regimi giuridici di protezione e valorizzazione anche differenti (23). Proprio per questo, il legislatore italiano, con la l. 20 febbraio 2006, n. 67, ha previsto per ogni sito l'adozione di un apposito piano di gestione, strumento con il quale assicurare la conservazione dei siti italiani Unesco e creare le condizioni per la loro valorizzazione, definendo soprattutto le opportune forme di collegamento con programmi o strumenti normativi che perseguano finalità complementari, tra i quali quelli relativi alle aree protette (art. 3) (24).

Il richiamo ai siti UNESCO ci permette di affrontare anche la questione relativa al paesaggio e ai beni paesaggistici, anche perché i siti appartenenti al patrimonio culturale e naturale mondiale, oltre ad essere tenuti in considerazione dalla pianificazione paesaggistica, sono spesso formati da beni di eccezionale valore paesaggistico. Tra questi ultimi beni e quelli del patrimonio naturale il rapporto è molto stretto. È vero, infatti, che in Italia gran parte dei beni del patrimonio naturale sono presenti all'interno di territori assoggettati ad un vincolo che ne permette la qualificazione anche intermini di beni paesaggistici.

Più nel dettaglio, è opportuno ricordare che in Italia al paesaggio, da sempre importante concetto culturale, è stata riconosciuta, a partire dai primi anni del 1900, anche una rilevante dimensione giuridica. Attualmente, il paesaggio presenta nel nostro ordinamento non solo una rilevanza costituzionale — l'art. 9, c. 2, Cost., infatti, afferma che «la Repubblica (...) tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione» —, ma è destinatario di una specifica disciplina contenuta nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, contenente il Codice dei beni culturali e del paesaggio, che unifica i beni culturali e quelli paesaggistici in un unico concetto di patrimonio culturale (art. 2), disciplinandone le dinamiche di tutela e di valorizzazione, con le finalità di preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e di promuovere lo sviluppo della cultura. Inoltre, la rilevanza giuridica del paesaggio si è intensificata anche in seguito alla sottoscrizione della Convenzione europea

(22) UNESCO, *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, versione dell'ottobre 2016, punto 46.

(23) Sulla diversa natura dei beni rientranti nei siti del patrimonio UNESCO e sui modelli di tutela, cfr. L. UCCELLO BARRETTA (2016), e S. MABELLINI (2016: 146 ss.).

(24) La rivista *Aedon* (www.aedon.milino.it) ha dato conto di alcune esperienze riguardanti i piani di gestione di siti italiani del patrimonio UNESCO: cfr. A. CASSATELLA (2011); S. MARCHETTI, M. ORREI (2011); G. ARMAO (2018). Con riferimento al piano di gestione di Pompei, cfr. L. CASINI (2016: 203 ss.).

del paesaggio, avvenuta a Firenze il 20 ottobre 2000, la quale ha imposto agli Stati sottoscrittori di «riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità» (art. 5, lett. a)).

Nella disciplina codicistica i punti di contatto tra patrimonio naturale e paesaggio e beni paesaggistici sono numerosi. A cominciare dalle definizioni, la quali fanno riferimento anche ai caratteri naturalistici di tali beni. Il paesaggio, infatti, è indicato come il «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» (art. 131, c. 1); i beni paesaggistici sono immobili o aree, individuati dalla legge o vincolati con provvedimento amministrativo o con scelta pianificatoria, «costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio» (art. 2, c. 3, e 134).

Un sintetico richiamo alla disciplina italiana in materia di paesaggio può essere opportuno, dato che la stessa potrebbe integrarsi con altri regimi di protezione e valorizzazione del patrimonio naturale, quando lo stesso bene appartenente a tale patrimonio presenti anche una qualificazione come bene paesaggistico. Il Codice non esaurisce peraltro la disciplina giuridica in materia di paesaggio, ma rappresenta la fonte principale di riferimento, in quanto fissa i principi fondamentali, definisce un minimo assetto di competenze e delinea le più importanti funzioni e politiche pubbliche (25). Meritano un accenno le principali funzioni previste dal Codice in materia di paesaggio, rappresentate dalla tutela e dalla valorizzazione. Entrambe consistono in una pluralità di attività: per la tutela, esse sono dirette «ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione» (art. 3, c. 1) o anche ad adottare «provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale» (art. 3, c. 1); per la valorizzazione esse sono orientate alla promozione della conoscenza del patrimonio culturale, ad assicurarne le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica e alla promozione ed al sostegno degli interventi di conservazione.

Entrambe le funzioni sono assicurate da tre strumenti principali, puntualmente disciplinati nel Codice: i vincoli paesaggistici, la pianificazione paesaggistica, l'autorizzazione paesaggistica.

I vincoli sono apposti su beni immobili o su aree e hanno la funzione di evitare che interventi realizzati sugli stessi possano pregiudicarne il valore paesaggistico. Sono di tre tipi: il vincolo per provvedimento, quando è apposto

(25) Per una puntuale ricostruzione delle disciplina italiana in materia di paesaggio sia consentito rinviare a G. PIPERATA (2017: 243 ss.).

con un provvedimento amministrativo che dichiara il notevole interesse pubblico di tipo paesaggistico di immobili o aree; i vincoli di secondo tipo o *ex lege*, che trovano la loro fonte direttamente nella previsione legislativa; i vincoli del terzo tipo, rappresentati dai vincoli che possono essere posti attraverso il piano paesaggistico. I vincoli paesaggistici possono essere «nudi» o «vestiti» (a seconda che si limitino a individuare il bene e dichiararne la natura paesaggistica oppure ne disciplinino anche l'uso) e non sono indennizzabili (26).

Il piano paesaggistico, invece, è di competenza delle singole regioni ed è più orientato alla valorizzazione del paesaggio e dei beni paesaggistici. Ha per prima cosa la funzione di individuare e riconoscere «gli aspetti e caratteri peculiari, nonché le caratteristiche paesaggistiche», arrivando anche a delimitarne «i relativi ambiti» e per ogni ambito delimitato, predisporre «specifiche normative d'uso», nonché attribuire «adeguati obiettivi di qualità» (comma 3) (art. 135, cc. 2 e 3). Il piano, poi, presenta contenuti obbligatori e contenuti facoltativi, che possono essere conoscitivi, precettivi e propositivi.

Infine, l'autorizzazione paesaggistica. L'individuazione di un'area o un immobile come bene paesaggistico non determina l'applicazione di un vincolo assoluto di intervento edilizio, di modificabilità o di trasformazione. Il Codice, infatti, ammette sempre e senza particolari formalità alcune tipologie di interventi, come, ad esempio, quelli «di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici» (art. 149, c. 1). Per tutti gli altri, invece, viene imposto un regime di autorizzazione preventiva, con lo scopo di verificare che l'intervento avvenga nel rispetto del principio secondo il quale «i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, (...) non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione» (art. 146, c. 1). Le analogie con il nulla osta dell'Ente parco, di cui si è detto in precedenza, sono evidenti. Anche nel caso dell'autorizzazione paesaggistica, l'ordinamento accanto ad una dinamica procedurale ordinaria, prevede forme di semplificazione procedimentale per tipologie di interventi meno impattanti sui valori paesaggistici del bene.

IV. IL RIPARTO DELLE FUNZIONI LEGISLATIVE E AMMINISTRATIVE TRA LIVELLI DI GOVERNO

Descritto il sistema normativo italiano che si occupa di patrimonio naturale, inteso in senso ampio come demanio naturale e in senso più specifico

(26) Cfr. Corte cost., 29.5.1968, n. 56. In generale sui vincoli che limitano la proprietà per esigenze di tutela dell'ambiente, M. RENNA (2005: 715 ss.).

come insieme delle aree naturali protette, è opportuno passare alle questioni che interessano trasversalmente tutti i beni naturali e ad alcune questioni più specifiche, partendo dal problema della ripartizione dei compiti tra i diversi attori pubblici.

Al fine di comprendere in che modo sia articolato il riparto delle competenze in materia di beni pubblici naturali tra i diversi livelli di governo, occorre prima soffermarsi sul rapporto tra proprietà dei medesimi beni e funzioni amministrative.

Un primo esame che prenda le mosse dalle disposizioni codicistiche potrebbe, infatti, far pensare che vi sia una costante corrispondenza tra la proprietà di un dato bene e l'esercizio doveroso dei compiti amministrativi ad esso correlati. In effetti, l'art. 822 si limita a stabilire che i beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale appartengono allo Stato, mentre l'art. 826 precisa che i beni del patrimonio indisponibile (tra cui si annoverano le foreste, le miniere, le cave e le torbiere), possono appartenere anche a province e comuni.

Se, però, si analizzano con attenzione i contenuti delle leggi che hanno attuato le disposizioni contenute nel codice civile, ci si accorge che tale relazione non è così lineare. Vi sono, infatti, alcune tipologie di beni per le quali è più frequente che si ravvisi una coincidenza tra amministrazione proprietaria e amministrazione deputata all'esercizio delle funzioni amministrative. Si tratta dei beni pubblici naturali appartenenti al patrimonio indisponibile, dei beni sottratti a tale destinazione sulla base di una legge (27) e dei beni transitati dal demanio al patrimonio (indisponibile) con dichiarazione dell'autorità amministrativa (28) che sono spesso di proprietà degli enti territoriali.

Diversamente, nel caso dei beni naturali appartenenti al demanio statale vi è una dissociazione poiché lo Stato, che detiene il titolo proprietario, non è direttamente coinvolto dalla gestione e tutela del bene. Un caso da segnalare può essere quello della fauna selvatica che, ai sensi dell'art. 1, co. 1, della legge n. 968/1977, «costituisce patrimonio indisponibile dello Stato» che deve essere tutelato nell'interesse della comunità nazionale. La stessa legge stabilisce però al successivo co. 3 che spetta alle regioni l'adozione di «norme relative alla gestione e alla tutela di tutte le specie» di cui la fauna si compone. È su questa base, ad esempio, che le leggi regionali definiscono annualmente il calendario venatorio e impongono delle zone di divieto all'esercizio di tale attività, condizionando così in modo variabile la libertà di azione dei cacciatori.

La dissociazione tra proprietà dei beni pubblici naturali e titolarità delle funzioni amministrative tende, tuttavia, a generare conflittualità nel sistema giuridico e tra i diversi livelli di governo interessati. Il problema si pone parti-

(27) Come permesso dall'art. 828, co. 2, del codice civile.

(28) Sulla base di quanto previsto dall'art. 829, co. 1, del codice civile.

colarmente a fronte di beni che sono suscettibili di valorizzazione economica, come ben dimostra il demanio marittimo, ambito nel quale sono numerosi i ricorsi statali avverso le leggi regionali adottate per la disciplina dei meccanismi di affidamento delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreativo che sono state impugnate dallo Stato (29).

La riflessione che si è proposta fa da sfondo alla puntuale definizione delle singole competenze amministrative, la quale è a sua volta inevitabilmente condizionata dalle disposizioni costituzionali che delineano il riparto del potere legislativo tra Stato e regioni. Si ricorda, in proposito, che l'art. 117 distingue tra materie di potestà esclusiva statale (art. 117, c.2) e materie di potestà concorrente (art. 117, c., 3), prevedendo al contempo una clausola di residualità in favore delle regioni per ulteriori materie non elencate nei commi precedenti (art. 117, c. 4). L'art. 117, c. 6, prevede inoltre una potestà regolamentare, che assume un rilievo peculiare con riferimento ai beni pubblici naturali poiché, come si vedrà, importanti aspetti della loro gestione, tutela e valorizzazione sono disciplinati nel dettaglio attraverso la richiamata fonte secondaria (in specie, con regolamenti regionali) (30).

Scorrendo gli elenchi contenuti nel secondo e nel terzo comma dell'art. 117 sopra citato, non si rinviene un riferimento espresso alla categoria di beni pubblici di nostro interesse. Questa mancanza non deve, tuttavia, sorprendere perché si è già detto nell'introduzione che il sistema giuridico italiano non si avvale chiaramente della locuzione «beni pubblici naturali», la quale è stata, invece, più di frequente impiegata dalla dottrina. Occorre allora verificare se vi siano o meno espressioni che, seppure riferite ad altri ambiti materiali, legittimino, sia pure in modo trasversale, l'esercizio di un potere normativo statale e/o regionale nel settore in esame. In tal senso, possono essere richiamate, in primo luogo, le funzioni esclusive statali relative alla tutela della concorrenza (art. 117, c. 2, lett. e), alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m) e alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, c. 2, lett. s); in secondo luogo, sono di interesse le funzioni concorrenti riguardanti il governo del territorio, i porti civili, le grandi reti di trasporto e di navigazione e la valorizzazione dei beni ambientali (art. 117, c. 3).

Posto il quadro generale dato dal riparto costituzionale, come si è illustrato in precedenza, il codice civile del 1942 ha indicato in più punti la possibilità

(29) Sul tema, vedi più approfonditamente *infra* il par. 6.1.

(30) L'articolo citato stabilisce, in particolare, che «La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

per la legge di integrare le sue previsioni generali. Su questa base sono state adottate numerose leggi settoriali che disciplinano singoli beni o gruppi di beni.

Questi provvedimenti presentano due caratteristiche comuni, nonostante si occupino di oggetti anche molto diversi tra loro.

Innanzitutto, non sono testi né organici, né esaustivi e, quindi, non offrono all'interprete un riferimento certo, unitario e completo per ciascuna tipologia di bene naturale. Ciò vuol dire che una singola categoria di beni appare regolata da disposizioni collocate in diverse fonti, ognuna dei quali si occupa di disciplinarne solo alcuni aspetti. Peraltro, le leggi settoriali, siano esse statali o regionali, talvolta sono state emanate a distanza di molto tempo l'una dall'altra e questo determina una ulteriore difficoltà in capo all'operatore, stante l'incongruenza delle disposizioni più vecchie rispetto al contesto attuale nel quale devono essere lette e applicate. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle norme che regolano il demanio minerario, il cui principale riferimento è dato, ancora oggi, dal r.d. n. 1443/1927 (c.d. legge mineraria).

In secondo luogo, i provvedimenti legislativi statali adottati in materia di beni pubblici naturali, particolarmente quando emanati dopo la riforma costituzionale del 2001, che ha profondamente riarticolato la distribuzione del potere legislativo tra Stato e regioni, sono solo in parte direttamente applicativi. Rinviano, infatti, alle regioni la disciplina puntuale di numerosi profili, non solo di tipo legislativo, ma anche di tipo amministrativo. Le regioni, a loro volta (e nonostante la previsione di generale di cui all'art. 118 Cost., che non rende forse necessario tale ulteriore passaggio), demandano ai comuni l'adozione di atti regolamentari, di pianificazione e/o di programmazione in assenza dei quali l'effettività a valle delle previsioni legislative rischia di apparire limitata.

La ricostruzione completa delle regole determinanti l'assetto di una data tipologia di beni naturali impone, quindi, non solo la lettura delle fonti statali, ma anche quella delle fonti regionali adottate rispetto a funzioni non proprie ma conferite dal legislatore nazionale nonché quella dei principali atti amministrativi a queste strettamente correlati. Si genera così una complessità sistemica che acuisce i conflitti tra i soggetti istituzionali coinvolti e tende ad avere effetti negativi in termini di efficacia dell'azione pubblica a livello territoriale.

Con riferimento più puntuale alla competenza amministrativa, viene infine in rilievo l'art. 118 che affida in via generale tale potere ai comuni, i quali la esercitano sulla base dei principi di sussidiarietà adeguatezza e differenziazione, adottando dunque tutti gli atti necessari al concreto esercizio dei poteri correlati alla regolazione dei beni pubblici naturali. È, dunque, a questo livello di governo che spettano i compiti amministrativi in materia di beni naturali, salvo il caso eccezionale in cui possa essere necessario attribuirli ad altri enti per assicurarne l'esercizio unitario, come previsto dal medesimo art. 118 della Costituzione.

La generica indicazione contenuta nell'art. 823, c. 1, del codice civile, il quale prevede che «spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico» e che tale autorità abbia «facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà», può pertanto essere interpretata in via generale come riferita ai comuni. Accanto al novero di funzioni correlate alla tutela dei beni, queste stesse amministrazioni esercitano numerosi altri compiti che attengono alle scelte amministrative in merito alla destinazione d'uso dei beni nonché alla loro gestione e valorizzazione economica.

V. L'USO DEI BENI PUBBLICI NATURALI

In generale, uno dei tratti salienti dei beni pubblici consiste nella loro attitudine a fornire utilità giuridicamente rilevanti. Questa caratteristica deriva loro dalla pertinenza con uno o più interessi pubblici, pertinenza che nel caso dei beni naturali può dirsi intrinseca mentre per i beni artificiali è unilateralmente determinata da decisioni amministrative.

Il rapporto tra interessi pubblici e utilità, tendenzialmente, si articola secondo due modalità.

Nella prima, l'interesse che attiene al bene è strumentale rispetto alla sua attitudine a servire all'esercizio di funzioni o servizi pubblici. Quindi i beni possono essere considerati «mezzi» per l'amministrazione, come accade con il demanio militare, con gli acquedotti e con il denaro. Nella seconda, il bene realizza immediatamente un interesse della collettività e questo può giustificare anche la limitazione di alcune delle facoltà insite nei diritti dominicali spettanti ai privati, come ad esempio lo *jus aedificandi* nelle aree naturali protette. Quest'ultima forma di relazione è quella che più si adatta ai beni di cui ci stiamo occupando.

È evidente come l'utilità che deriva dai beni pubblici naturali dipenda strettamente dalle regole che l'ordinamento generale fissa in relazione al loro uso da parte della collettività.

In proposito, la dottrina ha proposto una ipotesi di classificazione dei beni pubblici che è particolarmente interessante se applicata a quelli naturali. Nello specifico, ordinando in misura decrescente la possibilità di utilizzo e, dunque, avvalendosi dell'ampiezza dell'uso come criterio ordinatore, è stato ritenuto possibile distinguere i beni pubblici in cinque categorie: le *res communes omnium* (quali sono considerati il mare, l'aria, l'etere, etc.) (31), i beni a

(31) Per un approfondimento sul tema, si rinvia, di recente, a D. DURSI (2017).

fruizione collettiva (come il lido del mare, le strade, etc.) (32), i beni destinati all'uso da parte delle pubbliche amministrazioni (ad, esempio, le strutture della difesa nazionale), i beni privati delle pubbliche amministrazioni (come nel caso del patrimonio immobiliare) (33) e i beni privati sottoposti a vincoli pubblici di tipo culturale o paesaggistico (si pensi ad un'area dove sono presenti siti preistorici) (34).

L'articolazione proposta mostra chiaramente come la percezione di utilità dei beni pubblici e, in specie, dei beni pubblici naturali, sia strettamente correlata con la previsione di scelte di destinazione che ne consentano un uso ampio da parte della collettività. In altre parole, più la collettività può godere di tali beni, più essi assolvono alla loro funzione primaria di fornire utilità che assumono un rilievo giuridico, permettendo cioè la soddisfazione di diritti, anche qualificabili come fondamentali o anche costituzionalmente garantiti, nonché di interessi diffusi.

Perché ciò sia possibile, l'amministrazione competente dovrà, quindi, tendenzialmente optare per l'uso generale, subordinandolo al rispetto di un novero di regole volte a garantire la tutela del bene e prevedendo specifiche sanzioni in caso di loro violazione. Così facendo, risulterebbe valorizzata la funzione di servizio alla collettività propria del bene naturale. In alternativa, qualora il bene sia suscettibile di una valorizzazione economica e, quindi, sia in grado di stimolare l'interesse dei privati, la scelta amministrativa potrebbe volgersi verso l'uso particolare, che prevede la messa a disposizione del bene per un periodo temporaneo in favore di soggetti privati, oppure l'uso promiscuo, se la concessione al privato riguarda solo una porzione del bene interessato.

A riguardo, l'amministrazione opera, con l'adozione di un provvedimento amministrativo di natura accrescitiva, denominato concessione amministrativa. La *ratio* delle concessioni nella costruzione del rapporto tra amministrazione proprietaria e privato concessionario risiede proprio nel fatto che la prima può essere proprietaria o titolare di un bene, un'attività (servizio), un'opera e che, quindi, può conferire al secondo la facoltà di esercitare, entro certi limiti e per un periodo di tempo predeterminato, attività imprenditoriali correlate con detti beni, attività (servizi), opere (35). Da ciò deriva che l'attività privata non è possibile in assenza del titolo concessorio, il quale rappresenta l'abilitazione del concessionario a fronte di taluni speciali poteri verso il bene pubblico concesso.

Nell'ottica sinora descritta, non si ritiene invece che i beni pubblici naturali possano essere soggetti ad un uso diretto e riservato da parte del pro-

(32) In generale, in argomento vedi M. OLIVI (2005), e, prima, V. CERULLI IRELLI (1983).

(33) Sul patrimonio immobiliare pubblico, si può leggere L. MERCATI (2009).

(34) Vedi, in proposito, G. DELLA CANANEA (2015: 262 ss.).

(35) Sul tema, vedi B. TONOLETTI (2008).

prietario pubblico che preveda sanzioni per l'uso altrui, fatta però eccezione per i casi in cui ciò sia strettamente necessario al fine di impedirne un uso massivo che rischi di essere dannoso per la loro stessa esistenza oppure all'ipotesi in cui ricorrano interessi pubblici primari quali, ad esempio, quelli alla difesa militare.

A seconda della tipologia di uso del bene pubblico, il ruolo dell'amministrazione muta. Nello specifico, mentre nell'uso diretto, il ruolo è di tutela, conservazione e, appunto, utilizzo diretto, nell'uso generale e particolare l'azione amministrativa è piuttosto orientata alla regolazione e all'organizzazione dell'uso da parte della collettività e dei concessionari.

VI. IL CONFLITTO FRA GLI USI E LA VALORIZZAZIONE ECONOMICA DEI BENI NATURALI

Alcuni usi dei beni pubblici naturali possono essere tra loro confliggenti, oltre che escludenti. In particolare, per i beni a fruizione collettiva dei quali si ammette l'uso generale, si pone il problema di scegliere l'utilizzo più adatto o quello di contemperare più usi, tutti potenzialmente ammissibili anche se tra di loro concorrenti. Si pensi al caso di un soggetto privato che non sia interessato all'uso ordinario del bene bensì ad un suo uso parziale a fini imprenditoriali, come avviene per l'installazione di infrastrutture per l'erogazione dei servizi pubblici.

Quest'ultimo esempio permette di sviluppare una ulteriore riflessione che riguarda la suscettibilità di alcuni beni pubblici naturali di essere impiegati in modo da consentire una loro valorizzazione economica. In tale ipotesi, l'amministrazione incaricata della gestione del bene può decidere discrezionalmente di affidarlo in concessione, in tutto o in parte, ad un soggetto privato al quale viene richiesta la corresponsione di un canone per ciascun anno di utilizzo. In tal modo, almeno in linea teorica, dovrebbe operarsi un contemperamento con la limitazione imposta all'uso generale da parte della collettività poiché gli introiti derivanti dalle concessioni dei beni pubblici naturali, afferendo alle risorse di bilancio, sono redistribuiti secondo le logiche della fiscalità generale. Come si vedrà, invece, la determinazione degli oneri concessori avviene quasi sempre con modalità che sottostimano il valore economico dei beni e, dunque, il paventato bilanciamento di istanze non si verifica.

Vi sono, peraltro, anche altre modalità con cui l'amministrazione può favorire la coesistenza tra l'uso collettivo di un certo bene pubblico e la sua valorizzazione per fini economici. Si pensi, in particolare, al controllo pubblico delle tariffe a livelli socialmente accettabili e al mantenimento di più opzioni per l'utente, che deve sempre avere a disposizione un'alternativa non onerosa o quantomeno scarsamente onerosa nell'uso del bene. È quanto accade, ad

esempio, attraverso gli atti di pianificazione comunale che impongono di mantenere una percentuale più o meno elevata di spiagge libere accanto a quelle infrastrutturate già affidate in concessione (36).

Un caso esemplificativo di quanto affermato è dato dal lido del mare, bene incluso nel demanio marittimo, il cui uso è normalmente consentito all'universalità di coloro che ne hanno interesse. Ciò nonostante, nulla osta che l'amministrazione interessata possa asseverare usi frazionati o individuali del medesimo bene, a condizione che non ne ledano il godimento collettivo. È quello che avviene con la concessione finalizzata all'esercizio di attività balneari. Sullo stesso lido possono, peraltro, essere ammessi, al ricorrere di precise condizioni, anche usi eccezionali che, invece, escludono quello ordinario collettivo, come nell'ipotesi dell'installazione di un'impresa di estrazione del sale su un certo tratto di spiaggia.

È, pertanto, importante la modalità con cui l'amministrazione competente in ordine all'uso del bene pondera le richieste in merito pervenute, valutando gli interessi (collettivi o individuali) a quelle sottesi. Si pone, in tal senso, il problema della scelta del concessionario, sia in caso di più concorrenti, sia quando questa sia condizionata da un'errata valutazione iniziale circa la destinazione d'uso del bene.

1. Il conflitto tra istanze concorrenziali e legittimo affidamento: il caso del demanio marittimo

Nel 2016 il rinnovo automatico delle concessioni di spiaggia rilasciate per finalità turistico-ricreative ammesso dalla disciplina italiana in materia di demanio marittimo è stato sanzionato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (37). Il prolungamento del rapporto concessorio, che al ricorrere di talune condizioni era consentito senza una valutazione competitiva, è stato, infatti, ritenuto in contrasto con i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza.

L'orientamento espresso dal giudice europeo non deve sorprendere.

Si pone in linea, infatti, con quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), che già un decennio orsono aveva evidenziato la necessità di introdurre meccanismi competitivi nell'assegnazione dei diritti di uso sui

(36) Sul valore vincolante delle previsioni contenute nel Piano di Utilizzazione degli Arenili (PUA) adottato dai comuni in relazione al rilascio delle concessioni demaniali, vedi Cons. Stato, sez. VI, 6.8.2013, n. 4103.

(37) Il riferimento è alla sentenza Corte di Giustizia UE, sez. V, 14.7.2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15. Per un commento sulla decisione, si vedano C. BENETAZZO (2018: 1 ss.); G. BELLUCCI (2017); E. BOSCOLO (2016: 11 ss.).

beni demaniali (38). Dello stesso tenore anche la giurisprudenza amministrativa, che ha dichiarato ripetutamente illegittima l'assenza di una diffusa e decisa affermazione del principio di concorrenza nelle procedure di affidamento in concessione di beni demaniali (39). Ma anche la Corte dei conti ha ritenuto il rilascio senza gara di concessioni di spiaggia suscettibile di configurare un danno erariale (40), così come la Corte costituzionale ha, con orientamento costante, giudicato illegittime le numerose leggi regionali contenenti previsioni contrarie ai principi europei (41).

Peraltro, le disposizioni che regolano l'affidamento in concessione di tratti di litorale erano già state oggetto di una procedura di infrazione comunitaria aperta nel 2008 e chiusa, dopo un travagliato dibattito mediatico e parlamentare, solo nel 2012. La Commissione europea aveva allora censurato l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime quando assentita con preferenza per il concessionario uscente, cui era permesso di avvalersi del diritto di insistenza quando non addirittura di giovare di un rinnovo automatico del titolo concessorio (42). Per superare le contestazioni mosse, l'Italia aveva risposto abrogando tale diritto con decreto legge (43). Tuttavia, in sede di conversione di tale provvedimento, il Parlamento aveva inserito un inciso che salvava la possibilità di rinnovare automaticamente i titoli concessori. Questo ha comportato una messa in mora complementare avvalorata, peraltro, dall'en-

(38) A tal proposito, ci si può riferire al parere AGCM 28 ottobre 1998 AS154, alla segnalazione 11 dicembre 2008 AS491 e, più di recente, al parere 9 giugno 2017 AS1395, con cui sono state sollevate alcune perplessità, sotto il profilo concorrenziale, in merito alla legge della Regione Friuli Venezia Giulia, 26 aprile 2017, n. 10, e al parere 24 novembre 2017 AS1457, nel quale l'AGCM ha ritenuto che tutte le volte in cui vi sia un concorso di domande di concessione di aree demaniali, la selezione fra i candidati deve essere preceduta dalla formulazione e pubblicazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte dell'autorità preposta, così da rispettare l'art. 37 del Codice della navigazione.

(39) Si vedano, ad esempio, TAR Lazio n. 10/2009, su cui sia consentito rinviare a F. DI LASCIO (2009: 787 ss.), e C. BENETAZZO (2010: 1526 ss.).

(40) Vedi, ad esempio, la sentenza della Corte dei conti 30 marzo 2009 n. 486, che individua il danno erariale nella condotta del dirigente responsabile del rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in assenza di una concreta valutazione, nell'ambito delle singole procedure istruttorie, tra piani di investimento, opere realizzate dai richiedenti le concessioni e congrua determinazione dei canoni.

(41) Si segnalano, tra le più significative, la sentenza Corte cost., 20.5.2010, n. 180, che ha dichiarato l'illegittimità di alcune disposizioni della l.r. Emilia – Romagna 23 luglio 2009 n. 8; la sentenza Corte cost., 26.11.2010, n. 340, che ha toccato la l.r. Toscana 23 dicembre 2009 n. 77; la sentenza Corte cost., 18.7.2011, n. 213, che ha inciso sulla l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010 n. 3; la sentenza Corte cost., 24.2.2017, n. 40 che ha ritenuto illegittime talune previsioni della l.r. 10 aprile 2015 n. 17.

(42) Sul diritto di insistenza, si vedano S. CASSESE (2003: 356 ss.); L. PERFETTI (2003: 622 ss.).

(43) È intervenuto in tal senso l'art. 1, c. 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194.

trata in vigore, a fine 2009, della direttiva Bolkestein che ha introdotto il noto principio della necessaria assegnazione con procedura competitiva delle autorizzazioni (espressamente equiparate alle concessioni dalla sentenza della CGUE 14 luglio del 2016) il cui numero debba essere limitato a causa della scarsità delle risorse naturali coinvolte. Con la legge comunitaria per l'anno 2010, il Parlamento ha finalmente eliminato ogni rinvio al regime del rinnovo automatico e questo ha consentito di superare le contestazioni europee e di portare alla chiusura della procedura di infrazione. Il provvedimento da ultimo citato ha, inoltre, conferito al Governo una delega per la revisione e il riordino complessivo della materia, che tuttavia non è mai stata esercitata.

Nelle more di una riforma organica del settore, nel 2012 il Parlamento, con un inciso inserito in sede di conversione di uno dei tanti decreti «omnibus» adottati durante la crisi economica, ha prorogato il termine di durata delle concessioni in essere. Ma questa dilatazione *ope legis* dei rapporti in essere, giustificata dalla necessità di garantire ai concessionari i tempi utili ad ammortizzare gli investimenti fatti, non ha convinto i giudici amministrativi. Il rinvio pregiudiziale disposto da due tribunali amministrativi regionali ha così aperto il varco per la sentenza CGUE del luglio 2016 che, nel confermare la sottoposizione delle concessioni demaniali nel campo di applicazione della Bolkestein, ha lasciato al giudice nazionale l'autonomia di valutare, nei fatti, la scarsità della risorsa naturale oggetto di affidamento in uso particolare quale criterio per l'introduzione di procedure comparative.

Dopo l'adozione della decisione citata e nonostante il rischio di avvio di una nuova procedura di infrazione, il legislatore nazionale ha nuovamente prorogato le concessioni in essere, spostandone la scadenza al 2020 al fine di garantire, in attesa del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, la «*certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio*». Su questa base, nel febbraio 2017, il Governo ha presentato al Parlamento il progetto di legge delega AC n. 4302, intitolato «*Delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo*». Il progetto è stato approvato in prima istanza alla Camera per essere poi bloccato al Senato e per decadere, infine, a causa del termine della legislatura.

La ricostruzione degli eventi che hanno interessato la disciplina delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative dimostra come il settore sia oggetto, ormai da molto tempo, di un conflitto acceso che, ciclicamente, riprende vigore. Volendo tracciare una ipotetica linea di confine tra le parti coinvolte si potrebbe dire che il legislatore statale e, sia pure con qualche eccezione, quello regionale, sostengono la difesa dello status quo insieme agli operatori di settore mentre i giudici, le autorità di regolazione e i cittadini,

fruttori diretti dei beni marittimi, promuovono l'introduzione di un cambiamento che passa attraverso l'accoglienza piena dei principi europei.

Questo conflitto interessa solo il demanio marittimo e non emerge con altrettanta forza per altri beni pubblici naturali quali, ad esempio, quelli fluviali e lacuali. Vi sono delle ragioni oggettive alla base di questa peculiarità, come si cercherà brevemente di illustrare.

L'Italia possiede circa 7600 chilometri di coste naturali, cui si affiancano altri 700 chilometri di coste artificiali che sono, peraltro, in costante aumento a causa dei costanti fenomeni di erosione e di alterazione della qualità ambientale dei litorali. Il dato non esprime una primazia se paragonato ai Paesi europei che tradizionalmente si pongono come *competitors* nell'offerta dei servizi turistici balneari. La Francia e la Spagna, ad esempio, hanno un'estensione costiera molto più ampia. Ciò che colpisce, però, è che il rapporto tra coste e superficie complessiva del territorio italiano appare secondo solo a quello della Grecia.

Vi sono, quindi, ampi spazi costieri che per oltre la loro metà sono adatti alla balneazione. Su queste aree di litorale insistono molteplici tipologie di attività, alcune delle quali hanno un impatto considerevole sul sistema turistico italiano. Si va, infatti, da prestazioni tradizionali direttamente funzionali all'uso della spiaggia sino alle numerose attività accessorie asseverate dai comuni con licenza di subingresso nella concessione principale, che stanno acquisendo crescente rilievo (particolarmente nei litorali che non possono fare leva su una eccellente qualità dell'acqua a fini di balneazione) come la ristorazione e svariate altre forme di *loisirs* sportivi o culturali (44). Quanto all'impatto economico delle attività richiamate, si consideri che, stando ai dati del Ministero dell'Economia e delle Finanze, sulle coste italiane insistono circa 21.500 concessioni di spiaggia le quali occupano, orientativamente, 4.000 chilometri di costa e comportano la presenza di strutture ogni 400 metri (45).

Se poi si guarda alle caratteristiche del mercato dei servizi balneari, possono essere sottolineati altri due elementi.

In primo luogo, si può dire che sussista una correlazione tra la durata pluridecennale delle concessioni di spiaggia e la tipologia dei gestori che le ottengono, i quali sono per lo più imprese familiari. Ne consegue una scarsa circolazione dei titoli d'uso del demanio marittimo, fatta eccezione per le ipotesi di subentro o per l'assegnazione di nuovi tratti di arenile che rappre-

(44) Come si è detto in precedenza, vi sono beni pubblici naturali che sono suscettibili di più usi contemporanei: la spiaggia rappresenta, nel diritto italiano, il caso forse più evidente in tal senso.

(45) Ma studi di settore parlano di 25.000 concessioni, facendo così emergere dubbi sul fatto che l'amministrazione statale non abbia piena contezza del numero esatto dei provvedimenti rilasciati dai comuni

sentano, però, una percentuale estremamente ridotta sul totale. In secondo luogo, i canoni concessori appaiono eccessivamente rigidi poiché, come si vedrà meglio *infra*, sono calcolati rispetto al metro quadro di spazio assentito, secondo importi che non sono adeguati al mercato. Ciò comporta che non vi sia una proporzionalità diretta tra gli introiti statali e i proventi effettivamente percepiti dai concessionari come avviene, invero, in tutti i settori dove i beni pubblici naturali sono affidati in gestione a privati, fatta un parziale eccezione per le acque minerali e termali (46).

Le dimensioni considerevoli e la composizione variegata del mercato dei servizi balneari hanno contribuito a rafforzare l'idea che la spinta verso la valorizzazione economica del settore fosse non solo inevitabile, ma necessaria. Le concessioni di spiaggia hanno così assunto un'appetibilità ben maggiore rispetto a quelle relative ad altre risorse naturali, quali ad esempio i beni del demanio lacuale e fluviale. Lo spostamento graduale ma costante verso questa dimensione ha condizionato la legislazione statale attuativa del codice civile e del codice della navigazione che, a differenza di quanto accaduto in altri Paesi europei, è parsa dimenticare la necessità di ricercare un punto di equilibrio tra spinte del mercato e tutela dei beni naturali oggetto di concessione. Più precisamente, quello che il giudice europeo e i giudici nazionali hanno condannato è stata l'assenza, nel quadro normativo sulle concessioni demaniali, di strumenti e meccanismi rivolti ad una adeguata composizione degli interessi differenziati sottesi alla pluralità possibile di usi ammessi sul litorale.

Dal canto loro, i ricorrenti in sede europea hanno sostenuto che il principio del legittimo affidamento sarebbe ragione legittimante per la durata ultradecennale delle concessioni. Gli stessi, in sede non giudiziale, hanno sempre favorito interpretazioni del quadro normativo che favorissero una commisurazione dei canoni slegata dai proventi effettivamente percepiti per le attività svolte grazie alla concessione, la garanzia di un condono reiterato per le infrastrutture inmovibili realizzate sulle spiagge in assenza di titoli legittimanti, che sono invero causa di alterazione perpetua delle condizioni dei beni demaniali marittimi nonostante il mantenimento di attrezzature stabili sul litorale anche nei periodi invernali di inutilizzo non sarebbe necessario (47).

(46) Per comprendere le conseguenze di questo disallineamento, basti pensare che, se a livello di fatturato le imprese balneari generano annualmente un volume d'affari superiore ai 2 miliardi di euro (come, ad esempio, avvenuto nel 2016) le entrate nelle casse statali ammontano ad appena 103 milioni di euro, peraltro con uno scarto amplissimo tra accertato ed effettivamente riscosso.

(47) In proposito, si veda la recente sentenza Cons. Stato, sez. VI, 13.2.2018, n. 899, in cui è stata rigettata una istanza avanzata da una società di gestione di uno stabilimento balneare volta ad ottenere l'autorizzazione per il mantenimento, durante l'intero anno solare, delle strutture funzionali all'attività. A tale riguardo il giudice di seconde cure ha ritenuto che «la condizione della temporaneità della concessione si fonda...sulla ragionevole necessità di

Ma le tendenze indicate non trovano spazio in altri Paesi europei.

Spesso il sistema italiano di gestione del demanio marittimo viene paragonato a quello spagnolo, strumentalizzando il fatto che la *Ley de costas*, approvata nel 1988 e riformata nel 2013, ammette concessioni di durata fino a settantacinque anni. Raramente, però, si precisa che i titoli per cui si ammette tale durata non sono assentiti sull'arenile, bensì alle sue spalle. La tutela che il codice della navigazione italiano accoglie solo per la battigia, infatti, negli altri paesi europei è estesa a tutta la zona sabbiosa scoperta dal mare.

La differenza sta nella modalità di utilizzo dello strumento concessorio: in Spagna le aree del demanio marittimo prospicienti all'arenile, sono date in concessione solo per finalità residenziali o di infrastrutturazione stabile a fini turistici, mentre le attività ammesse sulla spiaggia sono regolate mediante il rilascio di licenze di breve durata e possono essere svolte solo attraverso strutture amovibili. Fanno eccezione le installazioni di sicurezza o i servizi essenziali. In Francia questa impostazione di fondo è ancora più netta, poiché esiste un generale divieto di mantenimento sull'arenile delle strutture funzionali allo svolgimento dell'attività balneare (48).

Nel nostro Paese tale limitazione non è stata accolta dalla legislazione nazionale, ma vi sono leggi regionali che la hanno introdotta e giudici amministrativi che la hanno recentemente avvalorata, in specie quando si pone il rischio, operando diversamente, di alterare la godibilità del contesto paesaggistico (49).

Anche il problema di ammortizzare gli investimenti fatti dai gestori, che è la motivazione richiamata con più decisione a supporto dalle parti contrarie all'introduzione di meccanismi concorrenziali nell'affidamento delle concessioni, potrebbe essere superato aggiungendo il computo dei costi non ammortizzati a carico dei *newcomers* in sede di aggiudicazione della gara, con un meccanismo di rimborso nei confronti del concessionario uscente. Questa pratica è già stata, peraltro, applicata, con successo, per l'affidamento di alcune tipologie di servizi pubblici dove il problema si è posto rispetto agli *assets* acquistati dai gestori uscenti.

limitare allo stretto necessario il danno che l'ambito paesaggistico — di un litorale di dichiarata bellezza paesaggistica, di cui si intende preservare l'aspetto naturale e ineditato, pur senza comprometterne la fruizione nel periodo estivo — subirebbe per effetto di tali strutture». Sullo stesso tema, vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 7.9.2012, n. 4759.

(48) In merito sia permesso rinviare a F. DI LASCIO (2011), nonché a F. DI LASCIO, M. DE BENEDETTO (2014).

(49) Vedi, recentemente, Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2018 n. 899.

2. Il valore del patrimonio naturale e la determinazione dei canoni concessori: il caso delle acque minerali e termali

Si è già accennato in precedenza che nel sistema italiano sussiste una diffusa inadeguatezza dei canoni rispetto alla redditività attuale e potenziale delle concessioni dei beni pubblici naturali.

Da un lato, infatti, si pone un problema di taglio più generale. L'analisi dei criteri di determinazione dei canoni per i singoli settori di beni e servizi evidenzia, infatti, come i corrispettivi pagati dai concessionari siano inferiori a detto valore, sia per individuazione «a monte» di canoni inadeguati al bene o servizio, sia per l'alto grado di mancato riscosso derivante dall'evasione e dall'insufficiente esercizio dei poteri di vigilanza (50).

Dall'altro, le disposizioni che disciplinano i beni pubblici naturali non accolgono il principio secondo cui il proficuo utilizzo della concessione deve, innanzitutto, essere riferibile al suo valore economico, come desumibile dal canone che l'amministrazione impone al concessionario per la durata del rapporto, la cui misura deve essere proporzionata al beneficio economico che il privato trae dallo sfruttamento del bene pubblico e all'effettiva utilità che lo stesso produce.

A prima vista, una eccezione a questa distorsione si ha con riferimento allo sfruttamento dei giacimenti o delle sorgenti di acque minerali e termali, che sono beni, come visto in precedenza, del patrimonio regionale indisponibile. Spetta, quindi, alle regioni la competenza amministrativa di rilascio delle concessioni, fatto salvo che apposite leggi regionali non abbiano previsto deleghe in favore dei comuni dove ricadono le sorgenti o i giacimenti (51).

A differenza di quanto accade con riferimento ad altre tipologie di beni naturali, laddove i canoni da corrispondere all'amministrazione dopo il rilascio della concessione sono determinati in misura fissa e in relazione alla superficie del bene concesso, nel settore delle acque minerali e termali le regioni hanno previsto la possibilità dell'imposizione di un canone a commisurazione mista. Nel dettaglio, una parte del canone può essere determinata in ragione dei litri di acqua estratti o dei litri di acqua imbottigliati (che possono non coincidere) mentre un'altra parte viene definita in corrispondenza con gli ettari di superficie occupati.

Questo meccanismo è stato validato anche dalla Corte costituzionale, secondo cui deve ritenersi legittima una previsione regionale che, regolando le concessioni di coltivazione delle acque minerali con annesso stabilimento di

(50) Come ricordato da M. D'ALBERTI (2007: p. 286 ss.), nonché Id. (2008).

(51) Sulle acque minerali e termali si veda, in generale, D. CASALINI (2014). In merito al riparto di competenze amministrative in tale settore, vedi P. FALLETTA (2010: 14 ss.).

imbottigliamento, abbia commisurato il canone dovuto anche alla quantità di acque prelevate ed imbottigliate dal concessionario. L'utilizzo del solo criterio della dimensione della superficie assentita, infatti, non è giudicato sufficiente al fine di determinare l'effettivo valore economico della concessione: ad una superficie assentita di ridotte dimensioni potrebbe, invero, corrispondere un bacino imbrifero di grandi dimensioni e viceversa (52). Il principio è stato, peraltro, ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, che ha giudicato conforme a Costituzione la determinazione da parte delle regioni della misura del canone in modo da non deprimere il valore delle risorse naturali pubbliche (53).

Il settore delle acque minerali e termali è, inoltre, di interesse poichè, a differenza di quanto accade con riguardo ad altri ambiti del demanio naturale (in specie, nel demanio marittimo, lacuale e fluviale), molte regioni hanno disposto che vi sia un riparto degli introiti derivanti dalle concessioni tra le amministrazioni coinvolte nella gestione del bene, secondo importi percentuali. Ad esempio, la l.r. 24 giugno 2014 n. 42 della Regione Lombardia ha attribuito direttamente ai comuni una parte significativa dei canoni derivanti dallo sfruttamento di giacimenti e sorgenti, indicando una quota pari al sessanta per cento sul totale dei canoni riscossi e determinati in misura della quantità di acqua imbottigliata (54).

In tal modo, si introduce la possibilità di un incentivo diretto all'esercizio efficace delle funzioni amministrative esercitate dai comuni, che può certamente presentare degli effetti positivi su tutto il sistema, specie con riferimento ai compiti di controllo e di riscossione dei canoni.

VII. CONCLUSIONI

Cos'è oggi il patrimonio naturale? Quali beni vi rientrano e per quali ragioni? A chi appartiene e come può essere utilizzato, facendo prevalere la tutela o la valorizzazione? Con quale regime giuridico disciplinarlo e con quali modelli di *governance* amministrarlo? Sono solo alcune delle questioni che si pongono a proposito del patrimonio naturale, categoria dai confini indefiniti, dentro la quale sono stati ricompresi beni che tradizionalmente o in tempi più recenti, per la loro naturalità, sono stati assoggettati a regimi giuridici che ne hanno regolato l'appartenenza e l'uso.

(52) Vedi la sentenza Corte cost., 7.3.2001, n. 65.

(53) Così, Cons. Stato, sez. V, 27.3.2013, n. 1823, con commento di G. GIAMMARELLI (2013: 479 ss.).

(54) Hanno previsto un sistema simile le l.r. 10 luglio 2002 n. 15 della Regione Abruzzo, la l.r. 5 novembre 2009 n. 40 della Regione Calabria, la l.r. 29 luglio 2008 n. 8 della Regione Campania e la l.r. 27 luglio 2004 n. 38 della Regione Toscana.

Tradizionalmente, nell'esperienza giuridica italiana alcuni beni caratterizzati da importanti elementi naturali sono stati progressivamente sottratti al regime dominicale e di circolazione comune a tutti i beni e assoggettati ad un sistema demaniale di proprietà pubblica in senso soggettivo o oggettivo, originariamente incentrato sul ruolo dello Stato. A tali beni sono stati affiancati anche ambiti spaziali che per ragioni ambientali (le aree naturali protette) o per ragioni estetiche e identitarie (il paesaggio e i beni paesaggistici) sono stati assoggettati ad un regime di protezione. L'impianto originario di tale esperienza ha subito una progressiva evoluzione, che ha portato al coinvolgimento di altri attori pubblici oltre lo Stato e all'abbandono progressivo di una logica di intervento basata esclusivamente sulla tutela. Mentre il patrimonio naturale ampliava i suoi confini, abbracciando nuovi complessi di beni stante il loro valore naturalistico-ambientale, nuovi soggetti pubblici, *in primis* regioni e enti locali, rivendicavano un ruolo nell'esercizio delle funzioni di governo e gestione di tali beni, e altri regimi giuridici venivano elaborati dal legislatore per garantirne la protezione, ma, allo stesso tempo, anche un uso a soddisfazione dei differenti interessi in gioco. Tale evoluzione, tuttavia, non appare oggi essersi stabilizzata, dato che il patrimonio naturale sembra essere interessato da differenti fenomeni, che rischiano ancora una volta di cambiarne i caratteri e le discipline di riferimento.

Un primo fenomeno di cambiamento è rappresentato dalla dimensione sempre più globale che attrae quei beni che, come la cultura, la natura, l'ambiente, non si prestano ad essere circoscritti all'interno dei confini dei singoli Stati. Abbiamo ricordato quanto la Convenzione UNESCO abbia contribuito a rafforzare il concetto di patrimonio naturale e anche inciso sul relativo regime giuridico di protezione. Come per il patrimonio culturale, anche per quello naturale oggi si parla di dinamiche di protezione e valorizzazione che sono fortemente influenzate da scelte e modelli d'azione che prescindono dal livello statale. Una vera e propria globalizzazione, quindi, che interessa la disciplina della delimitazione, della tutela, della circolazione e dell'uso di questi patrimoni (55). Tale fenomeno rischia di essere ulteriormente enfatizzato dall'affermarsi di un'idea di demanio planetario: cioè l'estensione del modello del dominio pubblico, ma su scala globale, a quei beni ritenuti comunemente meritevoli della più ampia protezione. Un modo, in altri termini, per dare alla nozione simbolica di «patrimonio comune dell'umanità», la forma più concreta di proprietà pubblica planetaria, cui far corrispondere un preciso regime giuridico sull'appartenenza dei beni e sulla loro fruizione (56).

(55) Con riferimento al patrimonio culturale, tale fenomeno è ampiamente descritto nel volume a cura di L. CASINI (2010).

(56) Su tali aspetti cfr. le interessanti osservazioni di N. BASSI (2011: 619 ss.).

C'è un altro aspetto da tener presente a proposito delle trasformazioni in atto. Esso riguarda, almeno con riferimento all'esperienza italiana, come abbiamo visto, l'esigenza di individuare nuovi modelli di tutela, ma soprattutto di utilizzo dei beni che formano parte del patrimonio naturale. La tradizionale visione statica, incentrata prevalentemente su azioni di conservazione, dei beni del patrimonio naturale appare oramai superata, essendosi anche affermata un'esigenza di valorizzazione, che permetta a tali beni di esprimere la loro funzione rispetto alle generazioni presenti e future. Allo stesso tempo, l'utilizzo (e a volte anche lo sfruttamento economico) dei beni naturali, oggi, deve tener conto dell'affermazione di principi anche di matrice comunitaria, come quello della concorrenza, i quali stanno progressivamente trasformando gli istituti giuridici che da sempre avevano assicurato la gestione di tali beni.

Infine, il patrimonio e i beni naturali risentono anche di quanto sta avvenendo a proposito del sistema italiano della proprietà pubblica e dei suoi beni. Per tale sistema è stato proposto il superamento della teoria tradizionale legata al connubio tra appartenenza e destinazione, immaginando una costruzione dei «beni pubblici in senso oggettivo», che valorizzi la destinazione pubblica del bene e soprattutto le finalità che attraverso l'uso di tali cose si vogliono perseguire (57). In tale prospettiva, ci sono beni rilevanti per la collettività non per la natura pubblica del soggetto titolare o per il potere o le facoltà che il proprietario può esercitare su di essi, ma per gli interessi che questi beni soddisfano e che ne giustificano la riconduzione ad un sistema di regolazione e tutela pubblico. Questo significa, allora, allontanarsi dal modello tradizionale di dominio pubblico e preferire fin dal nome una definizione di «beni a destinazione pubblica», perché così facendo si sottolinea l'importanza non della proprietà ma della garanzia della funzionalizzazione del bene all'interesse pubblico.

Cambiano le definizioni, diventano più evanescenti i confini delle categorie dominicali, ma si propongono anche nuove categorie di beni, questa volta trasversali rispetto alle dicotomie tradizionali e frutto di nuove teorie ricostruttive. Il riferimento, ovviamente, è alla categoria dei beni comuni, ossia beni che possono essere di dominio pubblico o di dominio privato, però sempre a «titolarità diffusa», proprio per questo sottoposti ad un regime di regolazione in grado di favorire un uso collettivo del bene e di garantire la sua conservazione per le generazioni che verranno. Non si tratta solo di quei beni, come l'aria e il mare, che in passato sono stati definiti comuni per la loro disponibilità in natura e abbondanza tale da rendere del tutto inutile qualsiasi questione di appartenenza (58). Si tratta, invece, di una categoria più ampia, che può

(57) Per una proposta in tal senso, cfr. M. DUGATO (2008: 17 ss.); A. LOLLÌ (1996: 53 ss.); M. RENNA (2004).

(58) Così M.S. GIANNINI (1995: 98 ss.).

abbracciare anche altri beni e la cui definizione ha sicuramente una forza evocativa, ma che ancora stenta a trovare un pieno consenso tra gli interpreti e un definitivo riconoscimento a livello legislativo (59).

Alla luce di tali cambiamenti concettuali, nel 2007, la c.d. Commissione Rodotà, incaricata di elaborare un progetto di riforma delle norme codicistiche in materia di beni pubblici, aveva proposto un nuovo sistema di classificazione di tali beni, che però non è stato tradotto in legge. Tale schema merita di essere ricordato nei suoi tratti principali, in quanto conteneva soluzioni particolarmente innovative. In particolare, prevedeva il superamento della distinzione tra beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile e la sua sostituzione con una tripartizione dei beni della Pubblica Amministrazione a seconda delle caratteristiche connotanti e della loro funzione oggettiva. Le categorie immaginate erano i beni comuni (ad appartenenza pubblica o privata, ma che per la loro funzione erano assoggettati ad un regime di tutela che ne garantiva la fruizione da parte della collettività), i beni pubblici (a loro volta distinti in beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni pubblici sociali, beni pubblici fruttiferi, e quindi con un graduale regime di riserva pubblica, in commerciabilità e tutela) e i beni privati (60).

È una situazione in movimento quella che abbiamo appena descritto e che sta interessando il patrimonio naturale e i beni naturali nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano. Possiamo con una certa sicurezza individuarne i punti di partenza, rappresentati da quei regimi giuridici che si sono affermati per riservare ai pubblici poteri beni naturali o per garantire una speciale protezione a quelle aree che proprio per il loro valore naturalistico si differenziavano. Abbiamo anche cercato di descrivere le cause che alimentano tale movimento, ricordando molti di quei fattori di cambiamento che sottopongono quotidianamente ad una intensa torsione quei regimi giuridici pensati per regolare l'appartenenza e gli usi di quei beni. Qui bisogna fermarsi, poiché prefigurare quale potrebbe essere il punto di arrivo di tale processo e quale nuovo assetto di governo, di protezione e gestione del patrimonio naturale potrebbe riservare il futuro è questione che va oltre le capacità delle analisi giuridiche.

Possiamo, però, essere sicuri solo di un dato. Il patrimonio naturale è destinato ad avere in futuro una sempre maggiore centralità nella vita degli uomini e per la sopravvivenza del pianeta. Pertanto sarà necessario proteggerlo, ma allo stesso tempo consentirne la fruizione. Non sappiamo ancora quale potrà

(59) La letteratura giuridica e non sui beni comuni in Italia è particolarmente ampia e registra posizioni discordanti. Tra i tanti lavori si possono richiamare: T. BONETTI (2013); E. BOSCOLO (2017: 379 ss.); P. CHIRULLI (2012); F. CORTESE (2011: 1170 ss.); A. LUCARELLI (2015); M.R. MARELLA (2012); U. MATTEI (2011); G. NAPOLITANO (2007: 125 ss.); S. RODOTÀ (2017: 495 ss.); E. VITALE (2013).

(60) Cfr. U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (2007).

essere il migliore modello per farlo e a quale livello di governo, con quale strumento. Sappiamo, però, che spetterà al diritto decidere: e questa per il diritto sarà una delle più interessanti sfide che il futuro gli riserva.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- AICARDI, Nicola (1999): «Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi delle discipline territoriali differenziate», in *Riv. giur. urb.*, pp. 171 ss.
- ALESSI, Renato (1957): *I mezzi dell'azione amministrativa*, Bologna, Zanichelli
- AMIRANTE, Domenico (2003): *Diritto ambientale italiano e comparato*, Napoli, Jovene
- AMOROSINO, Sandro (2009): «La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale», in *Riv. giur. ed.*, II, pp. 143 ss.
- ARMAO, Gaetano (2018): «Tutela e valorizzazione integrata del patrimonio culturale dei siti Unesco. Il caso del sito seriale «Palermo arabo-normanna e le Cattedrali di Cefalù e Monreale»», in *Aedon*, nr. 1
- ARSI, Masimiliano (2003): «I beni pubblici», in *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, dir. Sabino CASSESE, Milano, Giuffrè, pp. 1705 ss.
- BASSI, Nicola (2011): «Il demanio planetario: una categoria in via di affermazione», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 619 ss.
- BELLITTI, Giuseppe (2017): «La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali», in *Gior. dir. amm.*, nr. 1
- BENETAZZO, Cristiana (2010): «Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza (nota a Cons. St., V, 5.8.2010, n. 4035)», in *Foro amm. CdS*, pp. 1526 ss.
- (2018): «Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo», in *Munus*, nr. 1
- BERTONAZZI, Luca (2017): «Silenzio-assenso e nulla osta dell'Ente parco: note a margine di due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato», in *Giustamm.it*, nr. 2
- BIGAZZI, Sabrina, FIORITTO, Alfredo, MASSERA, Alberto, PIZZANELLI, Giovanna (2016): «Attività estrattive: il caso delle concessioni minerarie Solvay», in *I nodi della pubblica amministrazione*, Luisa TORCHIA (ed.), Napoli, Editoriale scientifica, pp. 153 ss.
- BONETTI, Tommaso (2013): «I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra «mito» e «realtà»», in *Aedon*, n. 1
- BORGONOVO RE, Donata (1995): «Parchi naturali nazionali e regionali», in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, Utet

- BOSCOLO, Emanuele (2016): «Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime», in *Urb. App.*, 2016, pp. 11 ss.
- (2017): «I beni ambientali (demaniali e privati) come beni comuni», in *Riv. giur. amb.*, pp. 379 ss.
- CAIA, Giuseppe (1981): «Attività economica e tutela ambientale nella disciplina delle cave e torbiere», in *Foro Amministrativo*, 2, pp. 2061 ss.
- CAPORALE, Federico (2017): *I servizi idrici*, Milano, Franco Angeli
- CAPUTI JAMBRENGHI, Vincenzo (2005): «Beni pubblici e di interesse pubblico», in AA.VV., *Diritto amministrativo*⁴, II, Bologna, Monduzzi, pp. 179 ss.
- CASALINI, Dario (2014): *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, Giappichelli
- CASSETTA, Elio (2017): *Manuale di diritto amministrativo*¹⁹, Giuffrè, Milano
- CASINI, Lorenzo (2016): *Ereditare il futuro*, Bologna, Il Mulino
- (ed.) (2010): *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino
- CASSATELLA, Antonio (2011): «Tutela e conservazione dei beni culturali nei Piani di gestione Unesco: i casi di Vicenza e Verona», in *Aedon*, nr. 1
- CASSESE, Sabino (2003): «Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»», in *Giorn. dir. amm.*, pp. 356 ss.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo (1983): *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam
- CHIRULLI, Paola (2012): «I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà», in *Giustamm.it*, n. 5
- CLARICH, Marcello (2017): *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna
- CORTESE, Fulvio (2011): «Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?», in *Giorn. dir. amm.*, 1170 ss.
- CORTESE, Fulvio, SANTUCCI, Giovanni e SIMONATI, Anna (ed.) (2011): *L'acqua e il diritto*, Trento
- CROSETTI, Alessandro, FERRARA, Rosario, FRACCHIA, Fabrizio, OLIVETTI RASON, Nino (2005): *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza
- CROSETTI, Alessandro, FERRUCCI, Nicoletta (ed.) (2008): *Manuale di diritto forestale e ambientale*, Milano, Giuffrè
- D'ALBERTI, Mauro (2007): «Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni», in Ugo MATTEI, Edoardo REVIGLIO, Stefano RODOTÀ (ed.), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, pp. 286 ss.
- (ed.) (1998): *Concessioni e concorrenza*, 1998
- DELLA CANANEA, Giacinto (2015): «I beni», in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Sabino Cassese (ed.), Milano, Giuffrè, pp. 253 ss.;

- DESIDERI, Carlo, FONDERICO, Francesco (1998): *I parchi per la protezione della natura*, Milano, Giuffrè
- DI LASCIO, Francesca (2009): «Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza», in *Foro amm. TAR*, pp. 787 ss.
- (2011): «La concessione di spiaggia in altri ordinamenti», in Maria DE BENEDETTO (ed.), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino
- DI LASCIO, Francesca, DE BENEDETTO, Maria (2014): «La regolazione del demanio marittimo in Italia e in Spagna: problemi, riforme e prospettive», in *Riv. giur. ed.*, nr. 1
- DI PLINIO, Giampiero, FIMIANI, Pasquale (ed.) (2008): *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, Milano, Giuffrè
- (ed.) (1997): *L'ordinamento delle aree naturali protette*, Pescara, Cerasa
- DI PLINO, Giampiero (1994): *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, Utet
- DUGATO, Marco (2008): «Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine», in *I beni pubblici, tutela, valorizzazione e gestione*, Aristide POLICE (ed.), Milano, Giuffrè, pp. 17 ss.
- DURSI, Domenico (2017): *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, Jovene
- FALLETTA, Pietro (2010): «La strumentale divisione tra tutela e fruizione in merito al riparto della competenza legislativa ambientale» (nota a Cons. Stato, 14.1.2010 n. 1), in *Giur. Cost.*, 1, pp. 14 ss.
- FEDERICI, Renato (1996): *Contributo allo studio dei beni minerari. Principi generali*, vol. I, Padova, Cedam
- FERRUCCI, Nicoletta (ed.) (2015): *Diritto forestale e ambientale*, , Torino, Giappichelli
- FIORITTO, Alfredo (2003): «Le foreste e i boschi», in *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, dir. Sabino CASSESE, Milano, Giuffrè, pp. 3229 ss.
- FRANCARIO, Fabio (1997): *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, Giuffrè
- (2003): «Le miniere, le cave e le torbiere», in *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, dir. Sabino CASSESE, Milano, Giuffrè, pp. 1789 ss.
- GIAMMARELLI, Gloria (2013): «Concessione per la coltivazione di giacimento di acqua termo-minerale: la determinazione del canone di imbottigliamento», in *Dir. giur. agr.*, 7-8, pp. 479 ss.
- GIANNINI, Massimo Severo (1995): *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino
- GRECO, Guido (1999): «La direttiva habitat nel sistema delle aree protette», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, pp. 1207 ss.

- IMMORDINO, Maria, GULLO, Nicola (ed.) (2008): *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, Napoli, Editoriale scientifica
- LOLLI, Alessandro (1996): «Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico», in *Dir. amm.*, 53 ss.
- LUCARELLI, Alberto (2015): «Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica», in www.costituzionalismo.it
- LUGARESI, Nicola (1995): *Le acque pubbliche*, Milano, Giuffrè
- MABELLINI, Stefania (2016): «La poliedrica natura dei siti Unesco sotto la lente della corte costituzionale», in *Giur. Cost.*, pp. 146 ss.
- MADDALENA, Paolo (2011): «I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana in Eurasia», in <http://www.eurasiarivista.org/i-beni-comuni-nel-codice-civile-nella-tradizione-romanistica-e-nella-costituzione-della-repubblica-italiana/11508/>
- MARCHETTI, Simona, ORREI, Marta (2011): «La gestione dei Siti Unesco di Villa Adriana e di Villa D'Este a Tivoli», in *Aedon*, nr. 1
- MARELLA, Maria Rosaria (ed.) (2012): *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte
- MATTEI, Ugo (2011): *Beni comuni. Un manifesto*, Roma – Bari, Laterza
- MATTEI, Ugo, REVIGLIO, Edoardo, RODOTÀ, Stefano (ed.) (2007): *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino
- MERCATI, Livia (2009): *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, Giappichelli
- (2012): «Beni pubblici», in *Treccani on line*, (http://www.treccani.it/enciclopedia/beni-pubblici_%28Diritto_on_line%29/)
- NAPOLITANO, Giulio (2007): «I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»», in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2006*, Milano, Giuffrè, pp. 125 ss.
- (2017): *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna
- OLIVI, Marco (2005): *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova, Cedam
- PALMA, Giuseppe (1986): *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici. I procedimenti ablatori*, in *Trattato di diritto privato*, dir. Pietro RESCIGNO, Torino, UTET
- PERFETTI, Luca (2003): ««Diritto di insistenza» e rinnovo della concessione di pubblici servizi», in *Foro amm. CdS*, pp. 622 ss.
- PIPERATA, Giuseppe (2017): «Paesaggio», in Carla BARBATI, Marco CAMMELLI, Lorenzo CASINI, Giuseppe PIPERATA, Girolamo SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, pp. 243 ss.

- PIPERATA, Giuseppe, DE MICHELE, Anna e NOVARO, Piergiorgio (2015): «Formazione, traiettoria e significato attuale della proprietà pubblica: il caso italiano», in *El dominio público en Europa y América Latina*, Fernando LOPEZ-RAMÓN e Orlando VIGNOLO CUEVA (ed.), Círculo de Derecho Administrativo, Lima, pp. 139 ss.
- POLICE, Aristide (2011): «I beni di proprietà pubblica», in *Diritto amministrativo*, Franco G. SCOCA (ed.), Torino, Giappichelli, pp. 621 ss.
- RENNA, Mauro (2004): *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè
- (2005): «Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente», in *Dir. economia*, pp. 715 ss.
- (2006): «Beni pubblici», in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. Sabino CASESE, I, Milano, Giuffrè, pp. 714 ss.
- RODOTÀ, Stefano (2017): «Verso i beni comuni», in *Riv. crit. dir. priv.*, pp. 495 ss.
- SERRANI, Donatello (1973): «Sviluppi e tendenze nel dibattito sui parchi naturali», in *Riv. trim. dir. pubb.*, pp. 1875 ss.
- SORACE, Domenico (2014): *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna
- TONOLETTI, Bruno (2008): *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam
- UCCELLO BARRETTA, Laura (2016): *Quale tutela per i siti patrimonio dell'Unesco?*, in *Oss. Cost.*, nr. 1
- VITALE, Ermanno (2013): *Contro i beni comuni*, Roma — Bari, Laterza

EL PATRIMONIO NATURAL EN LATINOAMÉRICA

CONTENIDOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS (*)

IGNACIO M. DE LA RIVA

SUMARIO: I. CONCEPTO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS.– II. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO DE ÁREAS PROTEGIDAS.– III. CONTENIDOS BÁSICOS DE LOS RÉGIMENES EN LA MATERIA EN EL ÁMBITO COMPARADO.– IV. CRITERIOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS.– V. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN.– VI. OBJETIVOS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ESPECIAL.– VII. CATEGORÍAS DE ÁREAS PROTEGIDAS.– VIII. TITULARIDAD DE LAS TIERRAS.– IX. ACTIVIDADES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS DENTRO DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS.– X. PRINCIPIOS RECTORES DE LA GESTIÓN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS.– XI. AUTORIDAD DE APLICACIÓN Y ASPECTOS PRESUPUESTARIOS.– XII. RÉGIMEN SANCIONATORIO.– XIII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente trabajo procura brindar un panorama general de los contenidos básicos del régimen federal argentino destinado a la tutela de las áreas naturales protegidas. Se han tomado como guía, a esos efectos, los ejes y patrones habitualmente seguidos por las normas que se ocupan de la materia en el Derecho comparado, con particular esmero en poner de relieve los puntos de contraste más significativos frente a los criterios imperantes en esos mismos regímenes foráneos.

Palabras clave: Área Natural Protegida; medioambiente; conservación; recursos naturales; Parque Nacional

ABSTRACT: This article seeks to provide an overview of the basic contents of the Argentine legal framework for Natural Protected Areas. For such purpose, current criteria and standards applied by other regimes throughout the world were taken into account as a guideline, so as to underline the main particularities of the Argentine law in such field as compared with those other systems.

Key words: Natural Protected Area; environmental; conservation; natural resources; National Park

(*) Quisiera expresar un especial agradecimiento a Nicole JAUREGUBERRY, Directora General de Asuntos Jurídicos de la Administración de Parques Nacionales de la República Argentina, quien ha tenido la amabilidad de leer una versión preliminar de este trabajo y acercarme valiosas sugerencias. Huelga aclarar que los errores o insuficiencias que pudieren persistir en el texto publicado son exclusivamente atribuibles a este autor.

I. CONCEPTO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Un aspecto central de toda política de protección del medio ambiente reside, en la actualidad, en la atención particular que los ordenamientos prestan a la preservación de ciertas áreas geográficas, por considerarlas merecedoras de una protección singular en razón de su valor natural intrínseco o por las especies vegetales o animales que albergan. La identificación de estas áreas protegidas configura, en efecto, una estrategia que ha demostrado ser efectiva para la conservación del ambiente. Podría decirse, incluso, que ha sido una técnica precursora del Derecho medioambiental.

Cabe preguntarse ¿qué tiene de peculiar semejante enfoque metodológico para abordar la cuestión ambiental?

Lo propio de esta perspectiva regulatoria estriba, pues, en el hecho de que se trata de la protección de áreas geográficas definidas (1) a través de su regulación bajo un estatuto jurídico especial, lo cual difiere de otros posibles métodos conservacionistas, como puede ser, por ejemplo, el que se plasma en las leyes de protección de los bosques nativos, o de los glaciares, o de ciertas especies, o de determinados recursos hídricos, cuyas leyes no se orientan a amparar zonas determinadas sino bienes determinados, estén donde estén.

No en vano se ha señalado que las áreas protegidas son esenciales para la conservación de la biodiversidad, en tanto están destinadas a mantener ecosistemas naturales operativos y a actuar como refugios para las especies incapaces de sobrevivir en entornos terrestres y marítimos con un mayor nivel de intervención (2). Se ha llegado, incluso, a atribuirles la condición de «piedra angular de prácticamente todas las estrategias nacionales e internacionales de conservación», sin por ello dejar de observar que resultan complementarias de otras medidas destinadas a conseguir la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad fuera de esas mismas áreas (3).

Ahora bien, las razones que justifican el tratamiento diferencial que se brinda a las áreas protegidas son de diversa índole, que pueden tanto estar vinculadas su valor intrínseco [debido, por ejemplo, a su destacable belleza, a su particular interés científico, o al atractivo turístico que representan (4)],

(1) Así surge de modo expreso de la definición adoptada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN), que comienza por señalar que las áreas naturales protegidas consisten en «un espacio geográfico claramente definido...» cfr. N. DUDLEY (2008:0).

(2) M. A. LÓPEZ ALFONSÍN (2016:17).

(3) N. DUDLEY (2008: 2).

(4) Según se dirá más abajo, el Derecho argentino toma en consideración para la creación de áreas protegidas los dos primeros aspectos mencionados (esto es, la singular belleza o el interés científico que pudiese ostentar el lugar), siendo el atractivo turístico, en todo caso, una posible consecuencia de su erección.

como a la necesidad de conjurar el peligro de degradación o de extinción al que puedan estar expuestas.

Lo dicho pone de manifiesto que las áreas protegidas no son en modo alguno homogéneas. Por el contrario, las hay de distintos tipos. La mayoría son terrestres, pero existen también áreas marítimas o situadas en espacios de agua dulce (tanto lacustres, como fluviales). Y difieren también en cuanto al grado de protección al cual se encuentran sujetas: en algunas de ellas la intervención del hombre está absolutamente vedada, mientras que en otras se admite la interacción humana dentro de una escala que se considera compatible con las metas de protección establecidas.

En definitiva, podría decirse que los espacios naturales protegidos son la parte del territorio que, en razón del particular interés de los recursos naturales que contienen, adquieren tal condición en virtud de la pertinente declaración emitida por la autoridad competente, quedando a partir de entonces sometidas a un régimen especialmente dirigido a permitir dentro de sus límites sólo aquellas actividades que se estimen compatibles con su conservación, con la protección de las especies que albergan y con el eventual desarrollo socioeconómico de las poblaciones que habitan dentro del área o en las zonas aledañas (5).

La doctrina española identifica tres elementos constitutivos de la noción de espacio natural protegido (6):

- A) el elemento físico (o material), derivado de las circunstancias o recursos naturales de singular relevancia presentes en el lugar;
- B) el elemento formal, consistente en la declaración expresa emanada de la autoridad pública competente, en virtud de la cual se asigna ese *status* al área en cuestión; y
- C) el elemento teleológico, dado por los fines o propósitos que se persiguen mediante la creación del área protegida.

(5) La definición ensayada sigue, en líneas generales, la propuesta por A. JIMÉNEZ JAÉN (2000:122).

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), con sede en Suiza, ofrece su propia definición de «área protegida» en los siguientes términos: «un espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado, mediante medios legales u otros tipos de medios eficaces para conseguir la conservación a largo plazo de la naturaleza y de sus servicios ecosistémicos y sus valores culturales asociados» cfr. N. DUDLEY (2008: 10).

(6) F. LÓPEZ RAMÓN (1980: 92).

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN FEDERAL ARGENTINO DE ÁREAS PROTEGIDAS

En el marco del sistema federal argentino, el reparto de competencias entre las autoridades nacionales y los gobiernos provinciales en lo concerniente a las áreas protegidas se vertebra, fundamentalmente, en función de lo estipulado en tres cláusulas constitucionales.

La primera de ellas es la que establece que «las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación» (7). Tal precepto pone de manifiesto que la competencia de las provincias se determina, con carácter general, en base a un criterio residual, en tanto ellas mantienen la titularidad de toda prerrogativa pública que no haya sido objeto de transferencia a la órbita de las autoridades nacionales en virtud del propio texto constitucional.

Ahora bien, entre las atribuciones que el constituyente asigna al Congreso de la Nación figura la de «ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República» (8). Sin perjuicio de lo que inmediatamente se dirá sobre la noción de los «establecimientos de utilidad nacional» a que alude la cláusula transcrita, es menester adelantar que los parques nacionales situados en territorio provincial se entienden subsumidos bajo esta figura (9), lo cual supone el reconocimiento de la potestad exclusiva del legislador federal sobre tales áreas. En suma, se invierte para los territorios en cuestión la regla expuesta en el párrafo anterior, sin perjuicio de que el propio precepto comentado aclare que «las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines» (10) (esto es, con «los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional» asentados en jurisdicción provincial).

La tercera disposición que es preciso considerar está específicamente referida a la materia medioambiental, y reza así: «corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a

(7) Artículo 121 de la Constitución Nacional argentina.

(8) Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional.

(9) Así lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus sentencias (cfr. *Fallos* 327:429; 329:5160; 335:323; 338:362; y más recientemente, la sentencia del 10 de agosto de 2017 en la causa 44-A/CS1, «Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad).

(10) Artículo 75, inciso 30, de la Constitución, última parte.

las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales» (11). La doctrina ha calificado este sistema como un modelo de potestades compartidas entre el Estado federal y los gobiernos provinciales (12), ya que encomienda al primero aprobar las normas que contengan los presupuestos mínimos que aseguren a todos los habitantes de la Nación condiciones básicas igualitarias de protección, y deja en manos de las últimas el dictado de aquéllas necesarias para complementarlas, imponiendo, si fuera el caso, mayores exigencias para la preservación de los bienes involucrados (13). El Congreso de la Nación no ha dictado hasta el presente una ley general de presupuestos mínimos para la protección ambiental de las áreas protegidas. Es oportuno mencionar, no obstante, la existencia de un proyecto sometido al tratamiento del cuerpo legislativo (14), cuya aprobación significaría, sin lugar a dudas, un hito importante para la consolidación del régimen vigente en la materia.

Parece conveniente aclarar que el reconocimiento en favor de las provincias del «dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio» (15) resultante de la reforma constitucional de 1994, no supone asignar a las provincias de la propiedad sobre los establecimientos de utilidad nacional preexistentes, al tiempo que carece de toda virtualidad para alterar el reparto de competencias que el propio constituyente dispuso sobre esos mismos establecimientos (16).

Conforme surge del título de este trabajo, su cometido está dirigido a analizar sucintamente el régimen federal de las áreas protegidas, es decir, aquél que gobierna las áreas situadas en territorio federal (como es el caso de las que se extienden sobre superficies marinas), y aquéllas que, pese a estar ubicadas dentro del territorio de una provincia, se encuentran sujetas a jurisdicción federal debido a su calificación como establecimientos de utilidad nacional.

(11) Artículo 41 del mismo texto constitucional.

(12) C. F. BALBÍN (2007: 679).

(13) G. F. TREACY (2010: 71-72).

(14) El referido proyecto de ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de las áreas protegidas de Argentina tramita bajo el Expediente N° 8747-D-2016 de la Cámara de Diputados, y ya cuenta con dictamen favorable de las Comisiones de Recursos Naturales y de Presupuesto y Hacienda. Su texto puede consultarse en el Orden del Día N° 2025 de dicho cuerpo.

(15) Artículo 124, último párrafo, de la Constitución Nacional.

(16) Así lo ha declarado con toda claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una reciente sentencia, dictada el 10 de agosto de 2017, en la causa CSJ 1316/2008, caratulada «Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad».

En igual sentido, C. M. LEGÓN MARIENHOFF (2008:1096).

La expresión *establecimiento de utilidad nacional* alude, pues, a enclaves situados en territorio provincial que, pese a su ubicación, están sujetos primordialmente a la jurisdicción de las autoridades nacionales. La doctrina especializada los ha retratado adecuadamente al identificar su origen y justificación con la existencia de «funciones o atribuciones que hayan sido delegadas al gobierno federal en el texto constitucional y que requieran la ocupación de una determinada porción de suelo» dentro del espacio territorial de una provincia (17). Su creación, sin embargo, no conlleva la federalización del territorio pertinente (18), sino la mera transferencia a la esfera nacional de las competencias *ratione materiae* que se estimen necesarias para satisfacer los fines del establecimiento. De allí que la pertinente provincia conserve sus poderes de policía y tributación, que podrán ejercer hasta donde resulte compatible con aquellas metas, tal como lo prevé la propia cláusula constitucional más arriba citada.

A partir del marco constitucional sintetizado en los párrafos precedentes, el Congreso y el Poder Ejecutivo nacionales dictaron la siguiente normativa (ordenada cronológicamente), que conforma el cuadro hoy vigente en materia de áreas protegidas en lo que concierne a la órbita federal, a saber:

- A) Ley N° 22.351, de Parques Nacionales (19) (LPN);
- B) Decreto N° 2148/1990, de Reservas Naturales Estrictas (20);
- C) Decreto N° 453/1994, de Reservas Naturales Silvestres y Educativas (21);
- D) Ley N° 26.331, de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (22);
- E) Ley N° 26.639, de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial (23); y
- F) Ley N° 27.037, de Áreas Marinas Protegidas (24).

(17) P. L. MANILI (2004: 18-19).

(18) E. MERTEHIKIAN (1998:13).

(19) Publicada en el Boletín Oficial del 12 de diciembre de 1980. Dicha ley ha sido ulteriormente modificada en forma parcial por la ley 26.389, publicada en el Boletín Oficial del 25 de junio de 2008.

(20) Dictado por el Poder Ejecutivo nacional el 10 de octubre de 1990, y publicado en el Boletín Oficial del 18 de octubre de ese mismo año. El mencionado reglamento se complementa a través del Decreto N° 2149/1999, que crea y brinda el elenco completo de las Reservas Naturales Estrictas existentes en el territorio de la República Argentina.

(21) Emitido por el Poder Ejecutivo nacional el 24 de marzo de 1994, y publicado en el Boletín Oficial el 29 de ese mismo mes y año.

(22) Publicada en el Boletín Oficial del 27 de diciembre de 2007.

(23) Publicada en el Boletín Oficial del 28 de octubre de 2010.

(24) Publicada en el Boletín Oficial del 10 de diciembre de 2014.

De los textos normativos enumerados la LPN sobresale, sin lugar a dudas, como el más relevante, en tanto su entramado configura el núcleo central del régimen de los espacios naturales protegidos, al cual se han ido añadiendo luego las figuras incorporadas por las restantes disposiciones aludidas.

Paralelamente, claro está, cada Provincia posee su propio régimen local, aplicable a las áreas protegidas erigidas dentro de su territorio por parte de las respectivas autoridades provinciales.

III. CONTENIDOS BÁSICOS DE LOS RÉGIMENES EN LA MATERIA EN EL ÁMBITO COMPARADO

Un rápido paneo por los ordenamientos comparados nos permite comprobar que la normativa dirigida a brindar resguardo a las áreas protegidas gira, sustancialmente, en torno de los siguientes ejes temáticos:

- A) la enunciación de las características que deben reunir las áreas naturales protegidas para hacerse merecedoras de esta particular protección;
- B) la descripción de los objetivos perseguidos por el régimen;
- C) la categorización de las áreas protegidas;
- D) el procedimiento de declaración de las áreas protegidas, con indicación de la autoridad competente para dictar el acto pertinente;
- E) la autoridad de aplicación del régimen y el consiguiente diseño organizacional, incluyendo la identificación de las fuentes de los recursos de los cuales se dispondrá para su sostenimiento;
- F) los principios rectores de la gestión de las áreas protegidas;
- G) la identificación de las actividades y usos permitidos dentro de las áreas alcanzadas, de aquellos sujetos a previa autorización, y de aquellos que se encuentran expresamente prohibidos;
- H) la titularidad de las tierras, su eventual calificación demanial, y las restricciones que pesan sobre aquéllas ubicadas dentro de tales áreas que pertenezcan al dominio privado de los particulares; y
- I) el régimen sancionatorio aplicable a las infracciones que se cometan en violación del régimen aplicable dentro de las áreas comprendidas.

A lo largo de los capítulos siguientes se intentará ofrecer un panorama del tratamiento que brinda el ordenamiento federal argentino a cada uno de los aspectos enunciados precedentemente, contrastando cuando fuere el caso tal abordaje con referencias tomadas del Derecho comparado y de la doctrina extranjera.

IV. CRITERIOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Ya se sabe que para que un espacio natural sea protegido debe previamente ser protegible, es decir, merecedor de un amparo singular por parte del marco jurídico vigente en virtud de sus cualidades extraordinarias (25). De allí que cada sistema jurídico deba comenzar por establecer los presupuestos que deben verificarse para que un área califique, por sus condiciones especiales o extraordinarias, a esos efectos. He aquí, pues, el elemento material al que se hiciera alusión más arriba.

Entre los rasgos que aparecen habitualmente en el Derecho comparado como determinantes para seleccionar a un ambiente natural como susceptible de engrosar el elenco de las áreas protegidas, se observan los siguientes (26):

- la singularidad de la región, que la distingue notoriamente del resto de la geografía del país;
- la espectacularidad de sus paisajes;
- la biodiversidad o diversidad de especies que alberga;
- la representatividad de algunas de las especies (de fauna o flora) o de las formaciones geológicas que contiene;
- el riesgo o fragilidad del ecosistema involucrado; y
- el destacado interés científico de la zona.

En el Derecho argentino, como criterios generales que habrán de valorarse a los fines de la designación de un territorio como área protegida, la LPN hace referencia a «sus extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctona» o al hecho de que revista «un interés científico determinado» (27). Luego, respecto de los Parques Nacionales la citada ley alude a su carácter representativo de una región fitoogeográfica, a sus bellezas escénicas o a su interés científico (28); mientras que al ocuparse de los Monumentos Naturales hace mención a «áreas, cosas, especies vivas de animales o plantas, de interés estético, valor histórico o científico» (29); y con referencia a las

(25) A. TOLÓN BECERRA, A. y X. LASTRA BRAVO, X. (2008:3).

(26) Ver, a modo ilustrativo, el artículo 27 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (modificada parcialmente por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre), y los artículos 4° y 6° de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, ambas de España; el artículo 1° de la Ley N° 17.234 del Uruguay; el artículo 1° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26.834) del Perú; y el artículo 2.2.2.1.5.1 del decreto 1078/2015 de Colombia, reglamentario del sector ambiente y desarrollo sostenible.

(27) Cfr. el artículo 1° de la ley 22.351.

(28) Artículo 4° de la ley 22.351.

(29) Artículo 8° de la ley 22.351.

Reservas Nacionales, focaliza en «áreas que interesan para la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del Parque Nacional contiguo, o la creación de zonas de conservación independientes cuando la situación existente no requiera o admita el régimen de un Parque Nacional» (30).

En lo referido a las Reservas Naturales Estrictas, la normativa nacional de nuestro país hace mérito del «gran valor biológico» de las áreas, derivado de su carácter representativo de los distintos ecosistemas existentes dentro del territorio, o bien debido a las importantes poblaciones de especies animales o vegetales autóctonas que contengan (31). En el caso de las Reservas Naturales Silvestres, se toma en cuenta la existencia de «áreas de extensión considerable que conserven inalterada o muy poco modificada la cualidad silvestre de su ambiente natural y cuya contribución a la conservación de la diversidad biológica sea particularmente significativa en virtud de contener representaciones válidas de uno o más ecosistemas, poblaciones animales o vegetales valiosas a dicho fin» (32). A su vez, las Reservas Naturales Educativas deben ser seleccionadas en función de las oportunidades especiales que ofrecen para la educación ambiental o para la interpretación de la naturaleza, sea por sus particularidades o por su cercanía a una Reserva Natural Estricta o Silvestre (33).

Finalmente, y siempre para el Derecho argentino, la creación de Áreas Marinas Protegidas se ha de realizar atendiendo a la «rareza, fragilidad, importancia o singularidad» que se asigne a ciertos ecosistemas, comunidades o elementos biológicos del medio marino (34).

Los criterios indicados, por cierto, no constituyen sino presupuestos básicos que justifican la existencia de un espacio natural protegido, de modo que, de no verificarse, la declaración pertinente carecerá de causa y resultará, por tanto, jurídicamente inválida. Es evidente, no obstante, que las circunstancias aludidas configuran «conceptos jurídicos indeterminados», cuya verificación en cada caso queda en manos de la autoridad de aplicación, lo cual confiere a esta última cierto margen de apreciación a la hora de establecer si tales presupuestos concurren o no en cada oportunidad (35). De allí que deba admitirse que la declaración pertinente sólo debería poder ser invalidada ante situaciones en las que los extremos señalados se encuentren notoriamente ausentes.

(30) Artículo 9° de la ley 22.351.

(31) Cfr. el artículo 2° del decreto 2148/1990.

(32) Cfr. el artículo 1° del decreto 453/1994.

(33) Cfr. el artículo 6° del decreto 453/1994.

(34) Cfr. el artículo 2° de la ley 27.037.

(35) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000:123-125).

V. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN

Según se ha señalado, los rasgos antedichos hacen a la sustancia o materialidad de las áreas protegidas. Sin embargo, su sola presencia no basta, *per se*, para que tales espacios pasen a estar sujetos al régimen especial que estamos considerando, sino que es preciso, además, que medie una expresa declaración por parte de la autoridad competente para incorporar esa área al elenco de aquéllas que merecen esa singular protección (36).

En otras palabras, al elemento material (esto es, la presencia de alguna de las circunstancias naturales antes descritas), debe añadirse el elemento formal (la declaración expresa por parte de la autoridad competente para emitirla). Sólo desde el momento en que este segundo recaudo se verifica estaremos en presencia de un espacio natural protegido, sujeto al régimen pertinente.

Puede decirse, entonces, con todo rigor, que la declaración tiene carácter constitutivo del área especialmente protegida, toda vez que es ella la que crea el área protegida. En consecuencia, recién a partir de su dictado se torna aplicable todo el régimen inherente a la categoría de protección resultante del acto declarativo.

La circunstancia expuesta explica la necesidad imperiosa de que cada ordenamiento establezca, de manera precisa, el procedimiento que habrá de seguirse a estos efectos, y designe a la autoridad (legislativa o administrativa) con competencia para emitir tal declaración.

Esta cuestión presenta una dificultad adicional en los sistemas políticos compuestos, como el federal, donde a veces la competencia en la materia se encuentra compartida entre las esferas central y periférica. En tales casos, es menester diseñar mecanismos que permitan articular adecuadamente las prerrogativas de una y otra órbita.

La LPN prevé que la creación de parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales compete al Congreso de la Nación (37), y que cuando su establecimiento pretenda llevarse adelante en el territorio de una provincia, requerirá de la previa cesión por parte de ésta del dominio y jurisdicción sobre el área respectiva a favor del Estado Nacional (38). También se requiere una ley formal para crear y delimitar Áreas Marítimas Protegidas (39).

(36) Se ha señalado, así, que sin esta declaración especial no hay espacio natural protegido (A. JIMÉNEZ JAÉN: 2000:172).

(37) Cfr. el artículo 1° de la ley 22.351.

(38) Cfr. el artículo 3° de la ley 22.351. La doctrina aclara que las atribuciones cuya cesión se exige se circunscribe únicamente a aquéllas que resulten necesarias para la satisfacción de los fines previstos por la ley 22.351 T. ITURRALDE (2016:1060).

(39) Cfr. el artículo 3° de la ley 27.037.

La institución de Reservas Naturales compete, en cambio, al Poder Ejecutivo de la Nación (40).

Pero además de la identificación de los órganos que han de participar en el dictado del acto declarativo del área protegida, las normas deben también precisar las particularidades del trámite previo a tal declaración, lo cual fundamentalmente supone definir de dónde ha de surgir la iniciativa de crear una nueva área protegida, la enumeración de los informes o dictámenes que han de preceder la declaración, la necesidad (si se estimare conveniente) de celebrar una audiencia pública con la participación de las comunidades directamente afectadas previo a la efectiva institución del área protegida, las medidas provisionales que podrán dictarse en aras a proteger el área hasta tanto se dicte el acto aprobatorio de su creación, así como el procedimiento que habrá de seguirse para la eventual desclasificación del área. Se trata, sin embargo, de aspectos que carecen de un tratamiento sistemático en el ordenamiento argentino que es objeto de análisis (41).

VI. OBJETIVOS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ESPECIAL

Hemos de detenernos a renglón seguido en el tercer elemento enunciado, el teleológico, que nos enfrenta a la razón de ser de la categoría de los espacios naturales protegidos. En definitiva, son tales metas las que explican la existencia de un régimen especial de carácter restrictivo, y las que pueden justificar los gravámenes impuestos sobre los derechos de los particulares con vistas a alcanzarlas, en función de la regla de la razonabilidad.

Desde una perspectiva histórica, en un comienzo los propósitos perseguidos por la creación de las áreas protegidas eran muy acotados.

La creación del parque nacional de Yellowstone en los Estados Unidos en el año 1872, el primer caso en todo el mundo, se basó en razones de índole casi exclusivamente paisajísticas, dirigidas a preservar el valor estético de dicha reserva frente a las amenazas provenientes del incremento de la actividad industrial y de la progresiva expansión de las áreas urbanas, y a fomentar las actividades recreativas en ese mismo perímetro geográfico. La misma terminología utilizada («parque nacional») denota la prevalencia del enfoque señalado.

Cien años más tarde, el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN identificaba tres posibles motivos que justificarían la tutela de las áreas naturales: la conser-

(40) Cfr. el artículo 1° del decreto 2148/1990.

(41) Los artículos 8°, 9°, 11 y 12 de la Ley 42/2007 española de Parques Nacionales, ya citada, ofrecen un ejemplo de buena técnica legislativa a tomar en cuenta a este respecto.

vación de la naturaleza, el disfrute público de las áreas involucradas o, en una menor escala de importancia, propósitos de índole socioeconómica (42).

En la actualidad, se suelen mencionar a las siguientes posibles metas u objetivos como fundantes de la creación de áreas protegidas (43):

- la protección y conservación del ecosistema (el cual configura, sin lugar a dudas, el objetivo central del sistema);
- la protección de los bienes culturales que pudieren estar asociados;
- fines de carácter científico, vinculados a los recursos y especies existentes en el lugar que se quiere preservar;
- fines recreativos, referidos al disfrute público de las áreas involucradas de manera compatible, desde luego, con su adecuada preservación;
- fines educativos, orientados a transmitir la importancia del cuidado del medioambiente; y
- fines socioeconómicos, consistentes en el posible aprovechamiento de los recursos naturales disponibles, en beneficio de las poblaciones que habitan el área protegida o las zonas aledañas, siempre que lo permitan los otros fines propuestos por su creación.

Hoy está fuera de toda discusión que las metas señaladas están estrechamente vinculadas entre sí, y deben ser procuradas de manera armónica, respetando la primacía de la protección y conservación del medio ambiente involucrado. De este modo, propósitos que en un origen se reputaban secundarios (como ser finalidades educativas, científicas o de desarrollo de las comunidades locales), pasaron a cobrar una importancia equivalente a la atribuida a los objetivos que inspiraron la creación de los parques precursores (44). El discurso prohibicionista propio de un enfoque exclusivamente centrado en la conservación ha dado paso, así, a un temperamento orientado a una gestión integral y sostenible en el tiempo del conjunto de los recursos cuya protección se persigue.

En particular, es de destacar el giro evidenciado en el temperamento adoptado frente a las actividades productivas asociadas a fines socioeconómicos, que en el pasado se entendían absolutamente incompatibles con un área protegida, mientras que al presente no sólo se las admite (en tanto armonizan con el objetivo conservacionista propuesto), sino que incluso en muchos casos se las estima indispensables para su sustentabilidad en el largo plazo, lo cual ha determinado que en ciertas ocasiones se busque integrar ambas facetas. Con el tiempo se ha comprendido, en efecto, que las actividades que

(42) F. LÓPEZ RAMÓN (1980: 97-121).

(43) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 127-154); y A. TOLÓN BECERRA y X. LASTRA BRAVO (2008: 4-6)

(44) M. A. LÓPEZ ALFONSÍN (2016: 29-30).

tradicionalmente realizan los pobladores del lugar resultan, con frecuencia, un elemento más en favor del equilibrio del ecosistema, de manera tal que su eliminación lejos de favorecer la conservación de los bienes que se quieren proteger puede llegar a perjudicarlos (45).

Esta mirada integradora de los distintos fines es, por lo demás, coincidente con la necesidad de velar por el equilibrio financiero del sistema. Así, por ejemplo, la construcción de un hotel dentro del parque nacional, además de facilitar la satisfacción de la finalidad recreativa, puede contribuir al sostenimiento económico del área.

Un repaso de la normativa argentina permite comprobar que los objetivos más arriba enumerados aparecen reflejados a lo largo de su articulado.

Así, por ejemplo, la LPN dispone que las bellezas y riquezas singulares existentes en los Parques Nacionales, en los Monumentos Naturales y en las Reservas Nacionales deben ser «protegidas y conservadas, para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones» (46), propósito conservacionista que se reitera, luego, con relación a cada una de esas tres categorías de áreas protegidas mencionadas (47). El mismo texto legal hace referencia a la posibilidad de admitir la presencia de asentamientos humanos y el despliegue de actividades turísticas —incluyendo la infraestructura pertinente— en tales áreas, en tanto resulten compatibles con los fines específicos previstos para cada una de ellas (48).

En el caso de las Reservas Naturales Estrictas, el régimen pertinente está particularmente orientado a la preservación de la diversidad biológica y de los ecosistemas involucrados (49), vedando absolutamente los asentamientos humanos y el acceso del público en general (con la única excepción el ingreso de personas con propósitos científicos o educativos, previa autorización) (50). Las Reservas Naturales Silvestres y Educativas persiguen metas similares en cuanto a la preservación de los ámbitos y especies alcanzadas, si bien extienden sus objetivos para abarcar también otros vinculados a la investigación científica, a la educación y al goce de la naturaleza, lo cual se traduce en una flexibilización de la prohibición del ingreso de personas y de los asentamientos humanos (51).

(45) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 138-141).

(46) Artículo 1° de la ley 22.351.

(47) Cfr. los artículos 4°, 8° y 9° de la ley 22.351.

(48) Cfr. los artículos 5° inciso h), 6°, 8°, 9°, 10 inciso b), y 11 de la ley 22.351.

(49) Cfr. el artículo 3° del decreto 2148/1990.

(50) Cfr. el artículo 5°, incisos g) y h), del decreto 2148/1990.

(51) Cfr. los artículos 2°, 4° inciso j), 5° incisos a) y b), 7°, 9° inciso j), y 10 del decreto 453/1994.

Finalmente, si bien todas las Áreas Marinas Protegidas tienen como objetivo primordial conservar la biodiversidad marina, se observan algunas diferencias entre ellas en función de la categoría que revisten en cada caso. De este modo, mientras que las Reservas Nacionales Marinas Estrictas se crean con el propósito de conservar a largo plazo la biodiversidad marina y los procesos ecológicos, reservándose las como áreas de referencia para la investigación científica y excluyendo toda visita pública, sea recreativa o educativa (52), los Parques Nacionales Marinos y las Reservas Nacionales Marinas congenian la meta de conservar la biodiversidad marina, la calidad del paisaje y los procesos ecológicos a gran escala, con usos científicos, educativos y recreativos controlados, a lo cual las Reservas Nacionales Marinas añaden la posibilidad de encarar aprovechamientos sustentables de uno o más de sus recursos (53). Por su parte, los Monumentos Nacionales Marinos limitan su objetivo a conservar un atributo de interés especial de la biodiversidad marina o la calidad del paisaje, pero admiten igualmente actividades científicas, educativas o recreativas debidamente controladas (54). La ley que rige la materia contempla también la figura de las Reservas Nacionales Marinas para la Ordenación de Hábitats especiales, destinada a proteger las necesidades identificadas según la mejor información científica fidedigna de especies particulares o el mantenimiento de hábitats (55).

VII. CATEGORÍAS DE ÁREAS PROTEGIDAS

Otro punto ineludible de todo régimen de áreas protegidas tiene que ver con la clasificación de las categorías que se contemplan. También a este respecto ha habido una notoria evolución.

En una primera etapa, hubo un predominio claro de los parques nacionales como paradigma casi exclusivo de las áreas protegidas. Como ya se indicó, la finalidad prevaleciente en un origen residía en la valorización y preservación de los paisajes involucrados, si bien su creación también estuvo presidida por la intención de procurar compatibilizar tales metas con el uso y goce del parque por el público (56).

Con el tiempo, empezaron a aparecer otras figuras. De entre ellas, la categoría alternativa que surgió con mayor fuerza es la «reserva natural», denominación que también refleja un cambio de enfoque en cuanto a la prin-

(52) Cfr. el artículo 5º, inciso a), de la ley 27.037.

(53) Cfr. el artículo 5º, incisos b) y e), de la ley 27.037.

(54) Cfr. el artículo 5º, inciso c), de la ley 27.037.

(55) Cfr. el artículo 5º, inciso d), de la ley 27.037.

(56) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 163).

cial finalidad perseguida durante esta fase, más orientada a la protección y conservación de las riquezas naturales presentes en el área. Paulatinamente, las figuras se fueron ampliando, y la multiplicación y diversidad de categorías derivó en un escenario confuso y poco sistemático. En razón de esta tendencia, se han llegado a relevar más de veinte mil espacios protegidos en el mundo, que responden a casi un centenar y medio de nombres distintos (57).

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza viene abogando por la necesidad de adoptar criterios simples para la clasificación de las áreas protegidas, en orden a facilitar la visualización de las diferencias de régimen entre unas y otras. A estos efectos, dicha reconocida entidad emitió las «Directrices para las Categorías de Manejo de Áreas Protegidas», en las cuales propone una matriz universal de seis categorías básicas. Este documento resulta un punto de referencia obligado, más allá de la necesidad de hacer las adaptaciones del caso en función de las particularidades de cada sistema.

Las Directrices mencionadas sistematizan las áreas protegidas en seis tipos diferentes (58), a saber:

- (i) las reservas naturales, cuya finalidad es netamente conservacionista, bajo dos modalidades posibles, a saber:
 - a) reservas estrictas, destinadas fundamentalmente a tareas científicas, o
 - b) reservas silvestres, más orientadas a la protección de la vida silvestre;
- (ii) los parques nacionales, que persiguen tanto el propósito de conservar los ecosistemas como fines recreativos (de allí que su uso público constituya una de sus notas características);
- (iii) los monumentos naturales, que atienden a preservar elementos o rasgos naturales específicos;
- (iv) las áreas de gestión de hábitat y especies, en las que sobresale la tarea de conservación a través de actividades de gestión activa;
- (v) los paisajes protegidos, tanto terrestres como marítimos, que propenden a la conservación de tales paisajes, con la finalidad de preservarlos para el ocio; y
- (vi) las áreas protegidas con gestión de los recursos, que propenden a la gestión y utilización sostenible de ambientes naturales.

Cada una de las categorías enumeradas, por cierto, conlleva objetivos y grados de protección diferentes, y distinta tolerancia a las actividades huma-

(57) J. M. GARAYO URRUELA (1996: 215).

(58) N. DUDLEY (2008: 4-5).

nas, en función de su compatibilidad con los fines perseguidos por la creación del área de protección. Su configuración, entonces, debe hacerse en función del objeto de protección (el elemento material) y de los fines perseguidos (el teleológico) en cada caso (59).

La LPA argentina contempla tres categorías básicas: los Parques Nacionales, los Monumentos Naturales y las Reservas Nacionales (60), cuyas finalidades específicas ya han sido sucintamente expuestas en el apartado anterior.

A estos tres tipos de áreas iniciales se agregaron luego, en los años noventa del siglo pasado, las reservas naturales, bajo dos modalidades posibles: las Reservas Naturales Estrictas (61), sometidas a garantías máximas de conservación, y las Reservas Naturales Silvestres y Educativas (62), libradas a un régimen más flexible.

Finalmente, según ya se anticipó, la sistematización de las Áreas Marinas Protegidas plasmada en la ley 27.037 se traduce en la existencia de las siguientes categorías: Reserva Nacional Marina Estricta, Parque Nacional Marino, Monumento Nacional Marino, Reserva Nacional Marina para la Ordenación de Hábitats/especies y Reserva Nacional Marina (63).

Puede decirse que la clasificación expuesta guarda sustancial correlación con la propuesta en las Directrices de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

VIII. TITULARIDAD DE LAS TIERRAS

Según ha sido anticipado, un tema que no puede estar ausente en los regímenes de las áreas protegidas es el relacionado a la titularidad de las tierras abarcadas, y las restricciones que pesan sobre sus dueños en caso de revestir condición privada.

Es frecuente que las áreas protegidas se asienten en tierras públicas, en cuyo caso éstas suelen ser declaradas del dominio público por las normas pertinentes (64), lo cual supone —como es bien sabido— una sustancial restric-

(59) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 154).

(60) Cfr. los artículos 4°, 8° y 9°, respectivamente, de la ley 22.351.

(61) Esta categoría ha sido establecida por el decreto 2149/1990, publicado en el B.O. del 18 de octubre de 1990.

(62) Categorías introducidas a nuestro ordenamiento por el decreto 453/1994, publicado en el B.O. del 23 de marzo de 1994.

(63) Ver el artículo 5° de la ley 27.037.

(64) Ver, a modo de ejemplo, el artículo 4° de la Ley N° 26.834 del Perú, más arriba citada.

ción para su disposición por parte de su titular público. Es, también, habitual que el régimen aplicable sea sumamente restrictivo en cuanto a la posibilidad de asignar derechos de uso especial sobre esos mismos territorios protegidos, reservando la facultad de otorgar permisos y concesiones demaniales únicamente para aquellas situaciones en que ello contribuya al cumplimiento de los fines propuestos.

Es perfectamente posible, sin embargo, que las normas reconozcan dentro de ciertos espacios protegidos la coexistencia de enclaves de propiedad privada, en particular cuando se trate de propiedades preexistentes a la creación del área. La presencia de propietarios particulares puede resultar consistente, incluso, en determinados casos, con propósitos de carácter socioeconómico que hacen a la gestión sustentable del área.

Lo relevante frente a estas situaciones es que el régimen precise las restricciones y gravámenes que pesan sobre los propietarios privados con motivo de la declaración de área protegida. En este sentido, se observa que algunos regímenes prevén que la creación del área lleva aparejada la declaración genérica de utilidad pública de los predios de propiedad privada existentes dentro de sus confines, los cuales quedan sujetos a su eventual expropiación en tanto los fines del área lo requieran (65).

La APN empieza por declarar que «las tierras fiscales existentes en los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, son del dominio público nacional» (66), y limita la posibilidad de otorgar concesiones de uso especial sobre dichas tierras hasta un plazo máximo de treinta años, únicamente para aquellos casos en que, fundado en un interés general manifiesto, el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta de la Administración de Parques Nacionales, brinde autorización para construir edificios o instalaciones destinados a la actividad turística, previo verificar que no acarreará una modificación sustancial del ecosistema del lugar (67).

Lo expuesto no elimina la coexistencia dentro de los límites de los Parques Nacionales de tierras del dominio privado estatal (68) y de tierras de propiedad de los particulares (69), al igual que ocurre dentro de las Reservas Nacionales (70).

(65) Tal es el caso de la Ley 42/2007, de España, más arriba citada (ver sus artículos 4° y 39, el primero de ellos tras su modificación por la Ley 33/2015); el decreto 1078/2015 de Colombia (artículo 2.2.2.1.9.4); y de la Ley N° 17.234 de Uruguay (artículo 6°).

(66) Artículo 2° de la ley 22.351.

(67) Cfr. los artículos 5°, inciso a), y 6 de la ley 22.351.

(68) Cfr. el artículo 23, inciso n), de la ley 22.351.

(69) Cfr. los artículos 5°, inciso j), y 7° de la ley 22.351.

(70) Cfr. el artículo 10, inciso b), de la ley 22.351.

Si bien el régimen legal sobre Áreas Marinas Protegidas guarda silencio sobre la condición demanial de los espacios comprendidos, su caracterización como dominio público surge clara del Código Civil y Comercial de la Nación (71).

Otra restricción habitual que afecta a las tierras privadas ubicadas dentro de las áreas protegidas reside en el derecho de preferencia que normalmente se reconoce al titular público del área, ante la eventualidad de que el particular decida enajenar el inmueble, prerrogativa que en el Derecho comparado se conoce como «derecho de tanteo». En tales casos, cuando se haya incumplido el deber de notificar a la Administración la decisión de vender el inmueble, ésta quedará facultada a subrogarse en el lugar del adquirente en las mismas condiciones de compra estipuladas en el contrato, lo cual denomina «derecho de retracto» (72).

En el marco del Derecho argentino, se reconoce al Estado nacional el derecho preferente de adquisición, en igualdad de condiciones, cuando el propietario de un inmueble ubicado dentro de un Parque Nacional decida enajenarlo (73).

IX. ACTIVIDADES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS DENTRO DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS

Como oportunamente se ha señalado, la eficacia de la técnica de las áreas protegidas depende, más que de la declaración en sí, de la regulación de las actividades de goce público y de aprovechamiento de los recursos dentro del área tutelada, lo cual se traduce, básicamente, en la imposición de ciertas restricciones a las actividades que pueden realizarse dentro de su perímetro, en resguardo del sistema que se quiere preservar (74).

Ello no implica, desde luego, una prohibición absoluta de toda explotación o de toda presencia humana, sino que lo que se ha de procurar es establecer un régimen equilibrado, que permita el despliegue de todas aquellas actividades que se estimen compatibles con los fines del área (75).

Va de suyo que la instrumentación concreta de esta premisa variará, como es obvio, en atención a la categoría de área protegida de que se trate en

(71) Cfr. el artículo 235, inciso a), del citado texto legal.

(72) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 338-343).

Ambas figuras (el tanteo y el retracto) aparecen recogidas en el artículo 39 de la Ley 42/2007, de España.

(73) Cfr. el artículo 7º de la ley 22.351.

(74) F. DELGADO PIQUERAS (2013: 486).

(75) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 134).

cada caso. Y, por otra parte, las actividades de tipo productivo que puedan considerarse compatibles en función de las circunstancias, deberán ser objeto de una regulación apropiada, cuya fiscalización podrá articularse, si se lo estima conveniente, a través del requisito de su previa autorización, de modo de garantizar tal compatibilidad en el caso concreto.

A las resultas de ello, es dable observar en los sistemas comparados tres situaciones básicas por cuanto concierne al régimen de las actividades dentro de las áreas protegidas (76), a saber:

- A) actividades permitidas;
- B) actividades sometidas a previa autorización («autorizables»), sujetas, en definitiva, a la regla de su compatibilidad con los fines del área; y
- C) actividades incompatibles con la creación del área protegida y, por ende, prohibidas de manera absoluta.

En el caso argentino, la LPN prohíbe, con carácter general, dentro de los Parques Nacionales «toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo» (77), para a continuación enunciar un extenso elenco de actividades específicas a las que se declara prohibidas (78), entre las cuales figuran la enajenación y arrendamiento de tierras del dominio estatal; la exploración y explotación mineras; la instalación de industrias; la explotación agropecuaria (79), forestal y cualquier tipo de aprovechamiento de los recursos naturales; la pesca comercial; la caza; la introducción, trasplante y propagación de fauna y flora exóticas; y los sobrevuelos de aeronaves impulsadas a motor.

La ley referida adopta, asimismo, un temperamento sumamente riguroso para con los Monumentos Naturales, al establecer que no pueden realizarse «en ellos o respecto de ellos actividad alguna, con excepción de las inspecciones oficiales e investigaciones científicas permitidas por la autoridad de aplicación, y la necesaria para su cuidado y atención de los visitantes» (80).

Para el caso de las Reservas Nacionales, en cambio, el legislador ha dispuesto permitir, previa autorización de la autoridad de aplicación, actividades deportivas, comerciales e industriales, explotaciones agropecuarias y

(76) A modo de ejemplo, puede verse la sistematización de los usos en los Parques Nacionales Naturales plasmada en el decreto 1078/2015 de Colombia (en particular, sus artículos 2.2.2.1.13.1, 2.2.2.1.13.2, 2.2.2.1.15.1 y concordantes).

(77) Artículo 4° de la ley 22.351.

(78) Cfr. el artículo 5° de la ley 22.351.

(79) Un análisis pormenorizado de la actividad ganadera permitida por el ordenamiento argentino en función de la categoría del área protegida puede verse en CUMINETTI (2015:937).

(80) Artículo 8° de la ley 22.351.

de canteras. Se prohíben, por el contrario, la explotación minera, la pesca comercial, la caza y la introducción de especies exóticas (81).

A su vez, las normas que rigen las Reservas Naturales (tanto las referidas a las Reservas Naturales Estrictas, como las concernientes a las Reservas Naturales Silvestres y Educativas) siguen una metodología similar a la empleada por la LPN para los Parques Nacionales, esto es, sientan primero una prohibición general de «todas las actividades que modifiquen sus características naturales, que amenacen a disminuir su diversidad biológica o que, de cualquier manera, afecten a sus elementos de fauna, flora o gea» (82), para luego detenerse a identificar una larga serie de actividades concretamente prohibidas, similares a las que descriptas para los Parques Nacionales (83). A este respecto, merece una mención especial la prohibición de acceso del público general (salvo para propósitos científicos y educativos, que ha de contar con previa autorización), que rige para las Reservas Naturales Estrictas (84).

La ley que regula las Áreas Marinas Protegidas, a su turno, establece una serie de actividades prohibidas para cada categoría de área marina. En líneas generales, tales prohibiciones versan sobre ejercicios militares de superficie y submarinos; actividades de caza y pesca; tareas de prospección, exploración y actividades extractivas en el lecho y subsuelo marinos; y la introducción, trasplante y propagación de elementos químicos y productos biológicos de cualquier tipo. A tales supuestos se añaden otros para algunas categorías de áreas marinas, como es el caso de los deportes náuticos de superficie y submarinos, o la visita pública recreativa y educacional, en el caso de las Reservas Nacionales Marinas Estrictas (85).

No puede dejar de señalarse que, en aquellos casos en que las restricciones y prohibiciones aludidas afecten de manera especial a quien tuviere en su haber un derecho adquirido a llevar adelante una explotación determinada, corresponderá que el régimen arbitre los mecanismos dirigidos a que se le indemnicen los daños originados por el nuevo *status* establecido (86). Por el contrario, aquellas limitaciones (incluso sobre la propiedad) que revistan carácter general y hagan al contenido normal de los derechos involucrados, no ameritan una reparación por parte del Estado (87).

(81) Cfr. el artículo 10 de la ley 22.351.

(82) Ver el artículo 4° del decreto 2148/1990, y los artículos 3° y 8° del decreto 453/1994.

(83) Ver el artículo 5° del decreto 2148/1990, y los artículos 4° y 9° del decreto 453/1994.

(84) Cfr. el artículo 5°, inciso h), del decreto 2148/1990.

(85) Cfr. el artículo 5° de la ley 27.037.

(86) A. JIMÉNEZ JAÉN (2000: 182).

(87) Sobre esta temática, ver LÓPEZ RAMÓN (2011: 262-269).

X. PRINCIPIOS RECTORES DE LA GESTIÓN DE LAS ÁREAS PROTEGIDAS

Es, también, primordial que las normas establezcan los principios que han de regir la gestión de las áreas protegidas. De nada sirve, en efecto, contar con un sistema bien diseñado para la protección de tales áreas, si no es acompañado de una gestión eficiente que garantice su acatamiento.

A estos efectos, es importante tomar en cuenta la distinción que introduce la doctrina comparada entre *protección* y *conservación* (88).

Lo primero consiste en el mero resguardo del ambiente natural frente a los peligros o amenazas que lo acechan, pero sin prever que se lleve a cabo ninguna intervención positiva. Este propósito se traduce, básicamente, en medidas de carácter prohibitivo o que limitan el ejercicio de los derechos particulares.

La conservación, en cambio, conlleva un temperamento activo, que puede implicar una tarea de gestión dirigida a la protección de las riquezas que se quieren resguardar o mantener en el tiempo. Esto significa el despliegue de medidas positivas de intervención sobre la naturaleza, es decir, una interacción armónica entre el hombre y el hábitat natural.

Entre las técnicas específicas destinadas a la gestión de los espacios naturales protegidos, en el Derecho comparado adquieren una importancia decisiva los planes de ordenación de los territorios involucrados y los planes de gestión de los recursos existentes en ellos (89). La LPN atribuye a la Administración de Parques Nacionales la facultad de elaborar y aprobar Planes Maestros y de Áreas Recreativas que prevean, con largo alcance, las acciones a desarrollarse para la protección y conservación de los recursos naturales, la calidad del medio ambiente y los asentamientos humanos que se estimen compatibles con aquellos fines (90). Del mismo modo, la ley 27.037 encomienda a la autoridad de aplicación del régimen la preparación de un plan de manejo para cada área marina, bajo los parámetros previstos por el mismo régimen (91).

(88) A. TOLÓN BECERRA y X. LASTRA BRAVO (2008: 4).

(89) Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 42/2007, de España (artículos 12 a 23). Sobre esta cuestión, ver E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014: 42-45).

La doctrina atribuye a los planes la virtud de disminuir la discrecionalidad administrativa, en tanto que una vez aprobados, las autorizaciones administrativas quedan supeditadas a la previa comprobación de la adecuación entre la actividad que se pretende ejercer y el plan dictado [F. LÓPEZ RAMÓN (1980: 202)].

(90) Cfr. los artículos 18, inciso r), y 23, inciso g), de la ley 22.351.

(91) Cfr. el artículo 6° de la citada ley.

En lo concerniente a los planes de ordenación territorial, una herramienta habitual consiste en distinguir diferentes zonas (92):

- A) una zona núcleo, sujeta a un régimen sumamente restrictivo;
- B) una zona de amortiguación que rodea a la zona núcleo, a través de la cual se procura resguardar mejor a la zona núcleo de los efectos nocivos de las actividades que tienen lugar fuera del área protegida; y
- C) una zona de transición, en rigor ajena al área protegida, pero que interactúa con ella a través de actividades que sirven de apoyo para su gestión.

La legislación argentina es parca sobre este punto. Sólo se encuentran referencias muy vagas e imprecisas a esta técnica de gestión (93).

Otro instrumento relevante para una gestión eficaz de los espacios protegidos son los inventarios y catálogos (94). Estos registros pueden estar referidos tanto a las especies amenazadas o en peligro de desaparición, como a las especies exóticas, como a las especies invasoras, o a otro tipo de circunstancias que tengan relevancia para la gestión de las áreas objeto de especial protección.

La LPN atribuye, lacónicamente, a la Administración de Parques Nacionales la facultad de promover la realización de estudios e investigaciones científicas relativas a las distintas categorías de áreas protegidas que contempla, incluyendo la realización periódica de censos de población, encuestas de visitantes y relevamiento e inventario de recursos naturales existentes (95). La legislación sectorial contempla, en cambio, la creación de inventarios especí-

(92) L. MRAZEK (2013:74-76).

La Ley 42/2007 española (artículos 37 y 38), la Ley N° 26.834 peruana (artículos 23 y 25) y el decreto 1078/2015 colombiano (artículo 2.2.2.1.4.1), son ilustrativas de esta técnica de ordenación.

(93) Cfr. el artículo 9° de la ley 22.351, el artículo 6° de la ley 27.037 y el artículo 12 del decreto 453/1994.

(94) La varias veces citada Ley 42/2007 crea un Inventario Español del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad destinado a registrar la distribución, abundancia, estado de conservación y la utilización de todos los elementos terrestres y marinos integrantes del patrimonio natural (ver su artículo 9, en su redacción tras la reforma introducida por la Ley 33/2015).

La misma ley creó, también, un Catálogo Español de Hábitat en Peligro de Desaparición (ver su artículo 24, que ha pasado a ser el artículo 25 tras la modificación de la Ley 33/2015), un Catálogo Español de Especies Amenazadas (artículo 55, ahora artículo 58), un Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras (artículo 61, hoy artículo 64), y un Inventario Español de Caza y Pesca (artículo 64, que ha pasado a ser el artículo 67 tras la reforma aludida).

(95) Artículo 18, inciso f), de la ley 22.351.

ficos, como es el caso del inventario forestal (96) o del inventario de glaciares (97) creados por las leyes respectivas.

Es, también, habitual que las Administraciones acudan a técnicas dirigidas a contar con la colaboración del sector privado en la gestión de las áreas protegidas, lo cual se articula, fundamentalmente, a través de diversas figuras contractuales, en particular las de tipo concesional o las asociaciones público-privadas (98). Según ya se ha señalado, la LPN es sumamente restrictiva en lo concerniente a la posibilidad de que se otorguen concesiones de uso sobre tierras pertenecientes a los Parques Nacionales (99), pero contempla, sin embargo, el empleo de dicha técnica para delegar a los particulares la explotación de todos los servicios necesarios para la atención del público, entre ellos la gestión de las instalaciones turísticas (100).

En nuestro país se dan casos de propiedades privadas que reciben un reconocimiento específico por parte de la autoridad competente para que se propenda a la protección de sus recursos, lo cual se suele plasmar en la celebración de un acuerdo entre el propietario y la pertinente jurisdicción. Es usual, en tales ocasiones, que se dé injerencia a alguna ONG con experiencia en la materia a fin de que brinde al titular del predio la asistencia técnica y jurídica necesaria (101).

Un problema que recurrentemente se afronta en la gestión de las áreas protegidas tiene que ver con la extensión transfronteriza de dichos espacios, sea que rebasen las fronteras nacionales o que trasciendan los límites de las jurisdicciones locales. En tales casos, es conveniente que se arbitren instrumentos de coordinación entre las jurisdicciones involucradas, de modo de dar lugar a una gestión compartida o, al menos, a la cooperación entre las respectivas autoridades.

XI. AUTORIDAD DE APLICACIÓN Y ASPECTOS PRESUPUESTARIOS

Todo régimen de áreas protegidas necesita, desde luego, de la designación de autoridades específicamente a cargo de su aplicación. Cualquiera sea el diseño organizacional que se adopte, lo importante es que el régimen

(96) Cfr. el artículo 4° de la ley 26.331.

(97) Cfr. el artículo 3° y concordantes de la ley 26.639.

(98) La Ley N° 26.834 peruana ofrece un amplio menú de opciones instrumentales para dar cabida a la participación privada en la gestión de áreas naturales protegidas (ver, en particular, su artículo 17).

(99) Cfr. los artículos 5°, inciso a), y 6° de la ley 22.351.

(100) Cfr. el artículo 18, incisos i) y n), de la ley 22.351.

(101) MRAZEK (2013: 86-87).

establezca claramente las competencias de los órganos involucrados y su estructura organizativa. Es, también, necesario que se identifiquen las fuentes de los recursos presupuestarios con que contarán tales órganos para hacer frente a sus funciones.

En aquellos casos, como el argentino, en que la organización territorial del país es compleja, resulta menester comenzar por establecer la incumbencia del gobierno federal y de las autoridades periféricas (es decir, las provinciales) en materia de áreas protegidas.

Al respecto, la LPN que estatuye el marco precursor en este campo en el orden nacional, dispuso la creación de la Administración de Parques Nacionales como ente autárquico (102), y lo dotó de amplias atribuciones para llevar adelante el manejo y conservación de los Parques Nacionales, los Monumentos Naturales y las Reservas Nacionales, incluyendo el ejercicio de facultades de carácter reglamentario, la aplicación de sanciones, el otorgamiento de concesiones para la explotación de servicios vinculados a la atención del público, autorizar la instalación y construcción de hoteles y otras infraestructuras turísticas (en los términos permitidos por la ley) y el otorgamiento de concesiones para su explotación, y la elaboración y aprobación de planes maestros que fijen los parámetros de largo alcance para el funcionamiento de las áreas alcanzadas (103).

Con ocasión de aprobarse el régimen de las Reservas Naturales Silvestres y Educativas, al igual que al instituirse la categoría de las Reservas Naturales Estrictas, se dispuso asignar también la responsabilidad por su gestión y control a la propia Administración de Parques Nacionales (104). Y en tiempos mucho más recientes, la misma entidad ha sido también investida de la condición de autoridad de aplicación del régimen que gobierna el Sistema Nacional de Áreas Marinas Protegidas (105), de manera tal que reúne en sus manos la administración de todas las áreas protegidas pertenecientes a la órbita nacional.

El sostenimiento de la Administración de Parques Nacionales y de las actividades a su cargo, como también los costos derivados de la creación de nuevos espacios naturales protegidos, se solventan a través de los recursos que la LPN ha previsto que integren el Fondo de Fomento de Parques Nacionales creado por la propia LPN (106). Se trata, principalmente, del producido de la

(102) Cfr. el artículo 14 de la ley 22.351.

(103) Cfr. el artículo 18 y concordantes de la ley 22.351.

(104) Cfr. el artículo 11 del decreto 453/1994 y el artículo 6° del decreto 2148/1990.

(105) Cfr. el artículo 1° del decreto 402/2017.

(106) Es necesario señalar que, a la fecha de publicación de este trabajo, el mencionado Fondo de Fomento de Parques Nacionales no ha sido todavía constituido, no obstante lo cual los recursos que el legislador dispuso que lo integrarían atienden, en los hechos, al sostenimiento de las actividades desarrolladas por la Administración de Parques Nacionales.

venta, arrendamiento o concesión de los activos de la entidad, o de sus frutos o productos; de lo percibido en concepto de permisos de caza y pesca; de lo recaudado mediante el cobro de entradas y de patentes; de los ingresos derivados de las concesiones otorgadas o de los servicios prestados por la propia Administración de Parques Nacionales; del dinero resultante de las multas que aplique el organismo; de las partidas que le asigne el presupuesto general de la Nación; o de otros recursos provenientes, por ejemplo, de donaciones o legados (107).

XII. RÉGIMEN SANCIONATORIO

Para finalizar, de más está decir que los propósitos de protección de las áreas sujetas a este régimen especial no resultarán alcanzables si no se reconoce a la autoridad de aplicación una correlativa potestad de sancionar las infracciones que puedan verificarse frente a las reglas establecidas.

A este respecto, es primordial que, en resguardo de los principios imperantes en materia sancionatoria (en particular, los de legalidad y tipicidad), el régimen pertinente se detenga a establecer con precisión las conductas que serán pasibles de sanción y la pena de que se hará merecedora cada una de ellas, así como los recaudos que hacen al respeto del debido proceso adjetivo.

La legislación argentina resulta también marcadamente escueta a este respecto. La LPN prevé sanciones de multa, inhabilitación de uno a cinco años o suspensión de hasta noventa días de las actividades que se hubieren autorizado y decomiso de los efectos involucrados, para los casos de infracción a los deberes instituidos por dicha ley, e indica genéricamente el deber de «asegurar el debido proceso» a la hora de proceder a su aplicación (108). El régimen contempla una instancia revisora directa ante el tribunal de Cámara con competencia federal en la jurisdicción de comisión de los hechos (109).

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina (2014): «Los espacios naturales protegidos y los Lugares de Interés Comunitario (LIC) en Andalucía», en *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 11, pp. 27-75.
- BALBÍN, CARLOS Francisco (2007): *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires.

(107) Cfr. los artículos 25 y 26 de la ley 22.351.

(108) Artículo 28 de la ley 22.351.

(109) Idem. nota anterior.

- CUMINETTI, Simón I. (2015): «El manejo ganadero en los monumentos naturales, parques nacionales, reservas nacionales y en la red de reservas naturales: aspectos legales», *El Derecho ambiental*, Tomo 262, p. 937.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (2013): «Los espacios naturales protegidos», *Tratado de Derecho Ambiental*, Valencia, pp. 485-520.
- DUDLEY, Nigel (Editor) (2008): *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas*, Suiza, UICN.
- GARAYO URRUELA, Jesús María (1996): «Concepción integrada de la conservación de la naturaleza y categorías de espacios naturales protegidos», *Lurralde: Investigación y espacio*, núm. 19, pp. 215-234.
- ITURRALDE, T. (2016): «El arte de crear parques nacionales», *El Derecho ambiental*, Tomo 267, p. 1060.
- JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo (2000): *El régimen jurídico de los Espacios Naturales Protegidos*, Mc Graw Hill, Madrid.
- LEGÓN MARIENHOFF, Carlos María (2008): «El dominio de los parques nacionales después de la reforma constitucional de 1994», *Derecho administrativo*, pp. 1081-1097.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, (2016): *El sistema nacional de áreas protegidas en Argentina*, Buenos Aires, editorial Jusbaire.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1980): *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, Real Colegio de España.
- (2011): «El régimen de las indemnizaciones por las privaciones singulares derivadas de la legislación de conservación de la biodiversidad», *Ius et Veritas*, núm. 42, pp. 262-269.
- MANILI, Pablo Luis (2004): *Establecimientos de utilidad nacional (Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional)*, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- MERTEHIKIAN, Eduardo (1998). «La jurisdicción federal sobre los caminos nacionales (Análisis sobre los límites de las potestades locales)», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 238, pp. 9-17.
- MRÁZEK, Lenka (2013): «Reservas naturales privadas. Un aporte para estimular la conservación voluntaria de los ecosistemas naturales», *Revista de Derecho ambiental*, octubre/diciembre 2013, pp. 65-101.
- TREACY, Guillermo Fabio (2010): «La protección del patrimonio cultural y el medio ambiente», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 371, pp. 67-85.
- TOLÓN BECERRA, Alfredo Y LASTRA BRAVO, Xavier (2008): «Los espacios naturales protegidos (Concepto, evolución y situación actual en España)», *Revista Electrónica de Medioambiente*, núm. 2008-5, UCM, pp. 1-25.

LOS ESPACIOS VERDES, SU TITULARIDAD DOMINIAL Y SU USO EN EL DERECHO ARGENTINO

PABLO ÓSCAR GALLEGOS FEDRIANI

SUMARIO: I. LOS ESPACIOS VERDES EN LOS CONGLOMERADOS URBANOS.– II. CÓDIGO DE PLANEAMIENTO URBANO.– III. ZONIFICACIÓN.– IV. ZONIFICACIÓN.– V. RESERVA ECOLÓGICA COSTANERA SUR.– VI. RESERVA ECOLÓGICA COSTANERA NORTE.

RESUMEN: El tema a tratar se refiere a la conquista por parte de la naturaleza de espacios degradados por la propia mano del hombre y la consecuente lucha de los intereses económicos, financieros, estatales y de la construcción, para volver a degradar aquello que la naturaleza ha repuesto en su estado natural.

Palabras clave: espacios verdes; código de planeamiento urbano; reservas ecológicas; regulaciones específicas y diferenciadas

ABSTRACT: This study intends to analyze the distribution or zoning of green spaces and the regulation of their use and domain from the Urban Planning Code, within the Autonomous City of Buenos Aires (Federal Capital of the Argentine Republic) (C.A.B.A.). The study explains that such zoning comprises two zones: a) the Costanera Sur Ecological Reserve and b) the Costanera Norte Ecological Reserve, the first corresponding to the public domain of the National University of Buenos Aires, for which the specific regulations that regulate it must originate of an inter-administrative agreement between the Government of the C.A.B.A. and the aforementioned University, and the second zone, to the Government of the C.A.B.A., for which its regulation is competence of the local legislature. The regulations become essential so that economic, financial, State and construction interests do not degrade green spaces.

Key words: green spaces; urban planning code; ecological reserves; specific and differential regulations.

I. LOS ESPACIOS VERDES EN LOS CONGLOMERADOS URBANOS

Las grandes ciudades carecen de espacios verdes suficientes.

Entendemos por espacios verdes aquellos lugares donde sin estar dedicados a vivienda o a la prestación de un servicio público son áreas llamadas «verdes» dedicadas al ocio y esparcimiento de la población.

A ello cabe agregar que ante la contaminación visual, sonora, del aire, del suelo, del agua y en general del hábitat necesario para el desarrollo humano, los espacios verdes son indispensables dentro de las ciudades; situaciones que deben ser reguladas por los códigos de planeamiento urbano.

II. CÓDIGO DE PLANEAMIENTO URBANO

El mismo regula aspectos relativos a las habilitaciones, la organización del tejido edilicio y la distribución del suelo de la Ciudad de Bs. As.

III. ZONIFICACIÓN

El código de Planeamiento urbano zonifica en distritos y los delimita definiendo al distrito Área de Reserva Ecológica —ARE— y la define como AREA, que por su carácter ambiental, su configuración física y su dinámica evolutiva da lugar a la conformación de ambientes naturales donde las distintas especies de su flora y fauna pueden mantenerse a perpetuidad o incluso aumentar su densidad, ya que mediante el mantenimiento de las condiciones naturales o con el aporte de un manejo científico.

IV. ZONIFICACIÓN

La zonificación determina las normas específicas y los usos permitidos y prohibidos, su delimitación y demás características particulares dentro de la C.A.B.A., hay dos zonas afectadas a esta zonificación:

Así se explicita:

A) DISTRITO ÁREA RESERVA ECOLÓGICA – ÁREA 1) Carácter: Corresponden a zonas que dan lugar a la conformación de ambientes naturales donde las distintas especies de flora y fauna autóctonas puedan mantenerse a perpetuidad o aumentar su diversidad. 2) Delimitación: Según Plano de Zonificación. 3) Disposiciones Particulares: El P.E. a través del Consejo de Gestión creado por Ordenanza N° 45.676 (B.M. N° 19.239) o de la autoridad competente, podrá autorizar o disponer la realización de trabajos de infraestructura y equipamiento básico y/o de mantenimiento siempre que no alteren el carácter de

la Reserva. 4) Usos a) Usos permitidos en el área de accesos: Equipamientos básicos como: Casa del cuidador de la Reserva, centro sanitario, baños públicos, estacionamiento de vehículos para el personal afectado a la Reserva y emergencias. Centro de información e interpretación y Sala de Conferencias, Bar, Confeiterías, Vivero de Investigación. b) Usos permitidos en otras áreas: Baños Públicos, Vivero de Investigación, Áreas de Descanso. c) Usos prohibidos: Todos aquellos usos no encuadrados dentro de los especificados en los inc. a) y b). 5) Senderos Públicos: Sólo se admiten circulación peatonal y de bicicletas. Se admitirá la delimitación de senderos de uso permanente y de uso transitorio o alternativo. 6) Integración de Paisaje: El paisaje del distrito es derecho legítimo de los vecinos de la ciudad. Ninguna edificación podrá contrariar la armonía del paisaje, cualquiera sea la expresión arquitectónica que se adopte. 7) Casos Particulares 23 Ver Ley N° 4.950, B.O. N° 4.422, Publ. 23/06/2014 24 Ver Ley N° 4.923, B.O. N° 4.459, Publ. 14/08/2014 25 Ver Ley N° 4.467, B.O. N° 4.094, Publ. 15/02/2013 y Ley N° 4.466, B.O. N° 4.079, Publ. 22/01/2013 Código de Planeamiento Urbano Edición actualizada al 31 de diciembre de 2016 7.1 Sector 13, Reserva Ecológica Ciudad Universitaria – Costanera Norte De acuerdo a la Cláusula Transitoria Segunda de la Ley N° 4.467, B.O. N° 4.094, Publ. 15/02/2013 esta Ley entrará en vigencia una vez firmado el Convenio Especifico entre la Universidad de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. 8) Normas: a) Ley N° 4.466, B.O. N° 4.079, Publ. 22/01/2013 Artículo 1°– Desaféctase del Distrito de Zonificación E4-3 (Equipamiento especial) Ciudad Universitaria del CPU –Ley N° 449– el polígono delimitado al suroeste, por el muro de contención de la Ciudad Universitaria; al sureste, la calle de acceso a la desembocadura del Arroyo Vega, paralela a su margen izquierda, y el Parque de la Memoria; al nor-noreste, la zona actualmente zonificada como Urbanización Parque y al nor-noroeste la desembocadura del Arroyo White y la sede náutica del Club Universitario Buenos Aires. Artículo 2°– Aféctase el polígono descrito en el Art. 1° a Distritos Área de Reserva Ecológica y Urbanización Parque, según el plano que se adjunta como Anexo I.

V. RESERVA ECOLÓGICA COSTANERA SUR

A) Esta reserva no fue creada exprefeso sino que fue primeramente el material de construcción que se fue arrojando al río con la apertura de las autopistas porteñas durante la intendencia del Sr. Cacciatore Osvaldo Andrés —Brigadier de la Fuerza Área Argentina—, Intendente entre los años 1976 y 1982 (Gobierno de Facto).

La idea primigenia era de construir sobre esos terrenos o bien viviendas o bien el polo judicial de la Ciudad de Bs. As.

Los gobiernos pasaron y la naturaleza fue reconquistando los terrenos, ya que el río, el viento, los pájaros y otros elementos hicieron que entre los escombros volvieran a renacer las plantas y hábitat de los animales salvajes.

Frente a esta nueva realidad existió una verdadera batalla entre los emprendimientos inmobiliarios y los movimientos ecologistas que pretendían que ese lugar se transformara en un espacio verde para la ciudad.

En definitiva, la reserva costanera Sur se transformó en una reserva ecológica, que habiendo sido parquizado tiene hoy una extensión de 353 hectáreas representando el 24% de espacios públicos para recreación que tiene la ciudad.

En su espacio existentes 4 lagunas (de las gaviotas, de los coipos, de los patos y de los macaes).

En cuanto a su fauna existen 250 especies de aves, 23 de reptiles, 9 anfibios, 10 mamíferos y 50 de mariposas.

Su flora tiene 245 tipos de vegetales diferentes. La reserva ecológica costanera sur recibe entre 10.000 y 30.000 visitantes en forma gratuita, por fin de semana.

Actividades posibles, se puede caminar trotar, andar en bicicleta, filmar, tomar fotos, etc.

Está prohibido entrar con autos o motos, ingresar con animales, encender fuegos, dañar animales o plantas, bajar de los terraplenes. Arrojar residuos fuera de los cestos.

B) La reserva es monitoreada por cámaras de tv instaladas en una torre de 12 m de altura, que permiten un eficiente control y la rápida convocatoria en caso de auxilio y prevención: guarda parques. Bomberos, servicios médicos.

C) En abril de 2005, la Convención de Humedales la incluyó en su lista de humedales de importancia internacional (más conocido como Sitio Ransa), estatus que promueve la conservación y el uso racional del medio ambiente.

La entrada es gratis y los horarios y días de visitas son de martes a domingos de 8 a 18 hs. Los lunes cerrado y los días de lluvia y subsiguientes también cerrados.

La legislación correspondiente para el mantenimiento de la Costanera Sur es la siguiente:

Ordenanza	<u>41.247/86</u>	28/07/1986 (BM N° 17843)	Declaración de Parque Natural y Zona de Reserva Ecológica a los terrenos ganados al Río de la Plata. Creación de la Comisión para el funcionamiento de la Reserva Costanera Sur
Ordenanza	<u>42.859/88</u>	31/08/1988 (BM N° 18361)	Modificación de la Ordenanza 41.247/86
Ordenanza	<u>43.609/89</u>	27/07/1989 (BM N° 18583)	Creación del distrito Área de Reserva Ecológica en el Área Costanera Sur
Ordenanza	<u>45.676/91</u>	09/03/1992 (BM N° 1923)	Aprobación del Plan de Manejo de la Reserva Ecológica Costanera Sur
Ley	<u>560</u>	08/05/2001 (BO N° 1187)	Modificación de la Ordenanza 45.676/91

Se trata de un bien inmueble, propiedad de la Ciudad de Bs. As, reservado al uso público y sin ningún tipo de concesión en la explotación.

VI. RESERVA ECOLÓGICA COSTANERA NORTE

A) Antecedentes:

- El Decreto 1327/GCBA/00 aprueba el Convenio de Colaboración firmado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y el GCBA el 4 de agosto de 2000, con el objeto de conformar un grupo de trabajo para el desarrollo de programas de acciones y emprendimientos conjuntos en los espacios verdes de los predios situados en la costa de Ciudad Universitaria.

- En este contexto, en el año 2007 la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA, ha tenido una activa participación en la implementación del Parque y en la elaboración del Plan de Manejo en colaboración con representantes de la Facultad de Diseño y Urbanismo de la UBA, el GCBA y diversas ONGs.

- Sin embargo, la Legislatura Porteña el 1 de diciembre de 2011 sancionó la Ley N° 4906 mediante la cual creó la Reserva Ecológica Costanera Norte, en desconocimiento del referido convenio de colaboración, lo que generó que la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA, por medio de la Resolución N° 612/2012 del 9 de abril de 2012, manifieste su disconformidad por la aprobación de dicha norma.

· A raíz, de esta situación el 24 de abril de 2012 se realizó una Audiencia Pública en la Legislatura de la Ciudad, en la que surgió la necesidad de promover la modificación de la referida norma. En efecto, el 13 de diciembre de 2012 se derogó la Ley N° 4906 y se aprobó la Ley N° 4467, que crea la «Reserva Ecológica Ciudad Universitaria-Costanera Norte».

B) Marco jurídico:

— Decreto N° 1.327/00 Aprueba el Proyecto de Convenio a celebrarse con la UBA:

Obligaciones de la UBA:

- Organizar las actividades sujetas a este convenio;
- Intervenir en las ampliaciones de uso público de libre acceso e integrar en recorridos los sectores que la componen;
- Generar experiencias académicas destinadas al uso público de las áreas, que será evaluado por el grupo;
- Proponer un anteproyecto de las mejoras destinadas al área de uso público de libre acceso, que será evaluado por el grupo;
- Implementar acciones tendientes a incentivar el área de extensión cultural.

Obligaciones del GCBA:

- Encargarse del proyecto definitivo y las obras que este involucre;
- Colaborar al sostenimiento y mantenimiento que resulte necesario;
- Colaborar en la realización y sostenimiento de los proyectos a desarrollar;
- Procurar no alterar las actividades académicas que se realicen en la Ciudad Universitaria.

Asimismo, se estableció la elaboración de un cronograma al efecto a los 30 días de su conformidad.

Por último, se estableció que ante cualquier diferencia, las partes se someterán a la jurisdicción de los Tribunales Federales de la Ciudad de Buenos Aires.

— Ley N° 4467 BOCBA N° 4.094 Publ. 15/02/2012: Crea la «Reserva Ecológica Ciudad Universitaria-Costanera Norte».

— Usos: Ley N° 449/00, BOCBA N° 1.044, que aprueba el texto del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad. En el párrafo 5.4.11 «Distrito Área Reserva Ecológica-ARE», son de aplicación a la zona de la Reserva los puntos 4, 5 y 6, los que disponen: (Usos permitidos, Usos prohibidos, Senderos públicos, Integración de paisaje).

— Prohibiciones de usos.

– Plan de Manejo: Se deberá tomar como base el Plan de Manejo elaborado por la UBA en el 2007. (Anexo II de la Ley). Deberá revisarse y actualizarse periódicamente.

– Administración y gestión de la Reserva, será objeto de un Convenio Específico celebrado entre la Universidad de Buenos Aires y el GCBA. La entrada en vigor de la referida norma, quedó sujeta a la fecha de suscripción del mencionado convenio.

– La norma consideró al sector ARE Ciudad Universitaria – Costanera Norte y el sector zonificado UP como una sola unidad de gestión.

– Resolución N° 0266 (29/02/2016) el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA, solicitó al Rector de la UBA reclamar al PE de la Ciudad la firma del Convenio Específico

– Otras normas relacionadas: Ordenanza N° 42.859/88 Crea el equipo de trabajo de la Reserva Ecológica Costanera Sur.

C) Conclusiones:

En virtud de lo expuesto, se puede constatar que en la actualidad, se cuenta con un Convenio Marco con la UBA, el cual determina la Obligaciones general del Gobierno y de la UBA.

Aún no se cuenta con el Convenio Específico de administración y gestión de la Reserva.

D) Convenio Específico:

En primer lugar, considerar que si la norma habla de un convenio específico, de alguna manera se remite al Convenio Marco celebrado en el año 2000, el cual ya realiza una repartición de funciones entre las partes.

Surge del texto legal que el convenio específico deberá determinar los organismos e instituciones encargados de las siguientes:

- Relevar la totalidad de lo existente en el área.
- Revisar e implementar el Plan de Manejo.
- Fijar las normas conducentes a la protección, cuidado, conservación y mejoramiento de la Reserva.
- Gestionar la asignación específica de partidas presupuestarias para financiar dicho Plan.
- Resguardar los ambientes de la Reserva.
- Proponer la estructura administrativa acorde a los requerimientos del Plan de Manejo.
- Administrar los recursos humanos y materiales para el cumplimiento del Plan de Manejo.

- Proveer lo necesario para el mantenimiento, vigilancia, control y fiscalización de la Reserva.
- Difundir información de la Reserva, acerca de los servicios ambientales que provee, sus características y valores.
- Generar iniciativas de Educación Ambiental.
- Implementar sistemas de prevención, alerta y combate de incendio de bosques y pastizales, manteniendo expedito el puente de seguridad que conecta la rambla de la Ciudad Universitaria con la península.
- Promover la participación ciudadana respecto a iniciativas relativas al área.
- Remitir anualmente a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires un pormenorizado informe de todas las actuaciones.

A su vez, esta Agencia de Protección Ambiental sugiere:

- Conformar un nuevo grupo de trabajo o Comisión en consonancia con la nueva estructura del GCBA. (Por ejemplo, APRA por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y quien designe la UBA en su caso, etc.).
- Darle un reglamento a dicha Comisión (distribución de funciones, periodicidad de reuniones, votación, toma de decisiones, presidencia, etc.).
- Elaborar un cronograma de trabajo a los fines de revisar y actualizar el antiguo Plan de Manejo.
- Plantear objetivos claros de la Reserva Ecológica. (Educación Ambiental, proyectos ambientales, usos académicos, científicos, de extensión universitaria, investigación, esparcimiento, etc.).
- Considerar instancias de Participación ciudadana.

E) Legislación aplicable Ley 4004.

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2012.-

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley.

Artículo 1º.- Desaféctase del Distrito de Zonificación E4 14 «Parque Deportivo Pte. Julio A. Roca» del Código de Planeamiento Urbano (Ley 449), a la fracción delimitada por las Avenidas Escalada, 27 de Febrero, margen sur del Arroyo Cildañez y caminos internos según plano que forma parte de la presente como ANEXO I.

Artículo 2º.- Aféctase a Distrito Urbanización Parque del Código de Planeamiento Urbano a la fracción delimitada en el Artículo 1º de la presente.

Artículo 3º.- Encomiéndase al Poder Ejecutivo a realizar las mensuras y las modificaciones de la Planchetas 28 y 32 del Código de Planeamiento Urbano.

Artículo 4°.- Prohíbese alterar la costa del Lago Lugano por obras o acciones humanas que degraden su condición.

Artículo 5°.- Prohíbese alterar los sectores de pastizales y arbustos existentes en el polígono delimitado en el Artículo 1° —según plano adjunto como ANEXO I —, que deberán ser relevados previamente a su apertura al uso público.

Artículo 6°.- Exceptúase de la prohibición establecida en los Arts. 4° y 5° de la presente, a las acciones necesarias para el eventual funcionamiento del lago como regulador hidráulico.

Artículo 7°.- Los visitantes tienen derecho al acceso libre y gratuito, respetando y no alterando la flora y fauna existente.

Artículo 8°.- La Autoridad de Aplicación, establecerá las tareas a desarrollar en el Distrito creado, las que deberán comprender al menos las siguientes:

- a. Inventariar y monitorear los recursos existentes en el área.
- b. Elaborar e implementar un Plan de Manejo que fije las normas conducentes a la protección, cuidado, conservación y mejoramiento del lugar.
- c. Proveer lo necesario para el mantenimiento, vigilancia, control y fiscalización del parque.
- d. Implementar sistemas de prevención y combate de incendio de bosques y pastizales.
- e. Impulsar actividades en las áreas educativa y ambiental.

Artículo 9°.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente, dentro de un plazo no mayor a los ciento veinte (120) días de publicada.

Artículo 10.- Comuníquese, etc.

CRISTIAN RITONDO

CARLOS PÉREZ

LEY N° 4.400

Sanción: 29/11/2012

Promulgación: De Hecho del 02/01/2013

Publicación: BOCBA N° 4077 del 18/01/2013

Nota: El Anexo de la presente Ley fue publicado en la Separata del BOCBA N° 4077 del 18/01/2013.

Que como surge de la legislación antes transcrita, aquí la situación respecto de la reserva de Costanera Sur es diferente, desde que la propiedad no corresponde a la Ciudad de Bs. As, sino que son bienes del dominio público de la Universidad Nacional de Buenos Aires, ente autárquico del Estado Nacional.

De tal forma la concreción de esta reserva natural solo puede hacerse a través de un convenio interadministrativo entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Universidad Nacional.

Resulta evidente que éste es otro de los problemas que se presenta en estados federales, cuando lo decidido o por decidir no puede sino resultar del acuerdo de dos jurisdicciones diferentes.

Conclusión:

Los temas arriba debatidos hacen necesario que quien se dedique al dominio de los bienes públicos en su aspecto ambiental debe estar siempre atento, porque por encima del bien máximo que es el mantenimiento del equilibrio ecológica y la sobrevivencia de la humanidad existirá siempre el cortoplacismo de obtener una ganancia cubriendo de cemento nuestro planeta.

F) Legislación aplicable ley 4467.

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley Reserva Ecológica Ciudad Universitaria —Costanera Norte

Artículo 1º.— Creación. Créase la Reserva Ecológica Ciudad Universitaria —Costanera Norte en el polígono delimitado según plano que se adjunta en el Anexo I, cuyos límites son: al suroeste, el muro de contención de la Ciudad Universitaria; al sureste, el muro de gaviones que contienen el espejo de agua; al noroeste, el área zonificada como Urbanización Parque; y al nor-noroeste la desembocadura del Arroyo White.

Artículo 2º.— Usos. A los fines de la presente son de aplicación las normas específicas de distrito, establecidas en los puntos 4, 5 y 6 del parágrafo 5.4.11 de la Ley 449.

Artículo 3º.— Prohibición de alterar. Prohíbese alterar la Reserva Ecológica Ciudad Universitaria —Costanera Norte por impermeabilización de su superficie o con excavaciones, rellenos, desmontes o por cualquier otra obra o acción humana que degrade la biodiversidad de la zona, de acuerdo con lo establecido en el Plan de Manejo. Exceptúese de esta prohibición, a la instalación de los usos permitidos según lo dispuesto en el Artículo 2º.

Artículo 4º.— Plan de Manejo. El Plan de Manejo de la Reserva Ecológica Ciudad Universitaria .deberá tomar como base el Plan elaborado el año 2007 por la UBA, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y diversas Organizaciones No Gubernamentales, que es adjunta como Anexo II. Será revisado y actualizado periódicamente teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

a. Medidas para el mantenimiento de equilibrio ambiental de sus ecosistemas, la protección de su flora y su fauna, y la preservación del patrimonio natural, paisajístico, cultural de las distintas áreas.

b. Monitoreo de los distintos ambientes.

c. Planificación de la vigilancia, las contingencias y la prevención de siniestros.

d. Acciones, actividades permitidas y restricciones en las diferentes zonas, para el mejor disfrute del área.

e. Consideraciones sobre la reforestación con especies autóctonas de las zonas desmontadas por la ejecución de proyectos anteriores.

Artículo 5°.- Administración: La administración y la gestión de la Reserva Ecológica Ciudad Universitaria –Costanera Norte serán objeto de un Convenio Específico a celebrarse entre la Universidad de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Artículo 6°.- Funciones: El convenio específico a celebrarse entre la Universidad de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resolverá los organismos e instituciones encargados de:

a. Relevar la totalidad de lo existente en el área.

b. Revisar e implementar el Plan de Manejo.

c. Fijar las normas conducentes a la protección, cuidado, conservación y mejoramiento de la Reserva.

d. Gestionar la asignación específica de partidas presupuestarias para financiar dicho Plan.

e. Resguardar los ambientes de la Reserva.

f. Proponer la estructura administrativa acorde a los requerimientos del Plan de Manejo.

g. Administrar los recursos humanos y materiales para el cumplimiento del Plan de Manejo.

h. Proveer lo necesario para el mantenimiento, vigilancia, control y fiscalización de la Reserva.

i. Difundir información de la Reserva, acerca de los servicios ambientales que provee, sus características y valores.

j. Generar iniciativas de Educación Ambiental.

k. Implementar sistemas de prevención, alerta y combate de incendio de bosques y pastizales, manteniendo expedito el puente de seguridad que conecta la rambla de la Ciudad Universitaria con la península.

l. Promover la participación ciudadana respecto a iniciativas relativas al área.

m. Remitir anualmente a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires un pormenorizado informe de todas las actuaciones.

Artículo 7°.- Unidad de gestión: En atención a los convenios celebrados precedentemente entre la Universidad de Buenos Aires y el Gobierno de la

Ciudad de Buenos Aires con relación a la creación del Parque Natural Ciudad Universitaria, se considerará al Área Reserva Ecológica Ciudad Universitaria –Costanera Norte y al sector zonificado como Urbanización Parque, como una sola unidad de Gestión.

Artículo 8º.– El Poder Ejecutivo convocará a la Universidad de Buenos Aires en el término de noventa (90) días corridos a partir de su publicación, a los efectos de dar cumplimiento a los artículos 5º y 6º de la presente.

Artículo 9º.– Los gastos que demande la presente serán imputados a la partida presupuestaria correspondiente.

Artículo 10.– Deróguese la Ley 4096 (B.O. N° 3856)

Cláusula Transitoria Primera.– El Poder Ejecutivo hará la mensura y confeccionará los planos correspondientes al área mencionada en el Artículo 1º de la presente.

Cláusula Transitoria Segunda.– La presente Ley entrará en vigencia una vez firmado el Convenio Específico entre la Universidad de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Artículo 11.– Comuníquese, etc.

CRISTIAN RITONDO

CARLOS PÉREZ

Sanción: 13/12/2012

Promulgación: De hecho del 16/01/2013

Publicación: BOCBA N° 4094 del 15/02/2013.

REGIME JURÍDICO DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO NATURAL NO BRASIL (*)

ANDRÉ SADDY &
PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO.– II. EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DO PATRIMÔNIO NATURAL EM ÂMBITO FEDERAL.– III. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.– IV. CONCEPÇÃO DE PATRIMÔNIO NATURAL NO BRASIL: 1. Patrimônio natural como monumento. 2. Patrimônio natural como práticas sociais.– V. REGIME GERAL DE PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS NATURAIS E INCIDÊNCIA SOBRE OS BENS PÚBLICOS E PRIVADOS: 1 Tombamento. 2 Unidades de Conservação. 3 Área de Preservação Permanente. 4 Área de Reserva Legal.– VI. REPRESENTAÇÃO DO PATRIMÔNIO NATURAL BRASILEIRO DENTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL.– VII. CONCLUSÕES.– VIII. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo propõe apresentar de forma breve e panorâmica a proteção do chamado patrimônio natural no Brasil. Esta categoria traduz-se num conceito amplo, capaz de abranger diferentes institutos jurídicos a exemplo das Áreas Tombadas, das Unidades de Conservação, das Áreas de Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente. Além da descrição dos aludidos instrumentos e institutos, buscou-se trazer dados relacionados à extensão territorial brasileira atualmente protegida.

Palavras-chave: Patrimônio natural; evolução; distribuição de competência; concepção; proteção jurídica ambiental.

ABSTRACT: *This article proposes to present in a brief and panoramic way the protection of the natural patrimony in Brazil. This category translates into a broad concept, capable of encompassing different legal institutes such as «tombamento», Conservation Units, Legal Reserve Areas and Permanent Preservation Areas. In addition to the description of the mentioned instruments and institutes, it was sought to bring data related to the Brazilian territorial extension currently protected.*

Key words: *Natural patrimony; evolution; distribution of competence; conception; environmental protection.*

(*) Agradecemos a colaboração com a pesquisa das alunas Stefanie de Souza Pedroso <stefaniepedroso@id.uff.br> e Juliana Peretti <juliana.peretti@hotmail.com>.

I. INTRODUÇÃO

A magnitude do espaço territorial brasileiro proporciona e favorece a existência de inúmeras paisagens que possuem alto valor estético, científico, cultural, entre outros.

Hodiernamente, o meio ambiente é assunto estratégico para o mundo e, por tal motivo, vem em geral sendo mais valorizado a cada ano. A Constituição da República Federal do Brasil (CRFB) de 1988 foi a primeira a reconhecer essa importância ao dedicar um capítulo específico ao meio ambiente. Avanço esse que abriu caminho para legislações específicas sobre o tema, mas ainda incipientes no que diz respeito ao patrimônio natural. Além deste capítulo, diversos outros dispositivos cuidam da matéria ao longo do texto.

Planalto entremeado por gigantescos monólitos, rios grandiosos, lagos imponentes, praias paradisíacas, picos, canyons, vales abundantes, colinas, gargantas, furnas, grutas e cavernas incontáveis, quedas d'águas esplêndidas, pantanal, astroblemas, abismo e abóbadas. São esses exemplos de muitos dos cenários grandiosos existentes no território brasileiro.

Com a edição da CRFB e a evolução da legislação ambiental, a proteção conferida aos espaços naturais passou a não ser mais contida dentro dos critérios estabelecidos no conceito restrito de patrimônio natural. Nesse sentido, a expressão Espaços Territoriais Especialmente Protegidos traduz, igualmente no seu sentido amplo, toda uma gama de institutos jurídicos capazes de tutelar espaços com características naturais consideradas importantes para o equilíbrio do ambiente (por sua vez, conceito que não se esgota no meio natural, incluindo também os espaços urbanos, laborais e o patrimônio cultural).

Assim, pode-se falar num patrimônio natural para designar a proteção de espaços com características naturais pela legislação que cuida do tombamento, pelo sistema de Unidades de Conservação ou ainda pelos institutos da legislação florestal tais como as Áreas de Preservação Permanente e as Áreas de Reserva Legal Florestal. Esse conceito permite reunir institutos e normas centrais para a proteção de aspectos do chamado meio ambiente natural, possibilitando a organização de um panorama do ordenamento jurídico sobre o tema, especialmente para os juristas de outros países, por vezes perplexos pela abundância de textos legais existentes.

Cuidar de todo o patrimônio natural existente no Brasil é uma responsabilidade que a CRFB atribuiu não só ao poder público, mas também a cada brasileiro. O presente texto visa apresentar inicialmente a evolução do regime jurídico do patrimônio natural em âmbito federal, para depois, analisar como está a distribuição de competência e organização administrativa na CRFB no que diz respeito ao tema, para só então, entrar na concepção

de patrimônio natural no Brasil. Por fim, o texto analisará o regime geral de proteção dos espaços naturais, focando nos mais variados mecanismos para que o patrimônio natural nacional seja preservado, terminando com representações gráficas da extensão territorial, porcentagens dessas em relação a área Brasil e sobreposição dos diversos patrimônios naturais brasileiros dentro do território nacional.

II. EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DO PATRIMÔNIO NATURAL EM ÂMBITO FEDERAL

A República Federativa do Brasil vem demonstrando uma preocupação com a proteção dos bens culturais e naturais desde a Constituição de 1934, onde pela primeira vez apareceu definido o dever do Estado para com a proteção desses bens.

O art. 10, inc. III, estabelecia que competia concorrentemente à União e aos Estados *«proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte»*. Além disso, constava dispositivo para a proteção do patrimônio ao determinar que o direito de propriedade não poderia ser exercido *«contra o interesse social ou coletivo»* (art. 113, item 17).

No mesmo ano de 1934, foi editado o primeiro Código Florestal (Decreto nº 23.793, de 23 de Janeiro de 1934). Esse diploma reconhecia as florestas nacionais como bens de interesse comum (art. 1º) e estabelecia três categorias principais: (i) as florestas protetoras de processos ecológicos, espécies raras de fauna e flora silvestres; (ii) as remanescentes, formassem parques nacionais, estaduais ou municipais ou, ainda, pequenos parques ou bosques de uso público; (iii) de rendimento, destinada à exploração de espécies e essenciais vegetais.

Conforme o art. 9º, *«os parques nacionaes, estaduais ou municipaes, constituem monumentos publicos naturaes, que perpetuam em sua composição florística primitiva, trechos do paiz, que, por circunstancias peculiares, o merecem»*. Pode-se interpretar este dispositivo e chegar a conclusão de que a tutela dos monumentos naturais estaria abrangida dentro de uma tutela mais ampla dos espaços naturais, ou que tenham aspectos do chamado patrimônio natural. Isso porque os parques se enquadravam como florestas remanescentes, dentro da sistemática estabelecida pelo Código Florestal de 1934 para a proteção das florestas.

Pouco aplicado e muito criticado por sua complexidade, o Código Florestal de 1934 foi substituído por um segundo Código (Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965). Este teve maior efetividade, sobretudo após a Consti-

tuição de 1988. Contudo, foi revogada em 2012 pela Lei n° 12.651, de 25 de maio de 2012 (1).

Foi, porém, numa Constituição criada numa conjuntura política caracterizada pelo autoritarismo da era Vargas, a Constituição de 1937, que houve pela primeira vez o uso do termo «*monumento natural*», *in verbis*:

Art 134 — Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Percebe-se que houve uma alteração do termo «*belezas naturais*» por «*monumentos naturais*» e por «*paisagens ou lugares dotados pela natureza*». Pode-se dizer, dessa forma, que a ideia de patrimônio natural nasceu, no Brasil, sob a designação de monumento naturais.

Nesse mesmo ano, 1937, foi editada a primeira legislação federal específica sobre a proteção do patrimônio, o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro, vigente e aplicado até a presente data. Essa normativa elevou os monumentos naturais, sítios e paisagens de feição notável dotada pela natureza à qualidade de patrimônio nacional, veja o que dispõe o art. 1.º:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[...]

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os *monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pelo indústria humana* (grifo nosso).

Nas Constituições seguintes, de 1946 e de 1967/1969, apesar de ser mantida a proteção do Estado para o patrimônio, houve uma redução no seu escopo. O art. 175, da Constituição de 1946, por exemplo, estabelece que «*as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público*», já o art. 172, parágrafo único, da Constituição de 1967/1969, estabelecia que ficava «*sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico*

(1) Sobre o atual Código Florestal, vide: AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19 a 59.

ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas».

Em paralelo, no plano internacional, o Conselho Educacional, Científico e Cultural das Nações Unidas (UNESCO), adotava em 1972 Convenção Quadro sobre Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, aprovada no Brasil pelo Decreto legislativo n.º 74, de 30 de junho de 1977. Esta convenção criava um sistema complexo de cooperação internacional que ainda hoje existe e inclui ações de capacitação e auxílios financeiros, dentre outras possibilidades.

Ao comentar esta Convenção, Jean PIERRE BEURRIER e Alexandre KISS (2), destacam que:

La Convention de L'UNESCO précise que l'obligation d'assurer l'identification; la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel relevant de la convention, incombe em premier chef à l'état sur le territoire duquel se trouvent des éléments du patrimoine mondial. Ainsi, une distinction est faite entre d'une part la non-appropriation, d'autre part le devoir de conservation et de transmission : des éléments du patrimoine mondial se trouvent normalement sous la souveraineté d'états — comme des parcs nationaux — ou même dans la propriété de personnes privées — comme des cha-teaux — mais ils doivent être sauvegardés en tant qu'héritage de l'humanité.

Nos termos da Convenção, os Estados signatários se comprometem a proteger os bens por eles reconhecidos e incluídos na Lista do Patrimônio Mundial da Unesco, sendo proibidas ações contrárias ao interesse da humanidade (o que inclui as gerações futuras). Conforme documento específico sobre essa temática (3):

[...] a inclusão de um bem natural na Lista do Patrimônio Mundial é feita com base em uma declaração de que se trata de um lugar especial de Valor Universal Excepcional. Esse status atribui ao país e àqueles diretamente responsáveis pelo bem a obrigação de gerir e conservar o sítio de acordo com os mais altos padrões.

De forma relativamente célere (em comparação com outros acordos internacionais) dita Convenção foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n.º 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Deve-se frisar que, ademais de determinar o estabelecimento de uma legislação interna sobre a proteção do patrimônio cultural e natural, a citada Convenção igualmente determina que sejam criadas estruturas administrativas responsáveis por identificar e gerir os bens incluídos no Patrimônio Nacional.

(2) BEURRIER, Jean Pierre; KISS, Alexandre. *Droit International de L'Environnement*. Paris: Editions A. Pedone, 2004, p. 148.

(3) UNESCO. *Gestão do Patrimônio Mundial natural*. Brasília: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016, p. 8.

O patrimônio mundial natural reúne áreas de importância preservacionista e histórica. São áreas que transmitem a importância do ambiente natural para que possamos lembrar do passado, de onde viemos, o que estamos fazendo com o ambiente e para onde vamos. Fazem parte do patrimônio natural formações geológicas e regiões que constituem habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação.

No Brasil, existem sete monumentos, sítios e paisagens consideradas como patrimônio mundial natural, são elas: (i) Parque Nacional do Iguaçu; (ii) Costa do Descobrimento Reservas de Mata Atlântica; (iii) Mata Atlântica Reservas do Sudeste; (iv) Área de Conservação do Pantanal; (v) Complexo de Conservação da Amazônia Central; (vi) Ilhas Atlânticas Brasileiras: Fernando de Noronha e Atol das Rocas; e (vii) Área de Proteção do Cerrado: Parques Nacionais Chapada dos Veadeiros e Emas. O IPHAN e o Portal Brasil, identificam as áreas de cada um desses bens. Perfazer-se os sete bens em conjunto um total de 71.546,50 km², o que representa 0.84% do território nacional (4).

Com o advento da democracia e da Constituição de 1988 houve novamente um reforço a proteção do patrimônio natural, quando se estabeleceu que constitui «*patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem*», entre outros, «*conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*» (art. 216, inc. V, da CRFB).

Além disso, a Constituição de 1988 separou um capítulo próprio para a proteção do Meio Ambiente estabelecendo que «*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*» (art. 225).

Agora, tal foi a primeira Constituição a prever como patrimônio nacional cinco ecossistemas, sendo eles: a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (art. 225, §4º) (5).

(4) Cabe destacar que embora se trate de um instrumento internacional, exige-se nos termos da Convenção da Unesco de 1972 que os bens ou espaços considerados como patrimônio natural mundial sejam identificados e protegidos com base na legislação nacional existente. Essa legislação será vista em detalhes na sequência deste trabalho.

(5) O constituinte originário considerou apenas os cinco biomas mencionados, no entanto há alguns Projeto de Emenda Constitucional que tentam ampliar tal escopo. O Senado, por exemplo, já aprovou a PEC nº 51, de 2003, ora tramitando na Câmara dos Deputados

São cinco biomas de importância ecológica ímpar para o Brasil e, por consequência, incumbe ao poder público e à coletividade o dever de assegurar o uso racional e sustentável de seus recursos naturais, inclusive no tocante a biodiversidade, de modo que as futuras gerações possam também fruir das riquezas desses ecossistemas. Segundo dita disposição, sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Juntos, esses biomas perfazem um total de 6.097.480 km², o que representa 71.98% do território nacional.

Buscando a melhor interpretação acerca do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do tema em, ao menos, duas oportunidades. A primeira foi no MS 22.164/SP, onde esclareceu que o dispositivo em questão não impediria ações de expropriação para fins de reforma agrária (6):

[...] a norma inscrita no art. 225, parágrafo 4º, da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico a efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal mato-grossense. A própria constituição da república, ao impor ao poder público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (cf, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da lei fundamental.

Já a segunda oportunidade, foi no RE 134.297, onde foram esclarecidas algumas questões conceituais sobre o alcance do parágrafo 4º do artigo 225. Na ocasião, decidiu-se que (7):

na forma da PEC n° 504, de 2010, com o objetivo de inserir o Cerrado e a Caatinga no conjunto de ecossistemas definidos como patrimônio nacional pelo § 4º do art. 225 da CRFB. A matéria, com parecer favorável, está na pauta do Plenário daquela Casa legislativa. Além dessa PEC, tem-se a PEC n.º 53, de 2009, que pretendeu incluir não só o Cerrado e a Caatinga, mas também a Mata dos Cocais e os Campos Sulinos. Houve, ainda, quem desejasse incluir ao longo da tramitação dessa PEC o Lavrado. No entanto, tal projeto teve voto contrário na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sendo em seguida arquivada.

(6) BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança 22.164/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Pleno. Julgado em 30/10/1995.

(7) BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 134.297/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 13/06/1995.

[...] além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental.

Ao mesmo tempo, a CRFB incumbiu todos os entes de criar em seus territórios «*espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*» (art. 225, § 1º, III). Vale destacar que (8):

Esses espaços são fundamentais, especialmente para: garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais, garantindo o manejo ecológico de ecossistemas e espécies; preservar nossa biodiversidade, de modo a evitar que espécies da fauna e da flora entrem em risco de extinção; favorecer modos de vida considerados tradicionais adotados por populações cuja interação com o ambiente nesses espaços favorece todos os aspectos antecedentes.

Num sentido mais amplo, adotado por EDIS MILARÉ (9), os Espaços Territoriais Especialmente protegidos abrangem três institutos: as Unidades de Conservação, as Áreas de Preservação Permanente e as Áreas de Reserva Legal Florestal. Neste artigo, ao emprega-se a expressão patrimônio natural, incluindo, além dos mencionados institutos, a proteção dos monumentos naturais e áreas de rara beleza estética a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais relativas ao patrimônio cultural nacional.

De todo exposto, percebe-se que além de instrumentos supranacionais e da CRFB, o principal instrumento legal, em âmbito federal, para proteger patrimônio natural é o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que trata de tombamento, até hoje em vigor. Só que não é ele o único instrumento surgido na década de 1930 que visou proteger a natureza no Brasil. Pode-se citar, como exemplo, o Código de Águas, o Código de Minas, o Decreto de Proteção aos Animais e o Código Florestal. Dessa década até o início da década de 1980, quando foi sancionada a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, nenhuma normativa existiu referente ao patrimônio natural. Essa última, no entanto, trouxe dispositivos legais específicos para a preservação do patrimônio natural, muitos

(8) AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios. In: GARCIA, José E. Soriano; SADDY, André; LAVERDE, Sandra M. O.; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 138.

(9) MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

dos quais ainda mais protetores do que aqueles do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937.

Além disso, a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, chega a definir penas e a estabelecer valores para multas, bem como outras condições para reparação de danos causados ao patrimônio cultural (art. 62), podendo-se entender que tal se aplica, também, ao patrimônio natural.

Tem-se, também, a Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e estabelece unidades de proteção integral que possuem o objetivo básico de preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais e unidades de uso sustentável que tem o objetivo básico das de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais.

Por fim, mais recentemente, como já mencionado, foi instituído o Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012) que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.

III. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Há, no Brasil, um ordenamento jurídico ambiental (10) composto por uma série de leis onde a mais importante é a própria CRFB, à medida que consolida os princípios fundamentais do meio ambiente. Além disso, a CRFB estabelece a competência legislativa e material/administrativa dos entes da federação.

A competência legislativa, aquela prerrogativa de inovar o ordenamento jurídico, em regra, é estabelecida por meio de critérios de ponderação de interesses. Assim, se um interesse é afeto a todo o país a competência será da União, se regional, será dos Estados e, se local, será dos Municípios.

Conforme se infere do art. 24, incs. VI, VIII e XVI c/c art. 30, incs. I e II, ambos da CRFB, a competência legislativa para tratar de matéria ambiental é concorrente entre todos os entes federativos.

(10) Segundo Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95): «Com tudo isso, a verdade é que hoje nos encontramos envolvidos num emaranhado de leis que regulam a proteção do meio ambiente. E são justamente elas que permitem que reconheçamos a existência de um verdadeiro ordenamento jurídico ambiental, formado pelo conjunto de regras e princípios que regulam a proteção imediata do equilíbrio ecológico».

Adotou-se o critério de verticalização, ou seja, a União tem competência para fixar as normas gerais e os Estados e os Municípios têm competência para fixar normas suplementares de acordo com sua especificidade. É importante ressaltar que se a União não fixar as normas gerais, poderão os Estados fixar as normas ao seu ver necessárias até sobrevir norma federal, tendo as normas contrárias sua eficácia suspensa. No mais, as normas ditas suplementares deverão obedecer às diretrizes traçadas pelas normas gerais, do contrário, não serão elas consideradas válidas.

Já no que diz respeito a competência material/administrativa, relacionada à atividade prestacional, estimulativa e limitatória ou ordenatória, é cumulativa ou paralela entre todos os entes federativos.

De acordo com o art. 23, incs. VI e VII da CRFB, a competência material/administrativa em âmbito ambiental é comum de todos os entes.

Neste aspecto, adotou-se o critério de horizontalidade. Isso quer dizer, que a competência material/administrativa persiste mesmo que o ente não tenha competência para legislar sobre o tema. No caso, o exercício de dita competência não exclui a competência do outro ente federativo. Além disso, abstratamente, poderia ela ser exercida cumulativamente, visando conferir uma maior eficácia do cumprimento das normas ambientais. A intensão do constituinte da atuação comum de todos os entes federativos foi estabelecer uma cooperação para que a tutela ambiental não fosse ineficiente.

Conforme Pedro CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL (11):

De um lado, o fato de a Constituição atribuir a todos os entes o dever de controlar a poluição e proteger o meio ambiente se mostra vantajoso na medida em que, havendo omissão de uma esfera (ex. Município), os demais entes poderão atuar, não deixando descoberto o interesse em questão.

Nenhum dos entes federados pode renunciar à sua atribuição constitucional.

[...]

De outro, essa mesma múltipla atribuição não raras vezes gerava (e ainda o faz) situações nas quais o conjunto de entes não deseja agir, procurando justificar sua omissão com argumento de que seria o caso de atuação de outra(s) esfera(s). Outras vezes o conflito é inverso: todos os entes querem atuar, sendo o exemplo mais claro a aplicação de multas quando de um «acidente» ou incidente lesivo ao meio ambiente. Nesses casos, o que se percebe é uma sobreposição de esforços, com decisões múltiplas e diferentes do Poder Público, que traduz não apenas uma insegurança jurídica por parte dos empreendedores, mas também uma atuação morosa, custosa e ineficiente do Estado.

(11) AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios. In: GARCIA, José E. Soriano; SADDY, André; LAVERDE, Sandra M. O.; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 169-170.

O Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama) é a estrutura adotada para a gestão ambiental no Brasil, e é formado pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios responsáveis pela proteção, melhoria e recuperação da qualidade ambiental no Brasil. Além do Conselho de Governo, como órgão superior, do Conama, como órgão consultivo e deliberativo e do Ministério do Meio Ambiente, como órgão central, tem-se em âmbito federal como órgãos executores das políticas definidas pelos órgãos anteriormente citados, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Fora esses órgãos, no que se refere ao patrimônio natural, tem-se também o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Todos e cada qual com suas competências definidas em leis específicas.

IV. CONCEPÇÃO DE PATRIMÔNIO NATURAL NO BRASIL

A ideia de patrimônio natural, segundo SIMONE SCIFONI (12), possui ao menos dois sentidos. No plano internacional, firmou-se como expressão de grandiosidade e beleza, além de uma preocupação estática, uma vez que pressupõe intocabilidade, é dizer, natureza quase sempre poupada da intervenção humana disponível apenas para a fruição visual. Já no Brasil, o patrimônio natural também é visto como uma conquista da sociedade, como uma noção ligada às práticas sociais e à memória coletiva, as histórias de vida, a natureza como componente das práticas sócio-espaciais (13).

Para o J. R. S GONÇALVES (14), esses dois sentidos compreendem o princípio da «*monumentalidade*» e do «*cotidiano*», respectivamente. Enquanto o primeiro é hegemônico no plano das políticas públicas no Brasil, o discurso do cotidiano, embora muito presente no debate conceitual, não tem a mesma projeção do ponto de vista das práticas institucionais.

(12) SCIFONI, Simone. *A Construção do Patrimônio Natural*. São Paulo: FFLCH, 2008, p. 17 e ss.

(13) GONÇALVES, J. R. S. Monumentalidade e cotidiano: os patrimônios culturais como gênero de discurso. In: OLIVEIRA, L (Org.). *Cidade: história e desafios*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 108-123. Apud: SCIFONI, Simone. *A Construção do Patrimônio Natural*. São Paulo: FFLCH, 2008, p. 28.

(14) GONÇALVES, J. R. S. Monumentalidade e cotidiano: os patrimônios culturais como gênero de discurso. In: OLIVEIRA, L (Org.). *Cidade: história e desafios*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 108-123. Apud: SCIFONI, Simone. *A Construção do Patrimônio Natural*. São Paulo: FFLCH, 2008, p. 28.

1. Patrimônio natural como monumento

A ideia de monumentalidade sempre esteve presente na concepção de patrimônio cultural e, por consequência, também do patrimônio natural. A princípio os monumentos destinavam-se a avivar ou recordar, acontecimentos, ritos, crenças, entre outros. Tinha-se uma função memorial. Com o tempo, a ideia de monumento passou a ganhar um caráter estético. Beleza, poder e grandiosidade passaram a ser a principal expressão da ideia de monumento. Com o passar o tempo, o aspecto histórico passou a ser importante ao analisar a ideia de patrimônio. Até que hoje, a ideia de monumento ganhou uma nova adjetivação, o natural, inserido dentro do universo das questões culturais (15).

Essa nova visão aparece no momento em que a noção de monumento natural é oficializada por meio da Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países de América, estabelecida em 1940, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 3, de 13 de fevereiro de 1948, que entrou em vigor, para o Brasil, no dia 26 de novembro de 1965 e foi promulgado por meio do Decreto n.º 58.054, de 23 de março de 1966, que estabeleceu como Monumentos Naturais:

As regiões, os objetos, ou as espécies vivas de animais ou plantas, de interesse estético ou valor histórico ou científico, aos quais é dada proteção absoluta, como fim de conservar um objeto específico ou uma espécie determinada de flora ou fauna, declarando uma região, um objeto, ou uma espécie isolada, monumento natural inviolável, exceto para a realização de investigações científicas devidamente autorizadas, ou inspeções oficiais (art. 1º, III).

Percebe-se que pela definição acima é bastante abrangente, abordando desde um território delimitado até uma espécie viva, animal ou vegetal. Essa definição, parece-nos pouco técnica e de difícil aplicação, pois confunde a tutela de espaços naturais com a de espécies vivas de animais e plantas.

Foi nessa perspectiva de monumento que a noção de patrimônio natural foi formulada e consagrada internacionalmente. Basta, para tanto visualizar a Convenção Quadro sobre Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, da UNESCO, que estabelece (16):

(15) CHOAY, F. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Estação Liberdade, 2001, tradução de Luciano Vieira Machado, p. 20.

(16) Vale mencionar que em 1994 essa Convenção foi revista e o monumento natural recebeu uma conceituação que lhe garantiu um caráter mais circunscrito que o anterior, sendo definido como «área que contém uma ou mais características naturais/culturais específicas de valor relevante ou excepcional por sua raridade implícita, suas qualidades representativas ou estéticas ou sua importância cultural)».

ARTIGO 2º

Para os fins da presente convenção serão considerados como patrimônio natural»:

- os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico;
- as formações geológicas e fisiográficas e as áreas nitidamente delimitadas que constituam o habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação;
- os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural.

Com isso, reforçaram-se três critérios norteadores do reconhecimento do valor universal: o estético, o ecológico e o científico. O valor estético está na ideia de paisagem notável e de extraordinária beleza natural ou em condição de exceção. O valor ecológico, está vinculado a conservação da biodiversidade, correspondida à importância dos sítios com habitat de espécies em risco de extinção ou como detentoras de processos ecológicos e biológicos importantes. Por fim, o valor científico manifesta-se nas áreas que contenham formações ou fenômenos naturais relevantes para o conhecimento científico.

2. Patrimônio natural como práticas sociais

O patrimônio natural também pode ser conquistado por meio de movimentos sociais, desse modo, a preservação de certo bem pode ter relação com determinado grupo e com um lugar específico (17), é dizer, pode ser uma conquista da própria sociedade. Sendo assim, além da proteção de áreas naturais como a acima relatadas, o patrimônio natural também é visto como expressão de práticas sociais, ligada à memória e à identidade coletiva ou com busca de qualidade de vida.

IV. REGIME GERAL DE PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS NATURAIS E INCIDÊNCIA SOBRE OS BENS PÚBLICOS E PRIVADOS

Como anteriormente observado existe uma série de órgãos executores no que diz respeito a tutela do meio ambiente. A proteção dos espaços naturais, tendo como objetivo a manutenção do equilíbrio ecológico, a preservação de

(17) M. C. L. FONSECA (FONSECA, M. C. L. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ/IPHAN, 1997), demonstra uma ampliação da demanda social em pedidos de tombamento de bens naturais, segundo o autor, foram 30 (trinta) processos abertos entre 1970 e 1990 no IPHAN.

recursos genéticos, o manejo de recursos naturais, a preservação de belezas cênicas e ambientes históricos para as futuras gerações, a proteção de recursos hídricos, o desenvolvimento de pesquisas científicas, entre outros (18).

Além dos cinco biomas previstos no art. 225, §4º, da CRFB, como patrimônio nacional por sua importância ecológica e dos sete monumentos, sítios e paisagens consideradas como patrimônio mundial natural, tem-se outros instrumentos infralegais, dentro do sistema jurídico brasileiro que visam a proteção desses espaços, entre eles, pode-se citar: (i) o Tombamento; (ii) as Unidades de Conservação; (iii) as Áreas de Preservação Permanente; e (iv) a Reserva Legal (19).

1 Tombamento

Os chamados monumentos, sítios e paisagens naturais possuem no tombamento um importante instrumento para a proteção do patrimônio natural (20). Trata-se de meio pelo qual se restringe parcialmente o uso e o gozo de determinada bem. Este resulta de rigoroso processo administrativo, com forte viés técnico, que visa culminar na inscrição do bem no Livro de Tombo, mais especificamente no «*Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*» (21).

(18) Segundo Carlos Fernando de Moura Delphin (DELPHIN, Carlos Fernando de Moura. *O patrimônio natural no Brasil*. [s. l.] [s. ed.], 2004. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/Patrimonio_Natural_no_Brasil.pdf. Acesso em: 21/05/2017) duas posturas justificam as ações de preservação do patrimônio natural. A primeira, de cunho ético, fundamenta-se em um imprescindível valor humano, o respeito e a solidariedade que o homem, única criatura capaz de conhecer e compreender os fenômenos materiais e imateriais do universo, deve a todos os seres que o rodeiam, sobretudo às diferentes formas de vida com as quais compartilha o espaço e o tempo. A segunda, de cunho pragmático, origina-se do interesse e dependência do homem pelos recursos da natureza sem os quais não pode subsistir. A preservação dos recursos naturais assegura ao homem a possível fruição desses bens, mesmo que ainda não conheça suas possíveis formas de utilização.

(19) Limitou-se a analisar os instrumentos e institutos que tivessem relação direta com a concepção de patrimônio natural, por esse motivo, excluiu-se, por exemplo, o conceito as terras indígenas, visto que se destinam primeiramente à proteção dos povos originários, seus modos de vida e costumes, bem como a concepção de ação popular e ação civil pública, instrumentos processuais que visam proteger um ato lesivo ao interesse público.

(20) A expressão Tombamento e Livro de Tombo, provém do Direito Português, onde a palavra *tombar* tem o sentido de registrar, inventariar inscrever bens nos arquivos do Reino. Tal inventário era inscrito em livro próprio que era guardado na Torre do Tombo, a torre albarrã, do castelo de São Jorge, em Lisboa (Portugal).

(21) Atualmente, são 4 os Livros de Tombo existentes em âmbito federal, podendo o bem ser inscrito em mais de um desses livros, desde que haja justificativa para tanto: (i) Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; (ii) Livro do Tombo Histórico; (iii) Livro do Tombo das Belas Artes; e (iv) Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

Com efeito, existem 97 processos referente a tombamento entre 1938 e 2016 relacionados ao patrimônio natural. Desses 97, tem-se 36 indeferimentos (37,11%), 33 que ainda estão em instrução (34,02%), 2 anexados (2,06%), 2 com pendências (2,06%) e 24 processos que culminaram no tombamento (24,74%), sendo que 1 desses foi cancelado.

Em que pese a realização de diligências na tentativa de localizar a extensão territorial desses bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), não se logrou êxito em acessar a totalidade estes dados (22). Por tal motivo, buscou-se outras fontes oficiais, no entanto, as informações não são precisas. Sendo assim, teve-se que se socorrer a fontes não oficiais e, mesmo assim, não logramos identificar dados relativos à extensão de alguns dos bens.

Poucas foram as áreas identificadas, localizou-se em alguns casos a altura e em outros a medida da área. A extensão territorial foi localizada em

Vale ressaltar que determinadas áreas podem ser tombadas mesmo não possuindo uma representatividade biológica ou ecológica, pode-se citar como exemplo a vegetação nativa de determinada área urbana e a nascente d'água em espaço urbanizado.

(22) Para ter acesso a informação da metragem dos bens tombados pelo IPHAN, em um primeiro momento foi enviado e-mail para os seguintes endereços eletrônicos: gabinete.rj@iphan.gov.br e tecnica.rj@iphan.gov.br. No entanto, a coordenação técnica do IPHAN solicitou a realização de um protocolo na sua sede física na cidade do Rio de Janeiro— RJ. Haja vista tal atitude, solicitou-se por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), protocolo 01590000757201710, tais dados, mas a resposta foi a de que eles não dispõem da *«informação referente à área total do patrimônio natural tombado no Brasil e que as poligonais de tombamento nem sempre estão traçadas conformando áreas mensuráveis»*.

Entendendo ser um absurdo o ente responsável pela proteção desses bens não ter as informações solicitada (metragem/extensão territorial) do que ele mesmo deve controlar/proteger, impetrou-se recurso pelo mesmo sistema para ter acesso a tais informações. No entanto, o IPHAN, novamente, não forneceu as informações sob a seguinte justificativa *«a informação solicitada sobre a metragem das áreas tombadas nem sempre consta, tendo em vista que muitos processos são antigos e não possuem informação técnica específica quanto ao requerido, não havendo dentro dos processos descrições nesse nível detalhamento, salvo os processos de tombamento mais recentes, os quais as poligonais delimitadas do objeto/área tombada deve ser descrita nos referidos processos para fins de demonstrar com exatidão a região tombada»* e complementa dizendo que *«a informação requerida é muito específica e esse Instituto não faz a mensuração desses processos não possuindo tal informação para ofertar à requerente»* e termina afirmando categoricamente o que nós parece um absurdo *«infelizmente esse controle das metragens não é uma informação produzida por esta Instituição»*.

Basicamente é o mesmo que dizer que o Brasil tomba um bem, mas não sabe exatamente o que está tombando. O mínimo que o IPHAN precisa saber para proteger o patrimônio que ele mesmo tombou é a área do bem. Não há como zelar pela proteção do patrimônio natural sem, ao menos, identificar qual a área territorial protegida pelo tombamento realizado pelo próprio IPHAN.

Espera-se que o IPHAN, impulsionado por nosso questionamento e por essa pesquisa que ora tornamos pública, empreenda diligências e documente a metragem dos bens tombados.

apenas 12 bens tombados, dos 24 listados pelo IPHAN. Desses, perfaz-se o total de 268,80 km², o que representa 0,00315% do território brasileiro. Este número, porém, é impreciso e pode estar longo do que realmente é na realidade.

2 Unidades de Conservação

O conceito de Unidade de Conservação é trazido pelo art. 2º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e à define como o «*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*».

Cabe destacar, nos termos da citada lei (art. 22) que a criação de Unidades de Conservação deve ser antecedida, em regra, da realização de consulta pública (com as exceções previstas na lei) e de estudos técnicos capazes de identificar os atributos a serem protegidos, a localização e as dimensões da área necessária para a efetivação de tal proteção, bem como a modalidade da Unidade de Conservação que melhor se encaixa no caso concreto. Não se exige lei em sentido restrito para a criação, pode ser feita, por exemplo, por decreto.

Por outro lado, entende-se que a desafetação ou diminuição da proteção jurídica existente em território localizado dentro dos limites de uma Unidade de Conservação deveria ser feita somente por meio de lei em sentido restrito, não se admitindo, de acordo com o citado art. 225, § 1º, III, que tal seja feito por meio de decretos ou medidas provisórias (o que, infelizmente, vem ocorrendo na prática recente em âmbito federal). Nesse mesmo sentido, Paulo Afonso Leme MACHADO (23), que inclusive entende que mesmo um acréscimo territorial deve estar sujeito ao processo legislativo caso venha a gerar danos aos atributos que justificaram a criação da Unidade de Conservação.

As regras de uso dos recursos (nos casos em que se admite tal uso), bem como o zoneamento da área das unidades são detalhados no plano de manejo — documento técnico capaz de disciplinar esses e outros aspectos relativos à administração desse espaço territorial especialmente protegido (art. 2º, XVII). Esse plano é comumente chamado de lei interna da Unidade de Conservação. Com as exceções previstas no art. 25 da própria lei (APAs e RPPNs), as unidades serão protegidas pelo regime especial conferido ao

(23) MACHADO, Paulo Afonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1002.

entorno, chamado de zona de amortecimento, cujo conceito legal é «o entorno de uma Unidade de Conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade» (art. 2º, XVIII).

Dentro da concepção de Unidade de Conservação, tem-se dois grupos: (i) as *unidades de proteção integral* que possuem o objetivo básico de preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais; e (ii) as *unidades de uso sustentável* que têm o objetivo básico das de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais (art. 7º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000).

O grupo das unidades de proteção integral é composto pelas seguintes categorias de Unidades de Conservação (art. 8º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000):

(i.1) *estação ecológica (ESEC)*: tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. Trata-se de área de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites deverão ser desapropriadas. Nessas áreas é proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico. Além disso, a pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento (art. 9º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(i.2) *reserva biológica (REBIO)*: tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais. Também é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites deverão ser desapropriadas. Nessa área é proibida a visitação pública, exceto aquela com objetivo educacional, de acordo com regulamento específico. Por fim, a pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento (art. 10 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(i.3) *parque nacional (PARN)*: tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. Também trata-se de posse e domínio

públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites deverão ser desapropriadas. Agora, neste caso, tem-se a possibilidade de visitação pública que estará sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento. Por fim, a pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento (art. 11 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(i.4) *monumento natural (MONAT)*: tem como objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Pode ser constituído por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. Havendo incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas ou não havendo aquiescência do proprietário às condições propostas pelo órgão responsável pela administração da unidade para a coexistência do monumento natural com o uso da propriedade, a área deverá ser desapropriada. Por fim, a visitação pública está sujeita às condições e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento (art. 12 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000); e

(i.5) *refúgio de vida silvestre (RVS)*: tem como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória. Assim como no monumento natural, pode tal categoria ser constituída por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade e, em havendo as mesmas incompatibilidades mencionadas no monumento natural, a área deverá ser desapropriada. A visitação funciona exatamente como no monumento natural. O que difere é que existe previsão específica quanto a pesquisa científica que depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento (art. 13 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000).

Por sua vez, o grupo das unidades de uso sustentável é constituído pelas seguintes categorias de Unidade de Conservação (art. 14 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000):

(ii.1) *área de proteção ambiental (APA)*: é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos bási-

cos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. É constituída por terras públicas ou privadas. Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma área de proteção ambiental. As condições para a realização de pesquisa científica e visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade. Nas áreas sob propriedade privada, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais. Por fim, a APA disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente, conforme se dispuser no regulamento desta Lei (art. 15 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(ii.2) *área de relevante interesse ecológico (ARIE)*: é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza. Também é constituída por terras públicas ou privadas e as propriedades privadas podem ter estabelecidas normas e restrições para a utilização, desde que respeitados os limites constitucionais (art. 16 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(ii.3) *floresta nacional (FLONA)*: é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas. É de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. Nela é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade. A visitação pública é permitida, condicionada às normas estabelecidas para o manejo da unidade pelo órgão responsável por sua administração. A pesquisa também é permitida e incentivada, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e àquelas previstas em regulamento. No mais, a floresta nacional disporá de um Conselho Consultivo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e, quando for o caso, das populações tradicionais residentes (art. 17 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000). Esse tipo de Unidade de Conservação é utilizado para a concessão de

áreas (unidades de manejo) ao setor privado, para que explore de forma sustentável produtos madeireiros e não madeireiros. Esta possibilidade esta regulada pela Lei de Concessões Florestais (Lei n.º 11.284, 02 de março de 2006) (24).

(ii.4) *reserva extrativista (RESEX)*: é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. Trata-se de área de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. A reserva extrativista será gerida por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade. A visitação pública é permitida, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área que deverá ser aprovado pelo seu Conselho Deliberativo. A pesquisa científica é permitida e incentivada, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e às normas previstas em regulamento. Nessas unidades são proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional, além disso, a exploração comercial de recursos madeireiros só será admitida em bases sustentáveis e em situações especiais e complementares às demais atividades desenvolvidas na Reserva Extrativista, conforme o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade (art. 18 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000);

(24) Sobre este aspecto, vide: AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Reflexões iniciais sobre a gestão pública de florestas e a geração de energia a partir da biomassa florestal. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, a. XVI, v. 66, p. 117-138, jan.-jun., 2017. De acordo com o autor, «a aplicação da Lei 11.284/2006, em vigor há mais de 10 anos, pode contribuir significativamente tanto do ponto de vista energético quanto climático, especialmente se consideradas: a redução do desmatamento ilegal e sua progressiva substituição pelo manejo sustentável nas florestas públicas; a substituição de outras fontes energéticas com maiores emissões de gases de efeito estufa pela energia gerada a partir da biomassa oriunda dessas concessões florestais; a utilização dos rejeitos das concessões florestais no suprimento de demandas localizadas de populações isoladas; a utilização dos rejeitos oriundos das atividades de povos tradicionais na geração, por eles próprios, da energia de que precisam, mediante auxílio técnico e apoio concedido pelo Poder Público» (Idem. *Ibidem*, p. 136).

(ii.5) *reserva de fauna (REFAU)*: é uma área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos. Trata-se de área de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. A visitação pública pode ser permitida, desde que compatível com o manejo da unidade e de acordo com as normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração. Também é proibido o exercício da caça amadorística ou profissional e a comercialização dos produtos e subprodutos resultantes das pesquisas obedecerá ao disposto nas leis sobre fauna e regulamentos (art. 19 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000). Ainda não foi criada uma Unidade de Conservação desta categoria. Até junho de 2017, não há registro de reservas de fauna no Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC) (25).

(ii.6) *reserva de desenvolvimento sustentável (RDS)*: é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. Tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações. Trata-se de área de domínio público, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser, quando necessário, desapropriadas. Tal unidade será gerida por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade. Com relação às atividades, é permitida e incentivada a visitação pública, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área, bem como é permitida e incentivada a pesquisa científica voltada à conservação da natureza, à melhor relação das populações residentes com seu meio e à educação ambiental, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e às normas previstas em regulamento. No mais, deve ser

(25) Vale ressaltar que está em discussão a criação de uma reserva da fauna da Baía da Babitonga — SC. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informmma/item/4377-instituto-chicomendes-e-ibama-realizam-consulta-publica-sobre-reserva-de-fauna>. Acesso em: 02/06/2017.

sempre considerado o equilíbrio dinâmico entre o tamanho da população e a conservação. Além disso, é admitida a exploração de componentes dos ecossistemas naturais em regime de manejo sustentável e a substituição da cobertura vegetal por espécies cultiváveis, desde que sujeitas ao zoneamento, às limitações legais e ao Plano de Manejo da área. Este último definirá as zonas de proteção integral, de uso sustentável e de amortecimento e corredores ecológicos, e será aprovado pelo Conselho Deliberativo da unidade (art. 20 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000); e

(ii.7) *reserva particular do patrimônio natural (RPPN)*: é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. Tal gravame constará de termo de compromisso assinado perante o órgão ambiental, que verificará a existência de interesse público, e será averbado à margem da inscrição no Registro Público de Imóveis. Só poderá ser permitida, nesta unidade a pesquisa científica e a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais. Os órgãos integrantes do SNUC, sempre que possível e oportuno, prestarão orientação técnica e científica ao proprietário de Reserva Particular do Patrimônio Natural para a elaboração de um Plano de Manejo ou de Proteção e de Gestão da unidade (art. 21 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000) (26).

O número de Unidades de Conservação muda constantemente, mas até o final de agosto de 2017, o Instituto Socioambiental (ISA), Organização da

(26) Trata-se de uma Unidade de Conservação instituída em áreas de posse e domínios privadas, o que concretiza a aplicação do princípio democrático para incentivar o engajamento do cidadão na preservação do meio ambiente.

O proprietário interessado em transformar sua propriedade em RPPN deverá encaminhar seu requerimento ao Ibama, que avaliará o requerimento seguindo os critérios do artigo art. 5.º do Decreto n.º 5.746/2006. Em seguida, o IBAMA deverá declarar por portaria a propriedade como RPPN.

Ressalta-se que a RPPN deve ser averbada junto à matrícula do imóvel com o intuito de oferecer publicidade *erga omnes* do ônus de manter a propriedade conservada. Além disso, a averbação oferece segurança jurídica quanto a extensão da gleba definida como reserva particular. Após a averbação, a RPPN só poderá ser extinta ou ter seus limites reduzidos mediante lei específica.

Insta salientar que a legislação ambiental estabelece alguns incentivos econômicos ao proprietário de terras com RPPN, que pode requerer à Receita Federal isenção de ITR (Imposto Territorial Rural) para a área reconhecida como RPPN, de acordo com o artigo 104 da Lei 8.171/1991 e com o artigo 10, § 1º, inc. II da Lei 9.393/1996. Essa isenção tributária configura relevante instrumento de incentivo à preservação do meio ambiente.

Contudo, a instituição da RPPN importa em ônus ao proprietário, quais sejam: (i) manutenção dos atributos ambientais; (ii) sinalização dos limites da RPPN, inclusive advertindo terceiros quando seus atos possam afetar a integridade da RPPN.

Se houver danos ou irregularidades, o representante legal da RPPN deverá ser notificado ou autuado pelo órgão administrativo, sem prejuízo das sanções civis e criminais.

Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), indicava existir 148 unidades de proteção integral e 180 unidades de uso sustentável no Brasil, o que totaliza 328 Unidades de Conservação.

As Unidades de Conservação de proteção integral possuem um número relativamente menor que as de uso sustentável, no entanto, ambos os grupos têm representação territorial similar. O grupo das unidades de proteção integral possuem uma extensão de 384.923,94 km², o que representa 4,521% do território brasileiro e o grupo de unidades de uso sustentável possui 400.173,1 km², representando 4,70% do território brasileiro. Assim como no tombamento, esse número tampouco é preciso, pois não existe um número preciso de reserva particular do patrimônio natural (RPPN) (27).

3 Área de Preservação Permanente

Outra espécie de espaços protegidos é a Área de Preservação Permanente (APP) definida pelo art. 3º, inc. II, do Novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012) como a «*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*».

Essas áreas são, ressalvadas as exceções previstas na lei, não edificantes. Exceto por algumas exceções igualmente previstas na lei, o regime jurídico é o mesmo para áreas rurais e urbanas. Podem decorrer diretamente do texto legal (espécie mais conhecida e comum) ou de atos específicos do Poder Público (hipótese residual prevista no art. 6º):

Dentre as várias razões subjacentes ao instituto, merecem relevo o bem estar e a segurança dos seres vivos. O fato de não se poder ocupar e construir em APPs representa medida preventiva contra riscos de perdas materiais e de vidas, causados por extremos climáticos. Outro argumento é que as APPs são fundamentais para garantia do ciclo da água, desde a infiltração no solo até a proteção de nascentes, cursos d'água, lagos e lagoas (28).

As APPs criadas diretamente pela Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, são listadas nos art. 4º do Novo Código Florestal (29) e segundo informações

(27) Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/c%C3%B4mputos/brasil/grupos-e-categorias>. Acesso em: 26/08/2017.

(28) AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68.

(29) Considera-se Área de Preservação Permanente: as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha

do Cadastro Ambiental Rural disponibilizadas pelo Sistema Florestal Brasileiro, a extensão total dessas áreas é de 122.522,83 km², o que representa 1,44% do território nacional (30).

Dentre as APPs criadas pela Lei podemos destacar as áreas às margens de cursos d'água naturais, o entorno de lagos e lagoas, os topos de morros e montanhas e as encostas com declividade acima de 45°, com importante papel na renovação e disponibilidade de água potável, dentre outras funções ecológicas. A obrigação de reparação dos danos causados a essas áreas é considerada de natureza própria do bem e transmissível aos adquirentes dos imóveis em que se localizam (31).

4 Área de Reserva legal

Chama-se de Reserva Legal a «*área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, [...], com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa*» (art. 3º, inc. III do Novo Código Florestal).

Desempenha a Área de Reserva Legal funções diferentes e em certa medida complementares em relação às APPs. A reserva legal serve para o abrigo e proteção das espécies de fauna silvestre e de flora nativa, deriva de

do leito regular; as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais; as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive; as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; os manguezais, em toda a sua extensão; as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação; as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação; em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

(30) Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/snif/gestao-florestal/cadastro-ambiental-rural>. Acesso em: 28/08/2017.

(31) AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

uma das principais funções ecológicas das ARLFs: a conservação da biodiversidade. Este instituto se aplica apenas às propriedades rurais, ao que nos parece, definidas em razão não somente da localização, mas também das atividades agropecuárias desenvolvidas.

A área de reserva legal é definida em termos percentuais, sendo o menor deles de 20% (vinte por cento). Sua manutenção, «*deve ser feita com vegetação nativa e em percentuais diferentes, conforme a localização da posse ou propriedade rural e, caso faça parte da Amazônia Legal, também de acordo com a vegetação presente*» (32). A Lei possui diversas exceções aos percentuais a serem observados, sobretudo nas áreas com floresta localizadas dentro da chamada Amazônia Legal.

Na maioria dos casos, de acordo com o regime jurídico vigente (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012), a reserva legal é estabelecida por meio da inscrição da propriedade no Cadastro Ambiental Rural (CAR) com a descrição da área e a aprovação da mesma pelo órgão ambiental. A Administração Pública deverá simplesmente verificar a existência de atributos ecológicos em tais áreas e delimitar seus contornos. Conforme os arts. 14, § 1º, e 29 do Novo Código Florestal, órgão estadual integrante do Sisnama ou instituição por ele habilitada deverá aprovar a localização da Reserva Legal após a inclusão do imóvel no CAR.

Segundo informações do Cadastro Ambiental Rural disponibilizadas pelo Sistema Florestal Brasileiro, a extensão total dessas áreas é de 574.804,19 km², o que representa 6,75% do território nacional (33).

VI. REPRESENTAÇÃO DO PATRIMÔNIO NATURAL BRASILEIRO DENTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL

Decidiu-se utilizar a tabela abaixo para tentar determinar a extensão do territorial brasileiro que possui algum tipo de proteção dos espaços naturais. Os dados utilizado foram os referidos em cada um dos itens anteriores.

(32) AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 158.

(33) Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/snif/gestao-florestal/cadastro-ambiental-rural>. Acesso em: 28/08/2017.

Categoria	Área (km²)	% da área em relação a área Brasil
Patrimônio mundial natural	71.546,50	0,84
Biomass constitucionalmente protegidos		
Floresta Amazônica Brasileira	4.196.943	49,300
Mata Atlântica	1.110.182	13,4
Serra do Mar	126.000	1,48
Pantanal Mato-Grossense	150.355	1,76
Zona Costeira	514.000	6,04
Tombamento	268,80	0,00315
Unidade de Conservação	785.097,04	9,221
Proteção Integral	384.923,94	4,521
Uso Sustentável	400.173,10	4,700
Área de Preservação Permanente	122.522,83	1,44
Área de Reserva Legal	574.804,19	6,75

Na tabela não foram descontadas quaisquer sobreposições. Este é, inclusive, o motivo pelo qual não se consegue, de forma precisa, estabelecer qual a extensão exata do território nacional protegidos pelos diferentes instrumentos de proteção dos espaços naturais.

Por esse motivo, decidiu-se criar o cartograma abaixo para que se possa entender melhor as sobreposições mencionadas.

Observando o cartograma, observamos quase todos os instrumentos de proteção dos espaços naturais mencionados na tabela, é dizer, patrimônio natural protegido dentro do território brasileiro. Excluiu-se, as Área de Preservação Permanente e as Reservas Legais, pois são inúmeras haja vista as características descritas no item anterior.

Como se pode observar, as áreas de alguns dos patrimônios naturais se sobrepõem em relação a outros, isto é, ambas ocupam espaços territoriais coincidentes, o que ficou retratado no mapa por meio do efeito pontilhado. Exemplo disso é a Serra do Mar, cuja área enquadra-se na extensão territorial da Mata Atlântica.

Para não causar confusão visual no mapa, as Unidades de Conservação presentes na região correspondente à Serra do Mar foram destacadas do mapa, estando ao lado da mesma área territorial original. Além disso, as Unidades

REGIME JURÍDICO DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO NATURAL NO BRASIL (*)



LEGENDA

BIOMAS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

- Floresta Amazônica
- Mata Atlântica
- Serra do Mar
- Pantanal Mato-Grossense
- Zona Costeira

▲ BENS NATURAIS TOMBADOS

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR CATEGORIA

- Monumento Natural
- Áreas de Proteção Ambiental
- Áreas de Relevante Interesse Ecológico
- Estações Ecológicas
- Florestas Nacionais
- Parques Nacionais
- Refúgios de Vida Silvestre
- Reservas Biológicas
- Reservas de Desenvolvimento sustentável
- Reservas Extrativistas

PATRIMÔNIOS MUNDIAIS NATURAIS

- Parque Nacional do Iguaçu
- Costa do Descobrimento Reservas de Mata Atlântica
- Mata Atlântica Reservas do Sudeste
- Área de Conservação do Pantanal
- Complexo de Conservação da Amazônia Central
- Ilhas Atlânticas Brasileiras: Fernando de Noronha e Atol das Rocas
- Área de Preservação do Cerrado: Parques Nacionais Chapada dos Veadeiros e Emas

de Conservação foram representadas no mapa em pontos, desprezando-se, portanto, suas áreas territoriais pois, em sua maioria, estas possuem extensões territoriais ínfimas, levando-se em consideração a área do território brasileiro. Ressalta-se que não estão presentes no mapa todas as Unidades, mas grande parte destas, o equivalente a 80%.

Os Patrimônios Mundiais Naturais em território brasileiro, foram representados em pontos, desprezando-se, também, suas áreas. Isto porque o tamanho é insignificante graficamente tendo como parâmetro a área do território brasileiro.

Assim como anteriormente, vê-se sobreposição novamente. O Parque Nacional do Iguaçu além de Patrimônio Natural Mundial é uma Unidade de Conservação. Da mesma forma, a ilha de Fernando de Noronha, configurada como Patrimônio Natural Mundial também corresponde a área de uma Unidade de Conservação, no caso o PARNÁ Fernando de Noronha.

Ainda no que diz respeito a Patrimônio Natural Mundial, a Área de Proteção do Cerrado: Parques Nacionais Chapada dos Veadeiros e Emas, está representada no mapa com duas indicações que saem de dois pontos de Unidades de Conservação e convergem no ponto principal. Tal representação indica que esse Patrimônio corresponde aos dois PARNÁ de onde os pontos saem.

Os patrimônios naturais tombados, em sua maioria foram representados no mapa cada um por uma seta amarela. Há uma exceção no estado do Rio de Janeiro, em que há onze bens tombados em um espaço territorial muito próximo. Devido à esse fato, tais bens foram representados por uma única seta de tamanho maior quando comparadas com as demais.

VII. CONCLUSÕES

O presente artigo teve por finalidade apresentar de forma panorâmica e conceitual os principais instrumentos utilizados no Brasil para a proteção do chamado patrimônio natural. Tais instrumentos buscam conservar e preservar aspectos do meio ambiente natural (cuja configuração não é entendida como sendo determinada pela espécie humana) importantes para manutenção do ambiente como um todo (que inclui dimensões urbanas, laborais e culturais).

Por fim, as ilustrações decorrentes do cartograma revelam uma sobreposição geográfica dos institutos. Contudo, deve-se ter em vista que isto não basta para concluir que tal sobreposição na prática seja maléfica ou benéfica. Precisamos, para tanto, avaliar a efetividade de cada instrumento (o que foge aos objetivos deste artigo). Ademais, vale lembrar que muitas vezes os instrumentos possuem finalidade e fundamentos, como é o caso das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Reserva Legal e das Unidades de Conservação. A partir da visão panorâmica, conceitual e territorial, trazida

neste artigo, acreditamos que devam ser feitas novas leituras sobre cada um desses instrumentos. Algumas dessas referências foram citadas neste artigo.

VIII. REFERÊNCIAS

- AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Reflexões iniciais sobre a gestão pública de florestas e a geração de energia a partir da biomassa florestal. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, a. XVI, v. 66, p. 117-138, jan.-jun., 2017.
- Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios. In: GARCIA, José E. Soriano; SADDY, André; LAVERDE, Sandra M. O.; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. *Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- *Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BEURRIER, Jean Pierre; KISS, Alexandre. *Droit International de L'Environnement*. Paris: Editions A. Pedone, 2004.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança 22.164/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Pleno. Julgado em 30/10/1995.
- *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 134.297/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 13/06/1995.
- CHOAY, F. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Estação Liberdade, 2001, tradução de Luciano Vieira Machado.
- DELPHIN, Carlos Fernando de Moura. *O patrimônio natural no Brasil*. [s. l.] [s. ed.], 2004. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/Patrimonio_Natural_no_Brasil.pdf. Acesso em: 21/05/2017.
- FONSECA, M. C. L. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: UFRJ/Ipahan, 1997.
- GONÇALVES, J. R. S. Monumentalidade e cotidiano: os patrimônios culturais como gênero de discurso. In: OLIVEIRA, L. (Org.). *Cidade: história e desafios*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 108-123. Apud: SCIFONI, Simone. *A Construção do Patrimônio Natural*. São Paulo: FFLCH, 2008.
- MACHADO, Paulo Afonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SCIFONI, Simone. *A Construção do Patrimônio Natural*. São Paulo: FFLCH, 2008.
- UNESCO. *Gestão do Patrimônio Mundial natural*. Brasília: UNESCO Brasil, IPHAN, 2016.

PATRIMONIO NATURAL Y BIENES PÚBLICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO (*)

JULIÁN A. PIMIENTO ECHEVERRI

SUMARIO: I. EL PATRIMONIO NATURAL COMO CATEGORÍA JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO: 1. La constitucionalización del derecho de propiedad en el derecho colombiano como presupuesto de la categoría «Patrimonio Natural». 2. Patrimonio Natural, propiedad pública y propiedad privada: A) La relación entre el Patrimonio Natural y el derecho de propiedad. B) La naturaleza jurídica del Patrimonio Natural. C) Las técnicas de protección del Patrimonio Natural como categoría jurídica.– II. LOS BIENES PÚBLICOS EN EL MARCO DEL PATRIMONIO NATURAL: 1. Las categorías de bienes públicos: A) La cuestión de la pertenencia: dominio público natural y bienes de uso público. B) Los bienes de uso público naturales. 2. El régimen jurídico: A) Afectación y desafectación. B) Gestión. C) Protección: a) La protección administrativa de los bienes públicos. b) La protección judicial.– III. BIBLIOGRAFÍA.– IV. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: El objeto de este trabajo consiste en analizar la manera en que se entrelazan el Patrimonio Natural y los bienes públicos, como técnicas de protección de un mismo objeto: el medio ambiente. Se puede comprobar que el Patrimonio Natural se identifica con una afectación al interés general que se refleja en propiedades públicas y privadas; en la base, sin embargo, se encuentran los tradicionales bienes de uso público, con modalidades particulares de gestión y de protección, cuya garantía judicial y administrativa, aporta numerosos y novedosos elementos para la salvaguarda del medio ambiente.

Palabras clave: Patrimonio Natural; afectación al interés general; medio ambiente; bienes de uso público; acciones populares.

ABSTRACT: *This article analyses the way that natural heritage and natural public assets are intertwined as techniques of protection of the same general interest: environmental protection. It can be noted that natural heritage, as a way of expression of public interest, acts on both public and private property; traditional public usage assets are, nonetheless, at the core of this regulation, the means by which they are protected and governed, by the administration and the judges in Colombia, are expressive of new and better ways to protect the environment.*

(*) Este artículo hace parte de una investigación más amplia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por limitaciones a la propiedad privada, en el marco del grupo de investigación de derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Key words: Atural Heritage; general interest in private property; environmental protection; public assets available for public use; collective interest actions.

«[I]a propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica», señala el inciso segundo del artículo 58 de la Constitución colombiana. Fórmula clásica, pero a la vez moderna. Clásica, en cuanto el carácter social de la propiedad se reconoce desde su consagración constitucional en 1936 (1), es decir que, a partir de ese momento, propiedad e interés general identificaron un fin común. Moderna, porque como lo ha identificado la doctrina, en el contexto constitucional actual, la función social adquiere una dimensión totalmente distinta, por su contexto, pero además porque se reconoció el interés ecológico con especial vigor; en efecto:

«... de lo que se trata, entonces, es de reiterar la visión de la propiedad como función social, de singularizar y relieves la problemática ambiental —producto de la sustantividad otorgada a la función ecológica frente a la genérica función social que se predica del derecho— y de remarcar la importancia de enmarcar la propiedad privada dentro de la concepción del medio ambiente como patrimonio colectivo incorporada al texto constitucional» (2).

Existe, entonces, en el derecho colombiano, una relación fluida y compleja entre el derecho de propiedad y el interés general, pues son múltiples y numerosas las afectaciones que se manifiestan en el derecho de propiedad (3).

El sistema jurídico de los bienes en Colombia, como se ha afirmado en otras ocasiones (4), es complejo, tanto en la regulación propia de las

(1) En los siguientes términos: «[I]a propiedad es una función social que implica obligaciones» (acto legislativo No.1, 1936, art. 10)

(2) SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia (Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral), p. 420.

(3) Así, «[I]a proliferación de estos regímenes dominicales especiales no solo demuestra que la disciplina de la propiedad inmueble es cada vez menos un asunto propio del derecho privado, sujeto a las reglas de la codificación civil; pone de presente, además, cómo la propiedad privada ha devenido con el tiempo en un ámbito privilegiado de intervención estatal. Las numerosas formas por medio de las cuales distintas clases de autoridades (urbanísticas, ambientales, agrarias, turísticas, aeroportuarias, de transporte, sanitarias, etc.) fijan requisitos, toman decisiones y se inmiscuyen en asuntos que en otro tiempo eran propios del titular del derecho con el fin de asegurar la subordinación de la propiedad privada a los fines sociales del Estado son prueba de ello» (PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2015): «El estado actual del dominio público en el derecho colombiano», en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO, Orlando [Coordinadores]: El dominio público en Europa y América Latina (Lima, RIBP – Círculo de Derecho Administrativo), p. 337.

(4) Cf., PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes* (U. Externado, Bogotá).

categorías que lo componen, como en el alcance de las actividades que permite por virtud de la relativización del derecho de propiedad. Lo primero que se requiere para poder entender dicho sistema es distinguir tajantemente lo correspondiente a la propiedad como derecho subjetivo, de la afectación como límite exógeno al ejercicio del derecho de propiedad, de esta manera se puede establecer un marco apropiado para definir el «patrimonio natural» como categoría jurídica (I), para luego analizar la manera en que los bienes públicos que integran dicho concepto se encuentran regulados y protegidos en el ordenamiento colombiano (II).

I. EL PATRIMONIO NATURAL COMO CATEGORÍA JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO

El Patrimonio Natural, en el derecho colombiano, es una categoría jurídica que incide en el derecho de propiedad, pero no se agota con él (2); se trata, como se ha indicado, de una afectación al interés general que define el ejercicio de ese derecho, dentro del marco constitucional (1)

1. La constitucionalización del derecho de propiedad en el derecho colombiano como presupuesto de la categoría «Patrimonio Natural»

Siguiendo esa transformación constante —jurídica, pero ante todo social y política— del derecho de propiedad que se encuentra en todas las épocas y modelos de Estado, el siglo XX fue el escenario de uno de los cambios más profundos del que se tiene conciencia, ello aplica también para el caso colombiano. En la teoría de la función social de la propiedad se encuentra el germen de un complejo proceso de delimitación del contenido del derecho de propiedad que se produjo por la conjunción de varias situaciones (5), de manera concomitante en distintos ordenamientos jurídicos.

(5) En palabras de Léon DUGUIT «... en nuestras sociedades modernas la necesidad económica, a la cual ha venido a responder la propiedad institución jurídica, se transforma; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo para convertirse en función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos» (1920): *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón*. 2ª ed. (Madrid, Ed. Francisco Beltrán), pp. 168 a 169.

En primer lugar, las 2 guerras mundiales y las crisis económicas de la primera mitad del siglo XX sentaron las bases económicas de una intervención mucho más decisiva en el derecho de propiedad, por una transformación en el modelo de Estado; ello implicó, por una parte, la expansión de las actividades administrativas a terrenos otrora puramente individuales —con su consecuente desnaturalización teórica—, pero también consolidó y amplificó la noción de propiedad pública, ligada pero escindida de la afectación al interés general (6).

En segundo lugar, la aparición de la protección del medio ambiente como un elemento nuevo en el debate social, político y jurídico produjo un cambio sustancial en el derecho de propiedad; en efecto, la necesaria garantía de un medio ambiente sano, la protección de las especies, entre otras consideraciones, aportaron una tecnificación de los límites a ese derecho; a partir de distintas declaraciones internacionales (7), los ordenamientos jurídicos acogieron estatutos de protección, con regímenes altamente restrictivos del pretendido individualismo que caracterizaba teóricamente la propiedad. Al mismo nivel, en esa época, se erigió la protección del patrimonio cultural, a través de normas que buscaban proteger los llamados monumentos nacionales (8).

Finalmente, la consolidación de esas transformaciones se fijó —en varios países de Europa y América Latina— en las diferentes constituciones políticas, que al tiempo que establecieron un modelo de Estado enfocado a la protección de las distintas generaciones de derechos fundamentales, dotaron a la propiedad de un régimen propiamente constitucional.

Ahora bien, sería incorrecto afirmar que antes de la aparición de los fenómenos que se han explicado no se protegiera la idea de patrimonio natural, pues existen múltiples evidencias normativas que así lo indican; sin embargo, es evidente que se produjo un cambio en cuanto al valor de esos límites, la tecnificación del método y la cientificidad del acercamiento a ese objeto de protección; más que límites externos al derecho, la relación entre propiedad y patrimonio ambiental o cultural, se concibieron como parte integrante de la regulación del derecho, imperativos constitucionales, pero ello ocurrió en distintos momentos según los sistemas jurídicos (9).

(6) Cf., PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes* (U. Externado, Bogotá).

(7) En particular la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972).

(8) Para una visión general de este asunto, remito de manera general a las contribuciones contenidas en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *El Patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, INAP, 2017.

(9) Así el artículo 27 de la Constitución federal mexicana de 1917 se indicó con claridad que «[l]a nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de

Así pues, si bien es cierto que la idea de *función social* no fue seguida por todos los sistemas jurídicos, no lo es menos que resulta posible identificar la expansión normativa a nivel constitucional de la regulación de un derecho que solo puede ser entendido en su relación con el interés general o el bien común, entendido genéricamente. No se trata ya de una simple constatación de la inexistencia de derechos o potestades absolutas, sino de una transformación más profunda, en la que la propiedad se ha reconfigurado al considerarse la evidencia de que, en cuanto derecho subjetivo, trasciende los estrechos confines del interés individual y al hacerlo se redefinen su contenido y sus límites (10), y por lo tanto la verificación de su régimen jurídico (11). Y es

hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación»; tanto en la Constitución de Weimar (1919), como en la Ley Fundamental Alemana (1949), se prefirió una redacción distinta de ese primigenio *funcionalismo* propio del solidarismo francés: «*La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común*»

En la Constitución italiana de 1947 se incluyó el concepto de función social de la propiedad en el artículo 42, a cuyo tenor: «*La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos*»; la argentina de 1947 también la incluyó pero fue derogada con el cambio de régimen político. en la Constitución española de 1978, el artículo 33 reconoce en primer lugar *el derecho a la propiedad privada y a la herencia*, pero inmediatamente después se ordena: *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*. La Constitución francesa de 1958 en su texto original no contempló el derecho de propiedad de manera expresa, pero se integró por vía del bloque de constitucionalidad los principios de valor constitucional reconocidos por la República como el derecho de propiedad y sus límites adquirieron valor constitucional con la integración a la Constitución de la Carta del Medio Ambiente en 2004.

La Constitución chilena de 1980 contiene el mismo principio en el párrafo segundo del artículo 19.24, pero lo desarrolla de una manera interesante: «Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental»; con esa redacción desde el texto constitucional se establecer la protección del patrimonio ambiental como un imperativo propio de la regulación del derecho de propiedad.

(10) Con lo que, en mi criterio, se rompe la tradicional dicotomía —ya en crisis a nuestros ojos— de *publicatio/apropiatio* sobre la cual se fundan algunos regímenes jurídicos. Sobre estas categorías y su incidencia en la construcción del régimen de bienes públicos ver: VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): «Derecho de Bienes Públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa» en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO, Orlando [Coordinadores]: *El dominio público en Europa y Latinoamérica* (Lima, RIBP y Círculo de Derecho Administrativo), pp. 299-334.

(11) En efecto, «desde una óptica cuantitativa es ostensible la multiplicación de los regímenes dominicales expedidos por el legislador al amparo de la cláusula de función social y ecológica de la propiedad. En ellos se establecen reglas sectoriales orientadas a dar prevalencia a los especiales intereses generales que, identificados por las autoridades, convergen sobre los distintos ámbitos del dominio privado ... La proliferación de estos regímenes dominicales especiales no solo demuestra que la disciplina de la propiedad inmueble es cada

que, en la actualidad, la propiedad parece haber dejado de ser ese derecho natural, previo al Estado, inmanente a la condición humana, para entenderse en su dimensión pública, como una creación estatal; no queda duda, entonces, de que «*hoy la propiedad es un derecho cuyo contenido está delimitado y configurado por las propias leyes*» (12), reflexión que se debe completar con la creciente intervención administrativa en el derecho, producto de la necesaria tecnificación de los instrumentos de protección de los intereses generales que se reflejan en el derecho de propiedad. Es interesante, en todo caso notar, junto con S. RODOTÁ, que

«... el recurso a la función social sirve para establecer una dimensión en la cual el crecimiento de la comprensión de los poderes dominicales a consecuencia de la intervención del Estado va acompañada por la consciencia de que ello acaece por la necesidad de realizar intereses públicos en sentido amplio en una forma diferente a la tradicionalmente usada ... Ideológicamente, abre la discusión sobre la posibilidad de realizar verdaderamente intereses sociales sin eliminar totalmente la pertenencia privada de los bienes (de los productivos por lo menos)» (13).

En el caso colombiano, el constituyente optó por especificar la función social en el ámbito ambiental y la denominó *función ecológica*; el ordenamiento jurídico colombiano de manera decidida le otorgó una protección reforzada a ese interés general (14). En este sentido, queda claro que en Colombia se constitucionalizó «*un nexo formal y esencial entre el derecho de propiedad y el principio de desarrollo sostenible, la función ecológica de la propiedad acentúa*

vez menos un asunto propio del derecho privado, sujeto a las reglas de la codificación civil... las numerosas formas por medio de las cuales distintas clases de autoridades (urbanísticas, ambientales, agrarias, turísticas, aeroportuarias, de transporte, sanitarias, etc.) fijan requisitos, toman decisiones y se inmiscuyen en asuntos que en otro tiempo eran propios del titular del derecho con el fin de asegurar la subordinación de la propiedad privada a los fines esenciales del Estado son prueba de ello», PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2015): «El estado actual del dominio público en el derecho colombiano», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO, Orlando [Coordinadores]: *El dominio público en Europa y América Latina* (Lima, RIBP – Círculo de Derecho Administrativo), p. 337.

(12) GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2006): Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», en *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente* (No. 225, España), p. 536.

(13) RODOTÁ, Stefano (1986): *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid, Civitas), p. 325.

(14) En este sentido, afirma la doctrina nacional que «la función ecológica de la propiedad inherente a la función social solo puede ser comprendida en la medida que permita el desarrollo sostenible y por ende una verdadera garantía del derecho a un medio ambiente adecuado. En esa forma, creemos, se atenúa la tensión entre medio ambiente y propiedad, pero no por ello desaparece», MACÍAS, Luis Fernando (2008): «Propiedad y Medio Ambiente: algunas consideraciones en torno al caso de Colombia», en *Revista de Derecho Administrativo* (No. 6, Lima), p. 63.

de tal modo la vinculación ambiental del derecho que apunta a neutralizar los riesgos derivados de la titularidad privada de bienes o derechos constituidos sobre bienes de especial valor natural» (15). Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional en su jurisprudencia constante y consolidada (16).

Así, pues a partir de esas funciones de la propiedad, se impone analizar la manera en que debe determinarse el régimen del derecho a partir de las diferentes aristas que lo componen: su propietario, su naturaleza y las afectaciones al interés general que sobre ella recaen.

2. Patrimonio Natural, propiedad pública y propiedad privada

La expresión «Patrimonio Natural» invita a pensar en términos de bienes, sin embargo, como técnica de protección tiene un reflejo en la propiedad privada y pública (A), lo que permitirá identificar plenamente su naturaleza jurídica (B).

A) La relación entre el Patrimonio Natural y el derecho de propiedad

Para entender la diferencia práctica entre propiedad y afectaciones al interés general, se reiterará la aplicación de una metodología que se ha expuesto en otras ocasiones para identificar el régimen jurídico de cualquier propiedad, para luego explicar de qué manera se pueden identificar elementos comunes a esas categorías *patrimoniales*.

De manera general (17), la determinación del régimen jurídico de la propiedad es un ejercicio que reviste una importante complejidad, así como un acercamiento casuístico (18); los diferentes regímenes de propiedad que

(15) SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia* (Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral), p. 426 y 427.

(16) Al respecto ver, por todas, las sentencias de la Corte Constitucional: C-1071/03, C-1172/04, C-189/06, T-760/07, C-283/14.

(17) Sobre todos estos puntos ver: PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2011): «Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*. (No. 21, U. Externado, Bogotá), p. 207-232; PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2014), «La propiedad de los bienes de uso público», en *Revista de Derecho Administrativo Económico* (No. 18, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile), p. 73-98.

(18) En efecto, señala Jeremy WALDRON: «no one in the modern debate about property needs to be told that, from a legal point of view, ownership is not a single right but comprises a bundle of rights, of various Hohfeldian shapes and various sizes» (2012): *The rule of law and the Measure of property* (Cambridge University Press, Cambridge), p. 65 a 66. Para el derecho colombiano, Hernando DEVIS ECHANDÍA (1944) ya intuía, en 1944, esta situación: «se

existen se identifican globalmente con tres niveles de análisis, como se indicó, que se fundamentan en la distinción de dos extremos, a saber el vínculo jurídico entre el propietario y el bien objeto del derecho, por una parte, y por la otra las relaciones que el bien mantiene con un interés general concreto y particularizado.

Esta disociación entre lo que corresponde al derecho de propiedad como vínculo subjetivo de carácter real, de aquello que se deriva de las afectaciones al interés general de carácter funcional, resulta esencial para entender la categoría *Patrimonio Natural*. En efecto, a pesar de la extensión de la cita resulta pertinente traer a colación lo que se ha defendido en otra oportunidad:

«En primer lugar, es necesario afirmar que el régimen jurídico de un bien público se compone de una serie identificable de condiciones relativas al titular del bien (lo que hará de una cosa un bien público es su pertenencia a una persona de derecho público), a las características del bien y a las afectaciones que recaigan sobre él, se trata, en suma, de un test de determinación del régimen jurídico.

«De esta manera, se requiere determinar la pertenencia del bien, es decir, que el propietario del bien sea una persona de derecho público. Esta etapa permite establecer dos series de disposiciones: la primera, atinente al bien directamente y la otra relativa a las disposiciones que surgen de la naturaleza jurídica del propietario público frente a la disposición del bien ...

«Al cabo de esta primera etapa, corresponderá establecer las características del bien, ¿se trata de un bien mueble, inmueble, corporal o incorporeal? ¿o se trata del espectro electromagnético, el subsuelo, el mar o los ríos, o una plaza pública? la determinación de estas características permite poner un segundo velo en la determinación del régimen jurídico del bien, según las reglas especiales que el ordenamiento jurídico haya establecido para cada tipo de bien.

«La tercera etapa es la de las afectaciones que gravan el bien. En efecto, sobre cada bien público o privado se han instaurado diferentes tipos de afectaciones. En este sentido, un edificio público puede estar destinado a un servicio público, pero además puede tener un interés sectorial particular (defensa nacional o medio ambiente, por ejemplo), y además hacer parte del espacio público de la ciudad. Esto quiere decir que no es suficiente con establecer las reglas de gestión del servicio público, sino que además se requiere conocer las reglas de gestión de los bienes de interés cultural (Ley 397 de 1997), y las del espacio público (Ley 9 de 1989 y las disposiciones particulares que al respecto hayan promulgado las autoridades locales). Lo mismo se puede afirmar de las calles y caminos (afecta-

limitan los poderes del propietario con el objeto de evitar perjuicios a la colectividad y de sobreponer el interés público al interés particular. Se le obliga a cumplir con la función social propia de ese derecho. Y surge así, por ejemplo, una legislación especial de bosques, de carácter estrictamente administrativo, que tiende a defender de los poderes de disposición del propietario la riqueza forestal de los países, y con ella el régimen de sus aguas, y consecuentemente su economía general. Tal es el caso de Colombia»: *El régimen de las aguas en el derecho colombiano* (Ed. Antena, Bogotá), p. 8.

ciones al uso público, al servicio público y al espacio público) o de las playas (afectaciones al uso público, ambiental, de interés cultural, al servicio público de transporte marítimo). Régimen que surgirá del análisis de cada categoría de bienes individualmente considerada.

«Si el régimen jurídico de base es la propiedad pública (imprescriptibilidad y reglas públicas de gestión), las demás ‘capas’ que se adicionan y que se aplican a los bienes públicos y privados, son la consecuencia tanto de las características del bien como de las finalidades que el ordenamiento jurídico decidió cumplir por intermedio suyo» (19).

El gran cambio que se puede identificar en la regulación de esas categorías patrimonializadas consiste en la consolidación de una técnica intermedia que permite proteger el interés general manteniendo la titularidad del bien en manos de los privados (20), ello no necesariamente implicó un abandono de la técnica expropiatoria, pero sí su evidente restricción a casos más extremos, como el de las obras públicas. *No se privatiza el interés general, ni se expropia la propiedad privada* (21); se reconoce la complejidad de la protección de aquél, pero también la importancia de alinear los intereses individuales y el interés de la comunidad, en particular si se trata de bienes que son necesarios para una adecuada protección del medio ambiente y de otros intereses generales que trascienden la relación estrictamente dominical.

B) La naturaleza jurídica del Patrimonio Natural

Aquello que subyace en el *patrimonio natural*, su naturaleza jurídica, corresponde a lo que hemos denominado *afectaciones al interés general*, es decir una categoría que contiene realidades con efectos distintos sobre el derecho de propiedad y con diferente intensidad en la regulación, pero cuya finalidad consiste en establecer limitaciones al ejercicio del derecho.

(19) PIMIENTO ECHEVERRI, Julian (2015): *Derecho administrativo de bienes ... op. cit.*, p. 270.

(20) En palabras de Héctor Santaella, «[n]i la demanialización de los recursos naturales supone una mayor garantía para su protección, ni su propiedad privada debe comportar el relajamiento de la obligación de guarda, mejoramiento y conservación que constitucionalmente fue impuesta sobre ellos al Estado» (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia* (Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral), p. 426.

(21) Tal y como lo ha afirmado el Consejo de Estado colombiano, «las afectaciones al interés general permiten, entonces, establecer amplias competencias en materia de regulación del derecho de propiedad pero sirven, al mismo tiempo, como marco para el ejercicio de dichas competencias, como determinante del alcance de las cargas públicas que debe soportar todo propietario por el hecho de serlo, dado que su propiedad se enmarca en un proyecto social establecido en la Constitución Política» (Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, Subsección A, exp. 21906, 2012).

De una manera general, las afectaciones consisten en intereses generales no dominicales que se reflejan sobre los bienes, se trata de una técnica de intervención administrativa en el derecho de propiedad, que engloba múltiples realidades (22). En los extremos del espectro, se encontrarán algunos casos, en los que la finalidad de la aplicación de ese concepto consiste en sustraer el bien del tráfico jurídico como una etapa previa a su adquisición, de manera voluntaria o forzosamente; en el otro extremo, se encuentran otras realidades que, por el contrario, buscan permanecer en el tiempo y delimitar el ejercicio del derecho de propiedad, bajo el supuesto de que mediante la imposición de esos límites se puede garantizar la adecuada protección de intereses generales que, por regla general, se identifican con derechos colectivos como el urbanismo, el patrimonio cultural, la protección del medio ambiente, el desarrollo económico, y los servicios públicos.

Como se explicó anteriormente la técnica de la protección del medio ambiente mediante la regulación de la propiedad privada (23) —es decir la creación de la noción de patrimonio natural— constituyó ese primer paso en la profesionalización y tecnificación de un sistema de protección del medio ambiente más adecuado al nuevo escenario constitucional.

Por otra parte, existe un elemento sustancial, propio al Patrimonio Natural que se ha decantado a partir de la creación de categorías propias de protección en su interior, con distintas consecuencias desde el punto de vista del derecho de propiedad y de las competencias administrativas: por ejemplo, la creación y aplicación de diferentes categorías de áreas protegidas, de un sistema administrativo destinado a garantizar su protección y de un conjunto de competencias —territoriales y nacionales, de policía y sancionatorias—, que pretende garantizar la protección del interés general de protección del medio ambiente.

Al respecto también es pertinente señalar que la identificación del objeto de protección y de su diferenciación frente a categorías cercanas —tanto por su parentesco en cuanto afectaciones al interés general, como por su aplicación previa para proteger intereses similares, como en la similitud en parte de su régimen jurídico—, como los bienes de uso público, resulta imperativa. En efecto, el acercamiento en los términos planteados permite establecer las

(22) RODOTÁ, Stefano (1986): *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid, Civitas).

(23) En efecto, «[d]icha limitación al dominio faculta a la Administración a intervenir los usos y actividades que se realizan en las áreas, para evitar que se contraríen los fines para los cuales se crean, sin perjuicio de los derechos adquiridos legítimamente dentro del marco legal y constitucional vigente. Igualmente, procede la imposición de las servidumbres necesarias para alcanzar los objetivos de conservación correspondientes en cada caso», AMAYA ARIAS, Ángela (2016): *El principio de no regresión en el derecho ambiental* (Iustel, Madrid), p. 375.

diferencias entre los bienes de uso público y las áreas de protección —sobre lo que se volverá más adelante—, pues más allá de alguna eventual similitud, ambas afectaciones buscan proteger intereses distintos: en el caso de los bienes de uso público, el objeto de protección es el uso común, mientras que en el caso de las áreas protegidas, el objeto de protección es el interés general ambiental que motivó su declaratoria, el uso común solo es aceptable en la medida en que sea compatible con la finalidad del objeto de protección.

C) Las técnicas de protección del Patrimonio Natural como categoría jurídica

El régimen jurídico de estas afectaciones al interés general se compone de tres grandes elementos o pilares, cuya finalidad consiste en reglamentar el ejercicio del derecho de propiedad: *i.* la existencia de una declaración administrativa, *ii.* un régimen de gestión y, por último, *iii.* un régimen de protección, judicial y administrativo sancionatorio (24).

El régimen jurídico de protección patrimonial —cualquiera que sea su finalidad— se pone en marcha mediante la expedición de un acto formal de la autoridad competente, con él se individualiza e identifica el bien y comienza formalmente la limitación del ejercicio derecho de propiedad (25). Este elemento expresa mucho más que una simple formalidad, pues es el resultado de la verificación del cumplimiento de los requisitos indicados por el ordenamiento jurídico para que se limite el derecho de propiedad, se trata de un acto administrativo que afecta el ejercicio de los derechos del propietario, cuyo sometimiento a la ley debe encontrarse debidamente garantizado; por otro lado, en la medida en que limita los derechos del propietario debe notificarse en debida forma y, cuando ello proceda como en el caso de los bienes inmuebles, inscribirse en el registro inmobiliario.

(24) En palabras de Giuseppe PIPERATA (2014), «[e]l ordenamiento italiano asigna la tutela del medio ambiente a diferentes instrumentos, algunos de carácter autorizador preventivo, otros de tipo planificador o programático, otros de tipo de emergencia y otros resarcitorios»: *Gobierno del territorio y tutela del medio ambiente, del paisaje y de los bienes culturales en el ordenamiento italiano* (Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela, Civitas, p. 2730). En Colombia, estos aspectos ambientales se encuentran regulados en las leyes 2 de 1959 y 99 de 1993, así como en el Código de Recursos Naturales (Decreto ley 2811 de 1974) y, para el caso del patrimonio cultural, lo contenido en las Leyes 397 de 1997 y 1185 de 2008 y en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015.

(25) Ahora bien, aun cuando la limitación del derecho de propiedad comienza de manera formal con la declaratoria correspondiente mediante acto administrativo, los principios del derecho ambiental se aplican de manera integral y pueden implicar la prohibición de actividades previamente autorizadas o la aplicación de medidas cautelares administrativas y judiciales, con el fin de garantizar la intangibilidad del objeto de protección.

El segundo elemento consiste en la aplicación concreta del régimen de gestión del bien contemplado en la ley, que puede variar, y en efecto lo hace, según su naturaleza jurídica—mueble, inmueble, corporal o incorporeal— y/o el tipo de protección requerida —es muy distinto proteger una zona de reserva forestal que una expresión artística—. Por otra parte, de manera general se ha incluido en los ordenamientos jurídicos un tipo especial de permisos y licencias administrativas para la utilización de los bienes, beneficios fiscales, restricciones a la circulación, globalmente se puede afirmar que el legislador tiene un amplio margen de estructuración del régimen jurídico que mejor se adapte para la protección del interés general en concreto, todo ello dentro del marco del mandato constitucional. En particular, se han consolidado mecanismos administrativos de planificación denominados Planes de Manejo, la necesaria obtención de licencias ambientales y la tradicional técnica concesional.

Finalmente, el ordenamiento jurídico estableció un doble sistema de protección, compuesto por elementos de *ius puniendi* del Estado, tanto desde el punto de vista penal —creación de delitos especiales contra el patrimonio—, como desde el sancionatorio administrativo —régimen de contravenciones administrativas—, especializado según el interés general en concreto. En diversos países, por otra parte, como ocurre en Colombia, esos intereses generales se han identificado con derechos colectivos, cuya protección judicial se ha ampliado con la creación de acciones públicas —en el caso colombiano *acciones populares*— que convierten al ciudadano en un defensor de primer orden del interés general y al mismo tiempo pretenden sustraer la protección del *patrimonio* de condicionamientos políticos o estrictamente económicos.

Ahora bien, el patrimonio natural, en la actualidad se puede percibir como un instrumento de creación de riqueza. En la medida en que, a través del turismo, la protección del patrimonio se abre paso como una actividad económicamente rentable, el propietario tiende a recibir con mayor facilidad las limitaciones propias que esos intereses generales le exigen, le corresponde al poder público trascender ese primitivo impulso exclusivo de la conservación, para ubicarse en el escenario de la gestión y la valorización.

II. LOS BIENES PÚBLICOS EN EL MARCO DEL PATRIMONIO NATURAL

La técnica de protección del patrimonio natural es relativamente nueva en los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la familia romano germánica, pues durante mucho tiempo la protección que se le prodigaba a lo que hoy se conoce de esa manera, pasaba por la protección de bienes públicos, en particular del dominio público, principalmente del demanio natural. Hoy, ya lo señalé, la protección trasciende la *publicatio* en sentido material, para ubicarse en la identificación del régimen jurídico que mejor se adecúe a la

necesidad concreta de protección del interés general que esos bienes vehicular; no obstante, los bienes públicos, en gran medida calificados como *bienes de uso público*, como técnica de conservación y gestión del patrimonio natural, siguen siendo un elemento central del sistema.

En este orden de ideas, se analizará, en primer lugar, las categorías de bienes públicos que se involucran en el patrimonio natural, como objeto de protección (1), para luego ahondar en su régimen jurídico particular en el derecho colombiano (2).

1. Las categorías de bienes públicos

En el derecho colombiano, huelga reiterarlo, no se adoptó la categoría «*dominio público*» tal y como se concibe en los países europeos; lo que existe se asemeja más a la idea de escala de demanialidad (26), por la multiplicidad de regímenes jurídicos que se pueden aplicar a los bienes públicos según la destinación que estén llamados a cumplir. El régimen jurídico colombiano se centra entonces, en la categoría *bien de uso público*, la cual ha sido ampliamente utilizada por el legislador para dotar de un régimen estricto de conservación a distintas categorías de bienes.

Con el fin de identificar las categorías de bienes públicos que integran el patrimonio natural (B), es imperativo analizar la cuestión de su pertenencia (A), como técnica de protección.

A) La cuestión de la pertenencia: dominio público natural y bienes de uso público

Numerosas disposiciones normativas se dedicaron a regular lo relativo a algunas categorías de bienes públicos, en este acápite se analizarán las más relevantes. La cuestión de los bienes de uso público naturales no escapó a la regulación del Código Civil (CC), que estableció algunas reglas de protección a través de la aplicación de la categoría a los ríos y dotarlas de un régimen de protección establecido por ese mismo cuerpo normativo. Así, el artículo 677 de dicho cuerpo normativo (27) estableció que los ríos son bienes de uso

(26) AUBY, Jean-Marie (1958): «Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration» (EDCE, n° 12).

(27) A cuyo tenor,
«ARTICULO 677. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

«Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños».

público, desde que nazcan y mueran en heredades distintas, así mismo instauró un régimen de protección judicial, pues permitió la aplicación de la acción popular contenida en el artículo 1005 CC, garantizando así que cualquier particular pudiera promover su protección.

En 1912, el Código Fiscal amplió el espectro de protección pero utilizó otra categoría: la de los bienes baldíos. Así, al tiempo que se perfeccionó la protección de los ríos y otros cuerpos de agua, determinó que algunos bienes, de especial incidencia como las playas y las islas, tendrían el carácter de bienes baldíos y por lo tanto imprescriptibles (28). Desde 1936, sin embargo, el régimen de protección del patrimonio natural se tecnificó de manera extraordinaria a partir de la aparición en el derecho colombiano de la función social de la propiedad y las posibilidades que ello permitía para la protección de determinados intereses generales. Ello no implicó, en todo caso, la desaparición de las categorías tradicionales, pero sí su integración con otros mecanismos de protección de lo que más adelante se denominaría patrimonio natural, trasladando esas cargas al propietario privado.

Se fueron, además, consolidando categorías enteras de bienes públicos destinados a la protección de los entornos naturales: como los bosques (29) y se crearon reglas de protección de los bienes públicos naturales, a través de la limitación de los usos en bienes baldíos y reglas de conservación como la inadjudicabilidad, contemplada en las distintas disposiciones normativas que rigieron la materia. La materia de aguas, además, ocupó en repetidas ocasiones la atención del Gobierno y del legislador, cuya finalidad consistía más en determinar los tipos de aprovechamiento y las modalidades de concesión, que la protección ambiental, lo que motivó a un auge en la doctrina nacional en este punto (30).

Resulta necesario anotar, sin embargo, que la misma codificación, en el artículo 684, pretendió garantizar los derechos privados que fueron adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

(28) Tal y como expresamente se estableció en el artículo 45 de dicho cuerpo normativo.

(29) No parece encontrarse antes de esta época en la legislación nacional mecanismos de protección de alguna noción primitiva de patrimonio natural, por el contrario, durante el siglo XIX la legislación se encargó de establecer mecanismos cada vez más libres de explotación de los bosques nacionales y de los bienes baldíos. Al respecto ver, por ejemplo, los Decretos del 14 de agosto de 1863, del 20 de agosto de 1864, del 17 de junio de 1865, la Ley 15 de 1865. Por el contrario, siguiendo el espíritu de la época, las normas promovían, por ejemplo, la desecación de las lagunas, como ocurrió con el Decreto legislativo No. 40 de 1905. En 1907, mediante la Ley 30, sin embargo, se empezó a desarrollar una legislación de bosques garantizando su apropiación pública, pero siempre con la idea de su aprovechamiento económico, más que en algún enfoque proteccionista, aunque se estableció como carga del concesionario una explotación que garantizara su «*re población o reproducción*» (art. 7).

(30) A pesar de la ausencia de reflexiones generales en materia de bienes públicos, el derecho de aguas ocupó breve, pero intensamente, la atención de la doctrina. Al respecto se pueden consultar: BOTERO ISAZA, Valerio (1930): *Régimen legal de aguas* (ed. Aguila, Bogotá);

Quizá el texto que mayor vigor le dio a la protección del patrimonio natural en Colombia fue el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables —CRNR, Decreto-ley 2811 de 1974—, la cual, de paso, es de las pocas normas que se refieren específicamente a los recursos naturales renovables de *dominio público* (31), con la clara intención de generar la apropiación de esos bienes, pero siempre acompañado de la consabida excepción «*salvo derechos adquiridos*» (32).

Distintas leyes, con posterioridad a dicha norma se ocuparon de los bienes públicos, en el marco de lo que se puede denominar Patrimonio Natural; la Ley 13 de 1990, por ejemplo, define como parte del dominio público del Estado «*los recursos hidrobiológicos contenidos en el mar territorial, en la zona económica exclusiva y en las aguas continentales*» y le otorga una consecuencia, pues según el inciso segundo del citado artículo 2, le «*compete al Estado administrar, fomentar y controlar la actividad pesquera*». Ya se ha establecido la dificultad de integrar la noción de *dominio público* tal y como se ha decantado en el derecho colombiano y su evidente polisemia, que ha llevado a su abandono paulatino por el legislador, pero fue de común utilización en esa primera época, hasta la expedición de la Constitución Política de 1991.

En materia de bienes públicos, el cambio operado por la Constitución Política de 1991 fue profundo, en particular porque al tiempo que banalizó la titularidad pública y el régimen jurídico que antes se encontraba reservado a los bienes de uso público, se optó por un sistema de protección de los intereses colectivos que trascendiera la apropiación pública, y propender por una garantía sustancial del medio ambiente —por ende del patrimonio natural— a través de la función ecológica del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 58 constitucional.

De este somero recuento, que no tiene vocación de exhaustividad dada la extraordinaria dispersión de las normas que rigen la materia, resulta con claridad, en primer lugar, que aunque la categoría dominio público natural no se instauró en el sistema de los bienes públicos colombianos, en todo caso sí se consolidó un régimen de bienes públicos en el ámbito de la protección del

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1944), *El régimen de las aguas en el derecho colombiano* (Ed. Antena, Bogotá). Es además importante el juicioso estudio sobre el tema que se ha hecho en los 5 tomos de las *Lecciones de derecho de aguas*, editados por la Universidad Externado de Colombia, entre el 2003 y el 2016.

(31) El título V del Decreto 2811 de 1974 —Código Nacional de Recursos Naturales Renovables—, establece específicamente la categoría de «*recursos naturales renovables de dominio público*», en este caso la expresión es usada como sinónimo de propiedad pública. Como sustento de esta posición pueden verse los artículos 80 y 83 de dicho código puesto que consideran de dominio público ciertos cauces y corrientes «*salvo derechos adquiridos*».

(32) Cf., AMAYA ARIAS, Ángela (2017): *Los derechos adquiridos frente a la protección del medio ambiente: análisis de dos casos puntuales* (U. Externado, Bogotá), p. 53 a 91.

patrimonio natural; en segundo lugar, que la apropiación pública se extendió hasta donde se enfrentara a derechos adquiridos, en cuyo caso, los bienes públicos adoptarían el régimen de los bienes de uso público y en el caso de los privados, la protección adoptaría la forma de una afectación al interés general; en tercer lugar, las categorías de bienes públicos son de difícil integración con la propiedad privada, lo que ha llevado, por una parte, a su apropiación informal por particulares y, por la otra, a soluciones judiciales complejas en cuanto a su identificación, delimitación y protección.

B) Los bienes de uso público naturales

En este acápite se tratarán las categorías de bienes públicos que se enmarcan en el concepto de patrimonio natural, a partir de tres ideas iniciales: *i)* se debe reiterar que el concepto en estudio, el de Patrimonio Natural, trasciende la distinción entre bienes públicos y privados, aplicando al menos en parte, el mismo régimen jurídico a bienes de distinta titularidad; *ii)* ese régimen jurídico se superpone a cualquier otro tipo de protección que puedan tener esos bienes, en este sentido, por ejemplo, un mismo bien puede al tiempo hacer parte del patrimonio natural —en cualquiera de sus modalidades e instrumentos— y ser catalogado además como bien de interés cultural, es esencial, sin embargo, que las afectaciones sean compatibles las unas con las otras, pero en caso contrario prevalecerá —al menos en el derecho colombiano— la que busca la protección del patrimonio natural; finalmente, *iii)* cualquier bien público o privado podrá hacer parte del patrimonio natural desde que su protección sea necesaria para garantizar la protección de ese especial interés general.

Queda claro, además, que en Colombia los Parques Naturales y, en general, las áreas protegidas no se construyeron en torno a la idea de titularidad pública, sino de delimitación del ejercicio del derecho de propiedad. De manera general, sin embargo, se puede afirmar que la categoría del *dominio público natural* se alinea con la protección del patrimonio natural de la cual fue una versión, podría decirse, *primitiva*. Finalmente, el legislador nacional utilizó diversos mecanismos de protección de dichos bienes, pues no solo los declaró bienes de uso público, sino que les otorgó la protección de bienes baldíos reservados para la Nación, con el fin de garantizar su integración en el patrimonio público y la imposibilidad —al menos jurídica— de su apropiación por los particulares.

Así, en el caso del derecho colombiano, se puede afirmar que los bienes públicos que se encuentran amparados en el concepto de patrimonio natural son: los cuerpos de agua, los montes, los bosques y las playas y playones (33).

(33) Cf. PAREJA, Carlos H. (1937): *Derecho administrativo. Teórico y práctico* (Librería Siglo XX, Bogotá), p. 387 a 394.

Los cuerpos de agua tienen en Colombia una regulación que sigue la de otros países de similar historia jurídica. El Código Civil afirmó, como regla de principio, que los ríos pertenecían a la Nación, señalando, es más, que se trata de *bienes de uso público* (34), salvo aquellas que murieran y nacieran en una misma heredad que eran de propiedad privada (art. 677, precitado); ese hipotético caso, de difícil configuración, se mantiene como una fórmula común en el análisis de la materia, pero no se ha consolidado el análisis de un *derecho de aguas* en el sistema nacional (35). Algunas normas se ocuparon del asunto de manera muy tangencial, estableciendo las reglas especiales del aprovechamiento de las aguas (36). El CRNR, en 1974, creó la categoría de recursos naturales y la aplicó a los cuerpos de agua genéricamente, es más, atribuyó la titularidad de esas formaciones naturales a la Nación, como regla general (37).

En efecto, la Parte III de dicho cuerpo normativo se encarga de regular lo relativo a la propiedad de las aguas y de los bienes aledaños o necesarios para su conservación, en particular, el artículo 80, por cuya virtud, «[s]in perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles»; por su parte, en el artículo 83 del CNRN se estableció:

«Artículo 83°. — Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:

- «a. — El álveo o cauce natural de las corrientes;
- «b. — El lecho de los depósitos naturales de agua;
- «c. — La playas marítimas, fluviales y lacustres;
- «d. — Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;
- «e. — Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares;
- «f. — Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas».

(34) En palabras de DEVIS ECHANDÍA (1944), «las aguas pertenecen a la nación (luego se verá cuáles son nacionales y cuáles de propiedad particular), revisten el carácter fundamental de bienes de uso público. Ellas están, en principio, al servicio de todos los habitantes del respectivo territorio. Pero a diferencia de lo que sucede con las calles, plazas, parques, etc., si bien por regla general todos pueden hacer uso de ellas, tal uso no lo autoriza la ley de una manera idéntica para todos los individuos, sino según su situación con relación a la corriente o depósito de que se trate», *El régimen de las aguas en el derecho colombiano* (Ed. Antena, Bogotá), p. 10.

(35) Excepto por las referencias indicadas en el acápite anterior.

(36) Ocupa un lugar esencial en este punto, la referencia a la Ley 113 de 1938, mediante la cual el Estado optó por *apropiarse* de la fuerza hidráulica.

(37) Por ejemplo, los decretos 1662 de 1902, 574 de 1905, 47 de 1915 y las Leyes 5 de 1905, 33 de 1910 y 63 de 1911. Cf. GARIZADO TORO, Carlos (2011): «Evolución del derecho de aguas en Colombia: más legislación que eficacia» (actualidad jurídica, No. 3 y 4), p. 35 a 44.

La norma en cita pone el acento sobre varios puntos controversiales. En primer lugar, deja a salvo los *derechos adquiridos por particulares* respecto de los bienes que se identifican a renglón seguido en la disposición; en segundo lugar, en nuestro criterio, derogó tácitamente la disposición normativa del Código Civil que permitía la apropiación de cursos de agua, siempre y cuando nacieran y murieran en una misma heredad (38), y ordenó la *publicatio* de todos los bienes allí señalados, respetando aquellos ríos que se habían adquirido legítimamente con arreglo a la codificación civilista; en tercer lugar, se enfocó en la protección del cauce y las rondas de las corrientes de agua, más que en *el agua* en sí misma considerada; finalmente, amplió la protección tradicional derivada de la inalienabilidad a categorías distintas de las tradicionalmente consideradas por el Código Civil y las otras leyes vigentes.

Cabe señalar, además, que aun cuando la técnica de la apropiación se adoptó decisivamente como mecanismo de protección de las aguas, el CNRR estableció también que, en presencia de un derecho adquirido, la protección se realizaría a través de la delimitación del derecho de propiedad, mediante la identificación de condiciones para el ejercicio del derecho en esos bienes, previamente determinadas por el ordenamiento jurídico.

Los bosques también fueron considerados como bienes baldíos en la regulación de principios del siglo XX; por su parte, el CRNR los calificó como recursos naturales, pero solo en la medida en que se encontraran a ambos lados de una frontera (art. 11); sin embargo, el mismo Código prefirió prescindir de su calificación de bienes públicos, con el fin de garantizar la protección de lo que denominó áreas de reserva forestal, en las que estaría prohibido adjudicar baldíos (Parte VIII, Título III).

Las playas y playones también fueron catalogadas como bienes de uso público y como baldíos. De nuevo, con la finalidad de garantizar su protección frente a la posible ocupación o apropiación por parte de particulares. La protección se dio por una doble razón, por cuestiones ambientales y por razones de orden patrimonial, pero poco o nada se ha hecho a nivel normativo o institucional para garantizarla de manera eficaz.

(38) A pesar de que en el art. 81 del mismo cuerpo normativo se dio alcance al artículo 677 CC, pues se afirmó que «se entiende que un agua nace y muere en una heredad cuando brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad»; pero, además, estableció la posibilidad de perder el derecho de propiedad respecto de las aguas privadas *por no utilizarlas durante tres años continuos a partir de la vigencia de este Código* (art. 82). En todo caso, la evolución técnica en estos temas ha permitido aplicarle las categorías definidas en dicho Código, por ejemplo, a los humedales, cuya importancia ecológica dista de ser menor (cf. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo (2008): *Bienes* (11ª ed., Comlibros, Medellín), p. 76 a 78.

En la actualidad, si bien el ordenamiento jurídico colombiano no ha recibido el concepto de *demanio marítimo*, o en particular el de *litoral*, existen normas que se han encargado de regular la materia, en la actualidad (39) se encuentra en el artículo 166 del Decreto 2324 de 1991 (40) y de incluir en ellos los bienes de uso público ligados a esa definición. A este respecto, dos cuestiones merecen ser relevadas en Colombia: una primera dificultad radica en la identificación de estos bienes, puesto que se trata, en la mayoría de los casos, de la aplicación de categorías jurídicas a realidades materiales forjadas por la naturaleza, que se modifican constantemente por las condiciones ambientales, y su relación con el carácter formal del derecho de propiedad privada, con lo que se han generado incontables problemas; en segundo lugar, como es común en muchos países, el concepto de litoral estaría llamado a abarcar bienes públicos y privados, así como distintos intereses que se reflejan en estas zonas, se trasciende, entonces, la protección derivada de los bienes de uso público y se aplica a otro tipo de categorías patrimoniales (41).

2. El régimen jurídico

Existe un régimen jurídico común a los bienes públicos en el derecho nacional; sin embargo, tal y como se ha explicado en otras oportunidades, las bases del sistema colombiano de los bienes públicos requieren un análisis específico de las distintas categorías que lo componen para determinar la

(39) El intento más serio de una *Ley de Costas* naufragó en el Congreso de la República en 2016 —se trataba del Proyecto de Ley 08/2014 Senado—, por ello aún hoy el régimen costero en Colombia se encuentra totalmente desadaptado a las necesidades del país.

(40) A cuyo tenor, «Artículo 166. Bienes de uso público. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto, intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo».

(41) En palabras de Jaime Orlando SANTOFIMIO (2008), «es posible e irremediable que respecto de los bienes del litoral coexistan, en consecuencia intereses privados, propiedad privada, con bienes propiamente de dominio público, como lo son los bienes de interés y explotación económica pública (fiscales), bienes de uso público» y continúa «Lo anterior resulta muy claro desde el punto de vista jurídico, si se tiene en cuenta que conforme a la estructura propuesta para el concepto del litoral, hace parte de este el concepto de costa, el cual en la legislación colombiana no solo comprende una estrecha porción de territorio aledaña propiamente al mar, sino que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2324 de 1984 comprende una zona considerable de terreno, denominada costa nacional, que abarca dos kilómetros de ancho en paralelo a la línea de más alta marea, en donde no todo el terreno correspondiente es considerado por el artículo 166 del mencionado decreto como bien de uso público», «Mecanismos e instrumentos de protección y defensa del patrimonio litoral en el derecho colombiano», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (dir.), *La protección del patrimonio litoral* (U. Externado, Bogotá), p. 144 a 145.

forma en que las notas generales del régimen jurídico se aplican de manera concreta en los bienes públicos *naturales*. Dicho régimen se puede identificar a partir de tres variables específicas, la manera en que se afectan o desafectan esos bienes —es decir, que se pone en marcha la aplicación de unas normas específicas—, los mecanismos de protección y los mecanismos de gestión.

A) Afectación y desafectación

La afectación, es sabido, tiene una doble connotación esencial en esta materia (42). Dicha decisión implica la aplicación del régimen de gestión y protección especialmente destinado para esos bienes, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

En el caso de los bienes públicos denominados naturales, la afectación se realiza por estricto ministerio de la ley, que determina que, para ciertos bienes, se aplicará determinado régimen jurídico, desde que se verifiquen los presupuestos técnicos o científicos para ello. Por ejemplo, en el caso de los ríos, la realidad natural del río se determina mediante instrumentos técnicos o científicos, el derecho simplemente reacciona ante su existencia por considerarlo un objeto especial de protección, por las razones que el ordenamiento jurídico haya considerado para otorgarla (43).

De esta manera, en la mayoría de casos, en materia de bienes públicos naturales, basta con identificar lo que debe considerarse como un «río» para que esa realidad material —en el caso colombiano entra en dicho concepto el cauce, el lecho y el *aqua profluens*—, que cumple esas condiciones, sea el objeto de la aplicación del régimen jurídico creado por la ley para regirla. Igual ocurre con las playas, con los bosques, y con todo bien que sea necesario para el cumplimiento del interés general, es decir, por regla general en estos casos si el bien es público, la afectación se realiza *ope legis*. Cuestión distinta ocurre, sin embargo, con la limitación de propiedad privada que sí requiere declaratoria expresa y concreta —de nuevo, por regla general— para dar lugar a la aplicación del régimen jurídico de protección y gestión.

La desafectación opera con reglas propias especialmente estrictas, pues desde que el bien mantenga las condiciones naturales que ordenan su clasificación en determinada categoría —río, lecho, cauce, etc.— se deberá mantener

(42) Para todos estos puntos, ver el desarrollo más completo en: PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes* (U. Externado, Bogotá), p. 333 y siguientes.

(43) No por ello pretendo desconocer lo afirmado por M. BALLBÉ —(1945): *Concepto del dominio público* (Bosch, Barcelona)—, en cuanto al carácter jurídico y no natural del dominio público, lo cierto, sin embargo, es que en el caso de los bienes públicos *naturales* el reconocimiento que el ordenamiento jurídico realiza, obedece a una realidad material ajena —por regla general— a la participación humana.

el régimen jurídico de gestión y protección, sin necesidad de declaratoria diferente, adicional o suplementaria; y que, por el contrario, le corresponde a las autoridades competentes velar por el mantenimiento de esas condiciones para garantizar la intangibilidad ordenada constitucionalmente y la protección reforzada que se analizará a continuación.

El Estado puede, sin embargo, decidir si modifica artificialmente las características de determinados bienes públicos naturales, por ejemplo, mediante la modificación del cauce de un río o, aún, su desecamiento; pero ello no puede ser la regla general, sino que debe ser el resultado de un juicio de ponderación entre la actividad de utilidad pública que requiere ese sacrificio de la protección de los bienes naturales.

En Colombia, se ha producido una jurisprudencia interesante a partir de un caso muy sonado (44); en dicho caso, que ocurrió en la ciudad de Cartagena, el tradicional hotel Hilton durante un periodo de 30 años ocupó parte de la playa y construyó parte de sus instalaciones en bienes de uso público, en el año 1990, se interpuso una acción popular contemplada, en ese entonces, en el artículo 1005 del Código Civil con el fin de proteger los bienes de uso público. El Consejo de Estado no ordenó, como era procedente, pero desaconsejable, la demolición de la edificación indebidamente construida, sino que consideró que, ante la imposibilidad de recuperar la playa destruida, le correspondía al propietario del hotel compensarla con un bien de similares condiciones destinado a la construcción de un parque ecoturístico. Solución poco ortodoxa, de muy difícil cumplimiento, pero que obvió adoptar alguna decisión frente a la naturaleza del bien, que hoy mantiene su carácter público. En cualquier caso, en esa providencia se consagró la posibilidad de desafectar bienes naturales y compensarlos, por orden judicial ante la imposibilidad de su recuperación.

B) Gestión

El derecho colombiano ha establecido un sistema poco eficiente de gestión de los bienes públicos naturales. Los instrumentos de gestión son anticuados y poco útiles para proteger los intereses generales que se encuentran en juego en el patrimonio natural. En particular, las normas siempre hicieron referencia a concesiones de aprovechamiento de los bienes públicos naturales, en particular aguas y bosques, mediante instrumentos unilaterales o contractuales, según el sector de actividad.

(44) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, AP – 130012331000200100051 01. Un comentario interesante de esa providencia se encuentra en: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2013): *Aspectos generales del régimen de los bienes del litoral marítimo. Competencias y limitaciones sobre el Derecho de propiedad* (Revista digital de Derecho Administrativo, No. 9, 2013), p. 145-167.

Los defectos del sistema tienen que ver con el pobre desarrollo que han tenido en el derecho colombiano las concesiones de dominio público o de bienes públicos; en particular, lo relativo al carácter precario que deben tener. Que se ha ido creando, sin embargo, a partir de la aplicación de principios y bases no escritas, que han llevado al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional a considerar que este tipo de títulos habilitantes, tratándose de concesiones en sentido general o de licencias ambientales, son revocables por razones de interés general ligadas a la protección del bien de uso público o del interés ambiental que se refleja concretamente en el bien.

Para el caso concreto de las licencias ambientales, la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido particularmente clara a la hora de señalar el carácter precario de todo tipo de autorizaciones en áreas protegidas. Por ejemplo, en sentencia C-746 de 2012, el Alto Tribunal Constitucional afirmó el carácter precario de las licencias ambientales otorgadas para actividades privadas en Parques Naturales (45). Igualmente, en reciente sentencia en la que se discutió la constitucionalidad de varias disposiciones normativas contenidas en el Código de Minas, por, entre otras razones, presuntamente vulnerar el derecho a un medio ambiente sano, la Corte Constitucional declaró ajustadas condicionadamente las normas demandadas y señaló el carácter precario de la concesión minera (46).

(45) Al respecto señaló:

«... La licencia ambiental funciona entonces como una herramienta con la cual el Estado, a través de las autoridades ambientales, ejerce y conserva la competencia de protección de los recursos naturales y del ambiente, y de prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

«Lo anterior, por cuanto la licencia ‘es esencialmente revocable’ por la autoridad ambiental que la expide, sin necesidad de contar con ‘el consentimiento expreso o escrito de su beneficiario’ (Ley 99/93 art. 62), en los términos previstos en la Sentencia C-328 de 1995, ya reseñada. Asimismo, la licencia se puede ‘otorgar, negar o cancelar’, en tanto la misma es una herramienta que permite concretar los deberes estatales de prevención y control del deterioro ambiental, conforme se expuso en la Sentencia C-328 de 1999. Por lo demás, la licencia puede ser ‘suspendida’ cuando se advierta la posibilidad de que la actividad, obra o proyecto autorizados generen daños o alteraciones al paisaje no previstos al momento de su concesión, pero que según las circunstancias es posible evitar, atendiendo a lo expuesto en las Sentencias C-293 de 2002 y C-703 de 2010».

(46) Corte Constitucional, sentencia C-389/16. Afirmó en aquella ocasión que el «contrato de concesión, como se ha explicado ampliamente, no confiere un derecho de propiedad sobre bienes estatales, sino una posibilidad de aprovechamiento, una vez inscrito en el registro minero; activa una obligación de control y vigilancia estatal sobre las actividades; y puede ser revocado por hechos asociados a la protección del ambiente». Para concluir que «el contrato de concesión puede ser revocado, en virtud de la facultad de intervención estatal, y lo mismo ocurre con la licencia ambiental, siempre que se constate que puede ocasionar un daño en la salud pública o en el ambiente, aspectos en los cuales, incluso, las autoridades están facultadas para aplicar el principio de precaución».

Más interesante resulta en todo caso, una sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se admitió una excepción extralegal a la intangibilidad de los actos administrativos de carácter particular, derivada de la precariedad de las concesiones de bienes de uso público. En esa oportunidad, el Alto Tribunal afirmó:

«La doctrina ha señalado al respecto que el principio de precariedad que es propio de los actos administrativos que habilitan a un particular para usar y gozar en exclusiva y en forma temporal un bien catalogado como de uso público, implica que dichos actos pueden ser revocados en cualquier momento por razones de interés general, sin que sea preciso recabar el consentimiento del particular afectado, por tratarse precisamente de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, cuya destinación principal sigue siendo el uso común del que habla el artículo 674 del Código Civil. Razones superiores de orden constitucional, estrechamente asociadas al interés general, explican que en casos como este pueda la Administración ejercer la potestad de revocación unilateral, debido al carácter precario que es consustancial e inherente a este tipo de actos de habilitación» (47).

Así pues, a pesar de que no existe en el derecho colombiano un sistema adecuado de gestión del Patrimonio Natural, poco a poco por vía jurisprudencial se han ido estableciendo las reglas para un sistema más moderno de títulos habilitantes, pero es mucho menos completo que en otros países que reconocen la importancia de los bienes públicos para una adecuada gestión administrativa.

C) Protección

El análisis del régimen jurídico de los bienes públicos en el patrimonio natural, se completa con los instrumentos de protección. Tradicionalmente, en Colombia se distinguen dos modalidades de protección, que dada la textura del objeto de protección —los derechos colectivos, en particular el medio ambiente— se aplica para todos los bienes que integran el patrimonio natural. Así pues, si de lo que se trata es de esbozar el paisaje de los instrumentos de protección se requiere, en un primer momento analizar la llamada protección por vía administrativa, policiva y sancionatoria (a), para distinguirla de la protección jurisdiccional (b).

(47) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. 25000-23-24-000-2004-00466-01.

a) La protección administrativa de los bienes públicos naturales

La protección administrativa de los bienes públicos naturales se puede analizar desde dos puntos de vista. En primer lugar, el régimen policivo, recientemente reformado y, en segundo, el régimen sancionatorio administrativo en temas ambientales.

En lo que atañe a la protección policiva. La recientemente expedida Ley 1801 de 2016, contiene un claro enfoque hacia la protección de los bienes con relevancia ambiental. Si se trata de bienes públicos, la protección adquiere diversas dimensiones: la protección mediante la recuperación de bienes públicos y las medidas correctivas contra conductas que atenten contra el medio ambiente.

Aun cuando no resulta pertinente en este trabajo realizar un estudio profundo de las particularidades del proceso policivo de recuperación de bienes públicos en el sistema jurídico colombiano (48). En punto a esta modalidad de protección, son dos los aspectos sobre los que vale la pena centrar la atención: la supuesta dualidad de los mecanismos de protección y la dificultad para adecuar dichos mecanismos a las normas constitucionales.

A este respecto las dificultades son evidentes: por una parte, resulta difícil mantener, en la actualidad a pesar de que ello no se encuentre en disposición normativa alguna, la dualidad de modalidades de protección según que el bien sea de uso público o fiscal, máxime cuando, como se ha analizado, la identificación de una u otra categoría no es de fácil realización. Por la otra, las normas que regulan la materia no establecen un procedimiento detallado para la ejecución de la medida ajustada a la realidad; sin embargo, vale la pena resaltar que, tal y como lo dispone el artículo 226 del recientemente expedido Código Nacional de Policía —contenido en la Ley 1801 de 2016—, las acciones policivas tendientes a proteger la integridad del medio ambiente, no se encuentran sometidas a las reglas de caducidad, pero las acciones correctivas sí podrán prescribir pasados 5 años desde la conducta que se pretende sancionar.

Desde el punto de vista sancionatorio, las normas se han perfeccionado y tecnificado a partir de la expedición de la Ley 1333 de 2009 y del propio Código de Policía de 2016, que parece aplicarse de manera paralela en estos temas a través de medidas correctivas. El derecho sancionatorio ambiental se aplica de manera prevalente, como una herramienta técnicamente adecuada para proteger los bienes de uso público incluidos en el concepto de Patrimonio Natural.

(48) Un interesante análisis de la cuestión se encuentra en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 28158 y Corte Constitucional, C-241/10.

b) La protección judicial

La protección por vía administrativa, no ha tenido en Colombia una utilización adecuada. El sistema jurídico colombiano se ha volcado hacia una protección judicial en las distintas jurisdicciones, me centraré en el control tradicional en sede de lo Contencioso Administrativo y en sede constitucional.

En el Contencioso Administrativo todo mecanismo tiende a garantizar finalmente la protección del patrimonio público, pero existen provisiones concretas que buscan reconocer las especificidades del conjunto de los bienes públicos. En primer lugar, en el derecho colombiano no opera la caducidad de la acción judicial cuando se trate de recuperar bienes públicos, se trata de una prerrogativa especial para la generalidad del patrimonio público en Colombia, ligada a la imprescriptibilidad de los bienes públicos (49), característica de este ordenamiento (50).

Por otra parte, el constituyente colombiano, desde 1991, decidió crear algunas acciones que se han denominado constitucionales: la acción de tutela, la acción popular y la acción de grupo (51). Dichos mecanismos de protección encuentran un lugar de florecimiento y expansión particularmente importante en el ámbito de los bienes públicos (52): se trata de las acciones populares y a

(49) Esta particular protección en materia de bienes públicos, encuentra su sustento teórico en una sentencia de 1996 del Consejo de Estado en la que se afirmó: «Se propone por parte de los opositores a las pretensiones de los demandantes, que en el sub iudice hay lugar a declarar la caducidad de la acción, o la prescripción del derecho en contra de la Nación. Sobre el particular estima la Sala que en tratándose de la propiedad del subsuelo y de las minas, estas figuras jurídicas resultan inaplicable, en razón a que por expresa disposición de la ley, tales bienes son imprescriptibles, inalienables e inembargables, características éstas que le impiden a los particulares hacerse al dominio de los mismos ya sea mediante la usucapación o por cualquier otro medio que pretenda la transferencia del derecho de propiedad de la Nación a aquellos» (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 29 de octubre de 1996, Exp. S-404)

(50) Postura derivada claramente de la teoría de los móviles y las finalidades acogida doctrinal y jurisprudencialmente en Colombia: Ver, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2004): *Tratado de Derecho Administrativo* (T. III, U. Externado, Bogotá), p. 140 y ss; y GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos (2014): *El nuevo proceso contencioso administrativo* (Ed. Doctrina y Ley, Bogotá), p. 262 y ss. Cf., también, Corte Constitucional, C-426/02 y Consejo de Estado, Sala Plena, 4 de marzo de 2003, Exp. IJ-030.

(51) Cf. GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos (2014): *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas* (U. Externado, Bogotá) y HENAO PÉREZ, Juan Carlos (2005): «Collective rights and collective actions: Samples of European and Latin American contributions», en MADDEN, M. Stuart: *Exploring tort law* (Cambridge University Press, Cambridge).

(52) En palabras de SANTOFIMIO GAMBOA

«... el control jurisdiccional de la administración pública colombiana se caracteriza por su amplitud y complementariedad. Los instrumentos procesales que el sistema constitucional consagra comprenden los más variados aspectos de la actividad administrativa, lo que hace que el marco de las tradicionales acciones establecidas por el legislador para la jurisdicción

la de tutela. En primer lugar, vale la pena resaltar que los bienes públicos, en general, se identifican, en el derecho colombiano con un interés colectivo digno de protección: el patrimonio público. Así, en caso de que cualquier ciudadano considere que alguna autoridad administrativa o algún particular realizan una actuación que contraría la protección del patrimonio público —que engloba, pero no se agota en los bienes públicos— podrá solicitar su protección ante la autoridad judicial correspondiente para que ordene la realización de cualquier medida que se pertinente y conducente para garantizar su intangibilidad.

Además, en la Ley 472 de 1998 se positivizaron diversos derechos colectivos, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente (53) (Pimiento, 2015,). En todos ellos, de manera directa o indirecta se protegen diversos tipos de bienes públicos que se pueden ver inmersos en la realización de las actividades allí señaladas.

De manera más concreta, tanto el constituyente, como el legislador, decidieron que el uso de los bienes de uso público y la protección del medio ambiente debían ser calificados como derechos colectivos (54) dignos de la amplia protección que otorgan esas acciones, al no imponerle mayores límites al juez, ser integralmente públicas, no ser desistibles por quien las interpone y garantizar un mecanismo flexible para la garantía de la intangibilidad del patrimonio natural (55). Se trata, entonces, de un mecanismo de protección

contencioso administrativa sean parte importante del engranaje de garantías, y no mecanismos exclusivos. El constituyente ha desarrollado preciosos instrumentos procesales, algunos de ellos en cabeza de las autoridades de esta jurisdicción que amplifican el clásico esquema de control sobre la administración pública, procurando que a través de su efectividad se logre la protección y aplicación de los derechos de los asociados» (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2004): *Tratado de Derecho Administrativo* (T. III, U. Externado, Bogotá), p 665 y 666).

(53) PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes* (U. Externado, Bogotá), p. 456 y ss.

(54) A cuyo tenor:

«Artículo 4º. — Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

(...)

«c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

«d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

«e) La defensa del patrimonio público»

(55) Al respecto, vale la pena revisar: PÁEZ-MURCIA, Ángela María; LAMPREA-MONTEALEGRE, Everaldo & VALLEJO-PIEDRAHÍTA, Catalina (2017): *Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico* (Revista Universitas, No. 134, Colombia), p. 209 a 248.

adaptado para las necesidades del patrimonio natural, en general, y de los bienes de uso público que lo componen, en particular.

*
* *

El objeto de este trabajo consistió en analizar la manera en que se entrelazan el Patrimonio Natural y los bienes públicos, como técnicas de protección de un mismo objeto: el medio ambiente. Ello me permitió comprobar, por un lado, la proliferación de técnicas de intervención en el derecho de propiedad y su perfeccionamiento, pero también la extraordinaria complejidad y desorden del sistema jurídico colombiano relacionado con los bienes públicos naturales o con incidencia medio ambiental. El inventario de los bienes públicos naturales resultó de utilidad, pues sirvió de sustento para afirmar la falta de coherencia de la regulación en la materia, la desuetud de sus instituciones, pero también la confianza puesta en la protección administrativa —por medio de intervenciones de policía administrativa o sancionatorias— y judicial, a través de las originales acciones populares del ordenamiento jurídico colombiano.

La intención no fue realizar un recuento exhaustivo de todos los bienes que se encuentran cobijados con el concepto de patrimonio natural, como tampoco lo fue desentrañar las más profundas especificidades del sistema colombiano en la materia; siguiendo el espíritu de la Red Internacional de Bienes Públicos, se buscó sentar las bases del derecho colombiano de los bienes públicos naturales para que, en el contraste con otros sistemas jurídicos, pueda avanzar hacia una mejor protección del interés general ambiental.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA ARIAS, Ángela (2016): *El principio de no regresión en el derecho ambiental* (Iustel, Madrid).
- (2017): *Los derechos adquiridos frente a la protección del medio ambiente: análisis de dos casos puntuales* (U. Externado, Bogotá).
- AUBY, Jean-Marie (1958): «Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration» (*EDCE*, n° 12).
- BALLBÉ, Manuel —(1945): *Concepto del dominio público* (Bosch, Barcelona).
- BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2013): *Aspectos generales del régimen de los bienes del litoral marítimo. Competencias y limitaciones sobre el Derecho de propiedad* (Revista digital de Derecho Administrativo, No. 9, 2013)
- BOTERO ISAZA, Valerio (1930): *Régimen legal de aguas* (ed. Aguila, Bogotá).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1944), *El régimen de las aguas en el derecho colombiano* (Ed. Antena, Bogotá).

- DUGUIT, Léon (1920): *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código Napoleón*. 2a ed. (Madrid, Ed. Francisco Beltrán).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2006): Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», en *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente* (No. 225, España).
- GARIZADO TORO, Carlos (2011): «Evolución del derecho de aguas en Colombia: más legislación que eficacia» (*Actualidad jurídica*, No. 3 y 4).
- GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos (2014): *El nuevo proceso contencioso administrativo* (Ed. Doctrina y Ley, Bogotá).
- GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos (2014): *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas* (U. Externado, Bogotá).
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos (2005): «Collective rights and collective actions: Samples of European and Latin American contributions», en MADDEN, M. Stuart: *Exploring tort law* (Cambridge University Press, Cambridge).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *El Patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, INAP, 2017.
- MACÍAS, Luis Fernando (2008): «Propiedad y Medio Ambiente: algunas consideraciones en torno al caso de Colombia» en *Revista de Derecho Administrativo* (No. 6, Lima).
- PÁEZ-MURCIA, Ángela María; LAMPREA-MONTEALEGRE, Everaldo & VALLEJO-PIEDRAHÍTA, Catalina (2017): Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico (*Revista Universitas*, No. 134, Colombia).
- PAREJA, Carlos H. (1937): *Derecho administrativo. Teórico y práctico* (Librería Siglo XX, Bogotá).
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2011): «Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*. (No. 21, U. Externado, Bogotá).
- (2014), «La propiedad de los bienes de uso público», en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (No. 18, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- (2015): *Derecho administrativo de bienes* (U. Externado, Bogotá).
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián & SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2015): «El estado actual del dominio público en el derecho colombiano», en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando & VIGNOLO, Orlando [Coord.]: *El dominio público en Europa y América Latina* (Lima, RIBP – Círculo de Derecho Administrativo)
- PIPERATA, Giuseppe (2014): *Gobierno del territorio y tutela del medio ambiente, del paisaje y de los bienes culturales en el ordenamiento italiano* (Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela, Civitas).

- RODOTÁ, Stefano (1986): *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid, Civitas).
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia* (Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral).
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2004): *Tratado de Derecho Administrativo* (T. III, U. Externado, Bogotá).
- (2008): «Mecanismos e instrumentos de protección y defensa del patrimonio litoral en el derecho colombiano», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (dir.), *La protección del patrimonio litoral* (U. Externado, Bogotá)
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo (2008): *Bienes* (11ª ed., Comlibros, Medellín).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): «Derecho de Bienes Públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa» en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando & VIGNOLO, Orlando [Coord.] *El dominio público en Europa y Latinoamérica*, (Lima, RIBP y Círculo de Derecho Administrativo).
- WALDRON, Jeremy (2012): *The rule of law and the Measure of property* (Cambridge University Press, Cambridge).

IV. JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

- Sentencia C-426/02
- Sentencia C-1071/03
- Sentencia C-1172/04
- Sentencia C-189/06
- Sentencia T-760/07
- Sentencia C-241/10
- sentencia C-746/12
- Sentencia C-283/14
- Sentencia C-389/16

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 29 de octubre de 1996, Exp. S-404.
- Consejo de Estado, Sala Plena, 4 de marzo de 2003, Exp. UJ-030.
- Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 21906.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, AP – 130012331000200100051 01.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 28158.

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. 25000-23-24-000-2004-00466-01.

DERECHO DE BOSQUES Y ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS EN CHILE

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

SUMARIO: I. BOSQUES Y ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS COMO HECHO JURÍDICO.– II. MARCO REGULATORIO DEL DERECHO DE LOS BOSQUES Y ÁREAS PROTEGIDAS: 1. Decreto supremo n° 4.363, De 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, que aprobó el texto definitivo de la Ley de Bosques (LB). 2. Decreto Ley n° 701 de 1974. Ley de Fomento Forestal (LFF). 3. Ley n° 20.283, de 2008, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (LBN). 4. Ley n° 18.362, De 1984. Ley del Sistema Nacional De Áreas Silvestres Protegidas del Estado (Isnaspe) [norma promulgada, publicada pero no vigente].– III. SISTEMA DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO FORESTAL: 1. PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FORESTAL: 1. Fomento de la actividad forestal. 2. Planificación previa. 3. Resguardo del bosque nativo. 4. Protección del medio ambiente.– IV. SISTEMA DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO FORESTAL. 2: EL CONCEPTO JURÍDICO DE BOSQUE: 1. Existencia y contenido de la definición: A) Concepto de bosque y su regulación. B) Autorización administrativa para explotar bosques: «plan de manejo». C) Definición específica: bosques nativos. D) Definición conexa: terrenos de aptitud preferentemente forestal. 2. Naturaleza y alcance de la definición de bosque: A) Alcance de la definición. B) Conceptos de bosque en otros cuerpos legislativos. 3. Tipo mixto de definición de bosque en la legislación chilena: A) Criterio cuantitativo de la definición legal genérica. B) Bosque nativo de preservación: criterio de lista. C) Bosque nativo de conservación y protección: criterio cualitativo. 4. Extensiones, limitaciones y exclusiones de la definición: A) Bosque y compensación ambiental. B) Concepto de bosque y especies vegetales declaradas Monumento Natural. C) Situaciones excluidas de la regulación forestal. 5. Definición de bosque ante la jurisprudencia: A) Corta de renovales o arbustos. B) Concesiones mineras y plan de manejo. C) Criterios cuantitativo y cualitativo en definición de bosque nativo. D) Servidumbres mineras y concepto de arbolados. E) Concepto de reforestación. F) Bosques y cultura indígena. 6. Discusión en doctrina: definición legal de bosque y otros aspectos normativos. 7. Definición de bosque y legislación especial.– V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BOSQUES: 1. Naturaleza jurídica de CONAF. 2. Atribuciones de conaf. 3. Jurisdicción de las atribuciones de CONAF.– VI. TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FORESTAL: 1. Diversas técnicas concesionales o autorizacionales en derecho forestal. 2. Concesiones. 3. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Bosques (LB). 4. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Fomento Forestal (LFF): A) De la calificación de terrenos forestales. B) De los planes de manejo. C) De los incentivos a la actividad forestal. D) De las sanciones. 5. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Bosque Nativo (LBN): A) Planes de manejo. B) Fondo de conservación, recuperación y

manejo sustentable del bosque nativo. C) Fondo destinado a la investigación del bosque nativo. d) Delitos, infracciones y sanciones. 6. Instrumentos de intervención propios de la Ley n° 18.362, de 1984. Ley del SNASPE [ley que no está vigente]: A) Antecedentes generales y objetivos. B) Categorías de manejo del SNASPE.– VII. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL: 1. Recurso de reclamación ante el juez de letras en lo civil.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.– IX. JURISPRUDENCIA CITADA.– X. NORMATIVA CITADA.

RESUMEN: El autor analiza desde la perspectiva del Derecho chileno los bosques y las áreas silvestres protegidas. Para ello, en primer lugar ofrece una descripción del marco normativo al que éstos se sujetan, junto con los principios jurídicos que inspiran el Derecho Forestal, ahondando especialmente en el concepto jurídico de «bosque». En segundo lugar, describe la organización administrativa y el régimen de potestades administrativas asociados a este sector. En tercer lugar, detalla las técnicas de intervención propias del Derecho Forestal, que se derivan de la legislación vigente, para acabar haciendo una breve referencia al régimen de resolución judicial de conflictos.

Palabras clave: Derecho Forestal; bosques; Derecho Administrativo; Chile.

ABSTRACT: The author analyzes from the perspective of the Chilean law the forests and protected wild areas. First of all, offers a description of the regulatory framework to which they subject, together with the legal principles that inspire Forest Law, especially delving into the legal concept of «forest». Second, describes the administrative organization and the regime of the administrative powers associated with this sector. Thirdly, details the intervention techniques of Forestry Law, which derive from current legislation, to end up making a brief reference to the judicial resolution conflicts system.

Key words: Forest Law; forests; Administrative Law; Chile.

Analizo la regulación chilena de bosques y áreas silvestres protegidas. Para ello, describo el marco normativo al que éstos se sujetan, junto con los principios jurídicos que inspiran el denominado Derecho Forestal, ahondando especialmente en el concepto jurídico de «bosque». Describo además la organización administrativa y el régimen de potestades administrativas asociados a este sector. Detallo luego las técnicas de intervención propias del Derecho Forestal, que se derivan de la legislación vigente. Finaliza el trabajo una breve referencia al régimen de resolución judicial de conflictos en la materia.

I. BOSQUES Y ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS COMO HECHO JURÍDICO

Chile es un país rico en especies arbóreas. Los bosques ocupan el 22% del suelo chileno, es decir, casi 17 millones de hectáreas, correspondiendo, de aquel porcentaje a un 82% a bosque nativo o autóctono. Los bosques se

encuentran ubicados a lo largo del territorio, fundamentalmente en las regiones lluviosas del sur (1).

El mayor enemigo de los bosques, tanto en Chile como en el resto del mundo, es el proceso de deforestación, el cual tiene como principal causa el cambio de uso del suelo para asignarle otros fines de carácter permanente, tales como la agricultura y la ganadería a gran escala. A tales factores se unen los grandes incendios forestales, la expansión de los núcleos urbanos y la corta o eliminación del recurso forestal con diversos fines productivos y económicos.

El auge que la industria forestal chilena tuvo en las últimas décadas, a partir de 1974 —año de dictación del Decreto Ley N° 701, sobre Fomento Forestal—, contribuyó a paliar el proceso antes mencionado, a través del incremento y expansión de las plantaciones forestales. Sin embargo, en lo que respecta específicamente al bosque originario, una de sus principales amenazas fue precisamente su progresiva sustitución por monocultivos de especies exóticas de rápido crecimiento, situación que comenzó a revertirse a partir de 2008, con la dictación de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

La protección de determinadas zonas o áreas del país, categorizadas como parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales, responde a menudo a la necesidad de conservar y/o preservar ecosistemas boscosos relevantes.

Los bosques en Chile inciden en la actividad económica de manera relevante: el sector forestal-maderero, uno de los mayores exportadores del país, después de la minería, genera en forma directa e indirecta más de 200 mil empleos permanentes, siendo sus principales productos la celulosa, papel, cartón, fibra de madera, tableros y chapas. Los bosques tienen, también, una gran importancia ecológica, tanto a escala local —en la regulación de los ciclos del agua, la protección del suelo, su relación con las reservas de biodiversidad y su influencia en el clima del área— como a escala global, dado el rol que cumple en la absorción del dióxido de carbono de la atmósfera.

Estos dos aspectos, junto a los valores culturales vinculados al bosque, hacen necesaria una adecuada regulación, que compatibilice: i) el incentivo dado a la industria forestal y a la actividad económica en general; ii) una protección suficiente de los recursos forestales, áreas silvestres y comunidades rurales; y iii) la conservación del bosque nativo, la biodiversidad, las tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas del sur de Chile y el patrimonio ambiental. Todo ello, a objeto de lograr un equilibrio entre todos estos elementos (2).

(1) Una historia de los bosques nativos del país ofrece OTERO 2006.

(2) Un panorama de la regulación española en: FERNÁNDEZ RAMÓN (2002).

II. MARCO REGULATORIO DEL DERECHO DE LOS BOSQUES Y ÁREAS PROTEGIDAS

Al igual que otras ramas del Derecho Administrativo Económico (3), el Derecho de los Bosques y las Áreas Silvestres Protegidas, o Derecho Forestal, es una disciplina relativamente nueva dentro del mundo jurídico, que carece en Chile de un desarrollo doctrinario específico. Por ello, para el adecuado estudio de esta rama, resulta menester acudir primeramente a sus fuentes normativas o marco legal.

Con anterioridad a 1925, las materias forestales fueron reguladas en Chile por diversas disposiciones contenidas en la 1ª Ley Orgánica de Ministerios (1837), el Código Civil (1857), el Código Penal (1872), el Reglamento General de Corta (1873), el Código de Minería (1874) y la Ley de Comuna Autónoma (1891), entre otros cuerpos normativos.

Con posterioridad a 1925, el marco regulatorio del Derecho de los Bosques y Áreas Protegidas se constituye fundamentalmente por los siguientes cuerpos legales:

1. Decreto supremo n°4.363, De 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, que aprobó el texto definitivo de la Ley de Bosques (LB)

La LB, inicialmente contenida en el Decreto Ley N°656, de 1925, modificado por el Decreto con Fuerza de Ley N°265, de 1931, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el citado Decreto N°4.363, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, tuvo por fin regular los «terrenos forestales» (hoy denominados «terrenos de aptitud preferentemente forestal») en nuestro país, constituyendo un primer intento de sistematización regulatoria dentro de esta rama del ordenamiento.

La LB, después de su modificación en 1979, considera terrenos de aptitud preferentemente forestal a todos aquellos terrenos que por las condiciones de clima y suelo no deben ararse en forma permanente, estén cubiertos o no de vegetación, excluyendo los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva (art. 1 LB).

Los terrenos mencionados anteriormente están sujetos a los planes de manejo aprobados por la Corporación Nacional Forestal, CONAF (art. 2 LB).

Esta ley se preocupó del fomento de la actividad forestal, entregando diversos incentivos para su desarrollo, precursores de los actuales, tales como

(3) Ver VERGARA (2018) el capítulo «Administración de bosques y áreas silvestres protegidas en Chile» que sigo aquí.

la exención de impuesto territorial a las plantaciones ubicadas en terrenos forestales y a los bosques naturales situados en zonas de prohibición de corta (art. 3 LB, hoy derogado). También concedió premios a la plantación de bosques que se sometiere a los reglamentos respectivos (art. 7 LB).

Pese a su data y a la dictación de cuerpos legales más modernos, la LB mantiene aún su vigencia, siendo la mayor parte de sus escasas disposiciones, plena y directamente aplicables.

2. Decreto Ley n° 701 de 1974. Ley de Fomento Forestal (LFF)

Décadas más tarde, en 1974, se dicta el Decreto Ley N° 701, de Fomento Forestal, cuyo texto fue reemplazado por el Decreto Ley N° 2.565, de 1979, conservando sin embargo el mismo número de Decreto Ley. Posteriormente, la LFF fue modificada por la Ley N° 19.561, de 1998. Éste es el cuerpo normativo que regula actualmente, y en detalle, la actividad sobre terrenos de aptitud preferentemente forestal, fomentando el desarrollo del sector.

La LFF surge por la necesidad de acelerar el crecimiento del sector forestal, regulando la intervención de los bosques y alentando la incorporación de nuevos territorios a los procesos de forestación y reforestación.

Tal como lo dice expresamente el art. 1 LFF, el objetivo de esta ley es regular la actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados e incentivar la forestación, en especial, por parte de los pequeños propietarios forestales, y aquella necesaria para la prevención de la degradación, protección y recuperación de los suelos del territorio nacional.

A través de ella se incorporan importantes incentivos económicos, ya que bonifica un alto porcentaje de los costos asociados a diversas actividades de forestación, y concede además beneficios tributarios, una vez que han sido aprobados por CONAF. Estos incentivos se revisarán pormenorizadamente más adelante. Respecto de la vigencia legal de los beneficios, interesa destacar que se encuentra en trámite parlamentario un proyecto de ley que pretende renovarlos por tres años (Boletín 10064-01) (4).

3. Ley n°20.283, De 2008, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (LBN)

Por otra parte, en julio de 2008 se publicó la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Esta ley, que regula

(4) La vigencia de los incentivos ya había sido ampliada en virtud de la Ley N°19.561 de 1998, hasta el año 2010, y, luego, prorrogada nuevamente hasta el 1° de enero de 2013, a través de la Ley N°20.488 de 2011.

específicamente el bosque nativo u originario, vio la luz luego de una larga tramitación en el Congreso Nacional, y pretende un equilibrio entre los aportes económico, social y ambiental que brinda el recurso forestal autóctono (5).

La LBN, según su art. 1, tiene como objetivos la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental.

Este cuerpo legal establece diversas normas de protección ambiental, referidas a los bosques nativos, suelos, aguas y humedales; crea un fondo concursable destinado a la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo; y establece un fondo distinto, destinado a la investigación del bosque nativo, entre otras materias.

4. Ley n° 18.362, De 1984. Ley del Sistema Nacional De Áreas Silvestres Protegidas del Estado (Lsnaspe) [norma promulgada, publicada pero no vigente]

Con el fin de conservar las áreas naturales ubicadas dentro del territorio nacional, en 1984 se creó el SNASPE, por medio de la dictación de la Ley N° 18.362, cuerpo legal que pese a su importancia, no ha entrado aún en vigencia.

El artículo 1 de la LSNASPE, señala que el SNASPE tendrá determinados objetivos de conservación, que se verán más adelante.

III. SISTEMA DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO FORESTAL. 1: PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FORESTAL

1. Fomento de la actividad forestal

Se promueve la participación de privados, permitiéndose el acceso a la actividad forestal a cualquier interesado, mediante el establecimiento de mecanismos de incentivo como, por ejemplo, el sometimiento a beneficios tributarios o bonificaciones económicas.

2. Planificación previa

La intervención o explotación de un terreno forestal prevé la aprobación de un plan de manejo previo, instrumento consagrado para la sustentabilidad

(5) Los bosques nativos fueron regulados por la LFF y por la LB hasta la entrada en vigencia de la LBN, sin perjuicio de las normas residuales o de carácter general contenidas en aquellos cuerpos legales, las cuales son aplicables igualmente a tales formaciones.

de la actividad sobre los bosques, y cuya aprobación está a cargo de CONAF (arts. 2 LB, 21 LFF y 5 LBN).

3. Resguardo del bosque nativo

Como se expuso, el bosque nativo se halla protegido especialmente por la LBN, que establece una serie de limitaciones a su intervención o explotación. En rigor estricto, esta ley no consagra prohibiciones absolutas a la utilización del recurso forestal, sin perjuicio del establecimiento de regulaciones más estrictas en caso de intervención de especies vegetales nativas clasificadas en alguna categoría de conservación.

4. Protección del medio ambiente

Con el fin de proteger suelos y cursos de agua, el art. 5 de la LB prohíbe la corta de árboles y arbustos nativos en determinadas situaciones (proximidad al nacimiento de manantiales, existencia de pendientes pronunciadas), salvo causa justificada y aprobación previa del correspondiente plan de manejo.

El art. 10 LB, por su parte, dispone que con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y parques nacionales de turismo en terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación (6).

Por último, la LB prohíbe la roza a fuego como método de explotación en los terrenos forestales, regula y restringe el empleo de este elemento tanto en suelos fiscales o particulares (art. 17 LB) como en Áreas Silvestres Protegidas (art. 22 bis LB), y establece penas pecuniarias y privativas de libertad para el caso de contravención (arts. 18, 22, 22 bis, 22 ter y 23 LB).

En la LFF, la protección ambiental se encuentra tratada en el art. 12, a propósito de los incentivos a la forestación en áreas en proceso de desertificación, y en suelos degradados o con serio peligro de erosión; y en el art. 22, que regula la obligación de reforestar en caso de corta de bosque (7).

(6) Esta interesante disposición es anterior a la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, o Convención de Washington, de 1940.

(7) A mayor abundamiento, el art. 29 del Reglamento General de la LFF, contenido en el Decreto Supremo N°193, de 1998, del Ministerio de Agricultura, establece que el plan de manejo deberá incluir prescripciones técnicas y medidas de protección ambiental y de cuencas hidrográficas necesarias para proteger el suelo, los cursos y masas de agua, la flora y la fauna.

Finalmente, la LBN, en su Título III, «De las normas de protección ambiental», establece normas de protección del Medio Ambiente, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

De esta forma, el art. 16 LBN dispone que todo plan de manejo deberá consignar las medidas a adoptar; a objeto de proteger los suelos, la calidad y cantidad de los caudales de los cursos de agua y la conservación de la diversidad biológica, y las medidas de prevención y combate de incendios forestales.

El art. 17 LBN prohíbe la intervención de bosques y arbustos nativos próximos a glaciares, y dispone que el Reglamento (8) normará la protección de suelos, cuerpos y cursos naturales de agua, bajo distintos criterios enumerados en la misma norma, agregando que aquél determinará, además, la normativa aplicable a los humedales especialmente protegidos, declarados Sitios Prioritarios de Conservación, o bien, sitios Ramsar (9).

El art. 19 LBN prohíbe, asimismo, la intervención de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas en alguna categoría de conservación, que formen parte de un bosque, así como la alteración de su hábitat, norma que resulta fundamental en materia de protección de la biodiversidad.

IV. SISTEMA DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO FORESTAL. 2: EL CONCEPTO JURÍDICO DE BOSQUE

1. Existencia y contenido de la definición

A) Concepto de bosque y su regulación

El «bosque», como concepto jurídico, se encuentra definido en la legislación forestal chilena como «sitio poblado con formaciones vegetales en las que predominan árboles y que ocupa una superficie de por lo menos 5.000 metros cuadrados, con un ancho mínimo de 40 metros, con cobertura de copa arbórea que supere el 10% de dicha superficie total en condiciones áridas y semiáridas y el 25% en circunstancias más favorables» (10).

La definición de «bosque» que se acaba de transcribir es la única que, en términos genéricos, existe en el ordenamiento legal chileno. Dicho concepto tiene un alcance general en la regulación forestal, puesto que la definición legal no efectúa ninguna distinción al respecto, resultando aplicable: i) tanto

(8) Decreto Supremo N°82, de 2010.

(9) Zonas húmedas designadas por el Estado, de acuerdo con la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (Ramsar, Irán, 1971).

(10) Cfr. artículo 2 LFF (modificado por la Ley N° 19.561, de 1998); el tenor de este precepto fue reproducido en forma textual por el artículo 2, N° 2, de la LBN.

al bosque nativo u originario, como a las plantaciones o bosques artificiales; ii) a los bosques privados, fiscales o públicos; iii) a los bosques sometidos a una protección especial, situados dentro de áreas confinadas, y iv) a los bosques urbanos y rurales.

En consecuencia, toda agrupación de especies vegetales en que predominen árboles, sea que se haya generado espontáneamente, en el caso de las especies autóctonas, o como consecuencia de actividades de forestación o reforestación, y cualesquiera sean su régimen de administración o el lugar donde se encuentre, debe cumplir estrictamente con todos y cada uno de los elementos recién señalados —superficie, ancho y cobertura de copa arbórea mínimos— para ser considerada «bosque», y constituir, así, objeto de regulación ante la ley forestal.

El hecho de que exista esa definición legal de «bosque», no implica que los diferentes tipos de bosques existentes en Chile reciban un tratamiento jurídico idéntico. Al respecto:

i) *Las plantaciones* (esto es, los bosques plantados, artificiales) se encuentran reguladas en la LFF, cuerpo normativo focalizado —como ya se indicó— en el fomento forestal, que contempla una serie de mecanismos legales, financieros y tributarios dirigidos a estimular la industria forestal y las actividades silviculturales de los pequeños y medianos propietarios, con el propósito de aumentar la superficie boscosa en el país y prevenir el deterioro de los suelos.

ii) *El bosque nativo*, en virtud de su fragilidad e importancia ecosistémica, es tutelado a través de un estatuto jurídico diferenciado, la LBN, cuyo énfasis se centra en la recuperación y mejoramiento de las masas forestales endémicas, en el resguardo de las especies vegetales arbóreas o arbustivas bajo amenaza o en situación de vulnerabilidad, y en la protección de los suelos, aguas y humedales.

iii) *Por último, los bosques situados en áreas silvestres protegidas* (zonas declaradas Parques Nacionales, Reservas Nacionales o Monumentos Naturales) son administrados directamente por CONAF (11), tuición que se funda, al día de hoy, en antiguas regulaciones contenidas en la LB, de 1925, y en la Convención de Washington, de 1940 (12); entre otros cuerpos jurídicos. Cabe recordar que la LSNASPE, cuerpo legal que confía la administración, vigilancia y control de las unidades de manejo que integran el SNASPE al Ministerio de Agricultura, a través de CONAF, aún no ha entrado en plena vigencia, constituyendo, por lo demás, un estatuto normativo que el proyecto

(11) Este rol será asumido en el futuro por un nuevo órgano, el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

(12) La Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, o Convención de Washington, se ha considerado directamente aplicable en Chile desde el año 1967.

sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y Sistema Nacional de Áreas Protegidas, pretende derogar expresamente.

B) Autorización administrativa para explotar bosques: «plan de manejo»

Ningún bosque existente dentro del territorio nacional puede ser cortado, explotado o intervenido sin una planificación previa, contenida en un instrumento técnico denominado plan de manejo, el cual debe ser presentado ante la CONAF y aprobado por ésta. El plan de manejo, probablemente, es la exigencia legal más importante, aplicable a todo tipo de bosques, sean éstos naturales o artificiales; se aplica a:

i) los bosques ubicados en terrenos privados, y se funda en las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, consagradas en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República de Chile;

ii) los bosques situados en predios fiscales y públicos, resultando obligatoria para todos los organismos y servicios del Estado.

iii) en el caso de los bosques localizados dentro de Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales, su intervención se encuentra sometida a exigencias mucho más rigurosas, ya que en general sólo puede tener por causa la ejecución de actividades u obras expresamente contempladas en la ley, como son las labores mineras y la exploración y explotación de energía geotérmica, todas las cuales deben contar, necesariamente, con los permisos y autorizaciones sectoriales y ambientales correspondientes.

C) Definición específica: bosques nativos

Sin perjuicio de la definición general de «bosque», la legislación forestal contiene una definición especial para el «bosque nativo», estableciendo que éste es aquel «bosque formado por especies autóctonas, provenientes de generación natural, regeneración natural, o plantación bajo dosel con las mismas especies existentes en el área de distribución original, que pueden tener presencia accidental de especies exóticas distribuidas al azar» (artículo 2, N° 3, de la LBN). Esta definición de «bosque nativo» no es contraria u opuesta a la definición matriz de «bosque», sino que consiste en un concepto específico, que arranca o deriva de aquélla, y que posee un campo de acción más acotado, siendo aplicable exclusivamente a los bosques originarios. De esta manera, toda agrupación de especies autóctonas debe cumplir con los requerimientos contenidos en la definición general, para ser considerada un «bosque» (13).

(13) La existencia de un bosque nativo no se determina por la sola presencia especies autóctonas; para que se configure dicho tipo de formación vegetal, los ejemplares de tales

A partir de la definición de «bosque nativo», se generan otras tres sub-definiciones especiales: i) bosque nativo de preservación, ii) bosque nativo de conservación y protección y iii) bosque nativo de uso múltiple. Este último está destinado preferentemente a la obtención de bienes y servicios maderables y no maderables (artículo 2, N° 6, de la LBN). *Infra* iv.3., se analizan los dos primeros.

D) Definición conexa: terrenos de aptitud preferentemente forestal

Íntimamente relacionado con el concepto de «bosque» está el concepto de *terrenos de aptitud preferentemente forestal*, definido por la ley como «todos aquellos terrenos que por las condiciones de clima y suelo no deban ararse en forma permanente, estén cubiertos o no de vegetación, excluyendo los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva» (artículos 1 LB y 2 LFF). Básicamente, se trata de suelos no aptos para la producción agrícola y el establecimiento de cultivos, pero que presentan características favorables para la explotación forestal o la conservación del bosque natural.

La ley establece que la corta de plantaciones en este tipo de terrenos (al igual que la corta de bosque nativo en todo tipo de terrenos) debe ser previamente autorizada por la CONAF, a través de la aprobación de un plan de manejo. Dicha corta genera la obligación de reforestar una superficie igual, a lo menos, a la cortada o explotada, actividad que debe ser ejecutada en el mismo terreno o en terrenos de aptitud preferentemente forestal que carezcan de especies arbóreas o arbustivas, o que contengan vegetación no susceptible de ser manejada con fines de preservación, protección o producción.

Además, la calificación de la aptitud preferentemente forestal de un terreno, otorgada mediante un acto administrativo de la CONAF, a petición del propietario, permite a éste acceder a las bonificaciones establecidas en la LFF, las cuales tienen por objeto financiar un importante porcentaje de los costos asociados a las actividades de forestación que se pretenda realizar en él.

Por último, los terrenos calificados de aptitud preferentemente forestal que cuenten con plantaciones bonificadas, están exentos de impuesto territorial.

especies deben provenir, preferentemente, de generación o regeneración natural, y excepcionalmente, de plantación bajo dosel, actividad consistente en una técnica de reforestación complementaria, cuyo objeto es mejorar la calidad del bosque nativo. Por tal razón, un terreno cubierto de árboles «nativos», íntegramente plantados por el hombre, eventualmente podrá constituir un bosque (artificial), si cumple con los requisitos legales; pero en ningún caso será susceptible de reputarse «bosque nativo», en términos estrictamente jurídicos.

2. Naturaleza y alcance de la definición de bosque

A) Alcance de la definición

En principio, la definición de «bosque» tiene un alcance jurídico limitado a las esferas de la actividad forestal y la recuperación del bosque nativo. La LFF y la LBN expresan que las definiciones que ellos establecen, se entienden para los efectos de dichos textos normativos. No obstante, la palabra «bosque» se utiliza en otros cuerpos legales, y cabe observar su alcance, por ejemplo, en un contexto civil o penal, ya no puramente forestal.

B) Conceptos de bosque en otros cuerpos legislativos

Cabe referirse a las situaciones regladas por el Código Civil, el Código Penal y la legislación minera:

i) Legislación civil. Cada vez que el Código Civil (que data de 1857) hace referencia a los bosques, a propósito de los frutos del patrimonio, el goce del usufructuario, la posesión de buena fe y el arrendamiento de predios agrícolas, emplea, a continuación de la expresión disyuntiva «y», el término «arbolados», con lo cual queda de manifiesto que la palabra «bosques» puede entenderse con arreglo a la definición establecida por la legislación especial, y la palabra «arbolados», según su sentido natural y obvio, es decir, como sitios poblados de árboles, o conjuntos de árboles, que aunque no cumplan con los parámetros fijados por la ley forestal para ser considerados un bosque, pueden ser igualmente objeto de regulación civil.

Al definir el Código Civil el concepto de inmueble, reputar muebles a los productos de los bienes raíces o regular la compraventa de madera, entre otras disposiciones, emplea la locución omnicompreensiva de «árboles», que aglutina a los bosques en sentido estricto, a las formaciones vegetales que no alcanzan dicha categoría y, por cierto, a los ejemplares aislados, con lo cual todas las situaciones posibles quedan bajo el amparo legal.

ii) Legislación penal. El Código Penal castiga con presidio mayor a quien incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas. Nuevamente, la discusión acerca de si el legislador utiliza el término «bosques» en el sentido que le da la ley forestal, o de conformidad con el lenguaje común, es baladí, ya que la norma contempla objetos de protección bastante amplios, lo que permite entender que no sólo el bosque a que se refieren la LFF y la LBN, se encuentra considerado en el delito de incendio, sino que, en general, toda la vegetación de características similares, incluidas las formaciones xerofíticas, que cuentan con presencia arbórea minoritaria.

iii) Legislación minera. La legislación minera establece que sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en terrenos que contengan «arbolados».

Según una interpretación, este concepto es más amplio que el de «bosque», y agrupa a los bosques propiamente tales, como a las agrupaciones de árboles que no conforman un bosque, legalmente entendido. Según otra interpretación, lo que la ley protege es, estrictamente, la actividad económica que ejerce el propietario del suelo (en este caso, la plantación forestal, no el bosque nativo).

Pareciera que esta segunda interpretación es la correcta, de lo que se deriva que la legislación minera contiene un concepto de arbolados dirigido a proteger la industria forestal de frente a las explotaciones mineras, dándole preferencia a aquélla. La legislación minera, igualmente, establece limitaciones a la actividad minera en bosques nativos (14).

3. Tipo mixto de definición de bosque en la legislación chilena

Son tres los criterios de definición de los bosques: cuantitativo, de lista y cualitativo. El legislador chileno adopta un criterio mixto de definición: cuantitativo, para la definición genérica de bosque; de lista, para el caso del bosque nativo de preservación; y cualitativo para el caso del bosque nativo de conservación y protección.

A) Criterio cuantitativo de la definición legal genérica

La definición legal de bosque en Chile se basa evidentemente en un criterio cuantitativo. Ello queda de manifiesto con la exigencia de una superficie mínima de 0,5 hectáreas, aplicable al sitio donde se encuentren las formaciones vegetales predominantemente arbóreas. La razón por la cual la ley optó por una definición restrictiva, fue que ella representaba el interés de regular formaciones vegetales relevantes y dotar a CONAF de potestades administrativas para ello.

Concebir al bosque como un sistema, sin tomar en consideración su tamaño, es un criterio que parece inviable, pues dificultaría enormemente la tarea de establecer qué es un «bosque» en la práctica. Asimismo, se destaca la utilidad de precisar la extensión mínima de una formación vegetal, para ser calificada como bosque, pues las bonificaciones y otras medidas de fomento para su gestión sustentable, carecerían de efectos en superficies inferiores.

El requisito legal de un ancho mínimo de 40 metros enlaza con la exigencia anterior, pues se considera como parámetro objetivo la necesidad de que la vegetación ocupe, efectivamente, un espacio relativamente amplio de suelo. No especifica la ley, sin embargo, si este requerimiento debe cumplirse a lo

(14) Vid. el desarrollo de esta materia en VERGARA 2010 pp. 515 a 524 (arbolados); y pp. 550 a 560 (actividad minera en bosques nativos).

largo de toda la masa forestal, si basta con que se satisfaga en determinado transecto, o si el ancho mínimo debe ser entendido simplemente como un promedio, lo que en la práctica ha provocado algunos problemas de interpretación, en casos puntuales.

Además, según las condiciones climáticas y pluviométricas de la región en que se sitúe la formación vegetal, la definición exige una cobertura de copa arbórea de a lo menos un 10%, porcentaje aplicable a zonas áridas y semiáridas, y de un 25%, porcentaje que rige en circunstancias más favorables. El legislador estimó razonable y conveniente fijar una cobertura mínima de copa —no de fuste— para determinar qué es bosque y qué no lo es, a objeto de evitar que en el futuro pudiera calificarse como una formación vegetal de este carácter, cualquier lugar con presencia de árboles, independientemente de su densidad.

Este criterio cuantitativo, válido para la definición general de «bosque» y extensivo tanto al bosque nativo como a las plantaciones, se atenúa de manera importante en la LBN, en los casos de: i) bosque nativo de preservación, y ii) bosque nativo de conservación y protección; los que se revisan a continuación.

B) Bosque nativo de preservación: criterio de lista

Según la ley, el «bosque nativo de preservación», es aquél, cualquiera sea su superficie, que presente o constituya actualmente hábitat de especies vegetales protegidas legalmente o aquellas clasificadas en alguna categoría de conservación, o que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, cuyo manejo sólo puede hacerse con el objetivo del resguardo de dicha diversidad, considerando incluidos los bosques comprendidos en las categorías de manejo con fines de preservación que integran el Sistema de Áreas Silvestres Protegidas del Estado o aquel régimen legal de preservación, de adscripción voluntaria, que se establezca (artículo 2, N° 4, LBN).

En este caso, el legislador adoptó un criterio basado en la siguiente lista, que incorpora a los bosques que deben considerarse nativos de preservación:

i) Las especies vegetales protegidas legalmente, referidas en la definición de bosque nativo de preservación, las cuales corresponden a aquellas declaradas Monumento Natural, con arreglo al procedimiento fijado en el derecho interno y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Washington.

Estas especies están identificadas, a la fecha, en tres decretos supremos dictados por el Ministerio de Agricultura, en los años 1976, 1990 y 1995, y corresponden a las especies Alerce (*Fitzroya cupressoides*), Pewén o Pino Chileno (*Araucaria araucana*), Queule (*Gomortega keule*), Pitao (*Pitavia punc-*

tata), Belloto del Sur (*Beilschmiedia berteroana*), Ruil (*Nothofagus alessandrii*) y Belloto del Norte (*Beilschmiedia miersii*).

ii) *Las especies arbóreas o arbustivas clasificadas en alguna categoría de conservación*, que son aquellas identificadas en alguno de los once listados oficiales vigentes al día de hoy, dictados desde el año 2006 por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y luego, a partir de 2011, por el Ministerio del Medio Ambiente.

Las categorías utilizadas inicialmente fueron: Peligro de Extinción, Vulnerable, Rara, Insuficientemente Conocida y Fuera de Peligro. Actualmente, la clasificación de especies se basa en las categorías recomendadas por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN), y corresponden a: Extinta, Extinta en Estado Silvestre, En Peligro Crítico, En Peligro, Vulnerable, Casi Amenazada, Preocupación Menor y Datos Insuficientes.

En subsidio de estos listados, se aplica el documento denominado Libro Rojo de la Flora Terrestre de Chile, de 1989, de la Corporación Nacional Forestal, específicamente sus Conclusiones N° 1, 2 y 3.

iii) *Los bosques situados en ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país*, que son aquellos identificados en el instrumento cartográfico, de carácter público, denominado Catastro Forestal, que CONAF debe mantener permanentemente, y actualizar a lo menos cada diez años (artículo 4 de la LBN, y artículos 1, letra b, y 67, del Reglamento General de esta ley).

iv) *los bosques comprendidos en las categorías de manejo con fines de preservación que integran el SNASPE*, que son aquellos ubicados en las «áreas intangibles» existentes dentro de los Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales que ha creado el Estado chileno, a partir de 1907. Estas zonas están definidas y delimitadas en los instrumentos de planificación territorial correspondientes a cada Área Silvestre Protegida, los cuales son elaborados, igualmente, por CONAF (15).

C) Bosque nativo de conservación y protección: criterio cualitativo

Según la ley, el «bosque nativo de conservación y protección» es aquél, cualquiera sea su superficie, que se encuentre ubicado en pendientes iguales o superiores a 45%, en suelos frágiles, o a menos de doscientos metros de manantiales, cuerpos o cursos de aguas naturales, y que esté destinado al resguardo de tales suelos y recursos hídricos (artículo 2, N° 5, LBN).

(15) Al día de hoy, existen en Chile diversas áreas silvestres protegidas de propiedad privada, reconocidas en términos amplios y abstractos por el artículo 35 de la LBGMA.

Esta definición está basada en un criterio cualitativo, vinculado con la función ambiental que tal bosque cumple; es un bosque destinado al resguardo de: los suelos ubicados en pendientes fuertes, iguales o superiores a 45%; los suelos frágiles, definidos por el artículo 2 LFF como «aquellos susceptibles de sufrir erosión severa, debido a factores limitantes intrínsecos, tales como pendiente, textura, estructura, profundidad, drenaje, pedregosidad u otros, debidamente certificados por los organismos competentes [...]», y los manantiales, cuerpos o cursos de aguas naturales, ubicados a menos de doscientos metros de distancia.

La adopción de un criterio basado en listados, en el caso del bosque nativo de preservación, así como la elección de un criterio cualitativo, en el caso del bosque nativo de conservación y protección —en ambas situaciones, sin sujeción a un parámetro cuantitativo, asociado a una superficie forestal mínima—, se justificaría por los objetivos perseguidos por la regulación: en un caso, la tutela de la biodiversidad vegetal amenazada, y en otro, el resguardo efectivo de los suelos vulnerables y las aguas.

Sin embargo, la opción tomada por la ley ha generado dificultades de orden práctico, al momento de intentarse establecer, en situaciones reales, qué formación inferior a 0,5 hectáreas podría ser susceptible de considerarse «bosque», desde un punto de vista técnico o científico, y en consecuencia, qué «agrupaciones de árboles» podrían ser objeto de las regulaciones especiales y más estrictas, establecidas para estas sub-categorías de bosque, arribándose a la discusión de si un número exiguo de árboles aislados podría constituir un bosque para estos efectos (16).

4. Extensiones, limitaciones y exclusiones de la definición

Cabe referirse a tres situaciones conexas: el bosque y la compensación ambiental; las especies vegetales declaradas Monumento Natural, y las exclusiones legales.

A) Bosque y compensación ambiental

Existe, por una parte, la obligación de «reforestar» un bosque, contemplada en la legislación forestal, y, por otra, el deber de «compensar» los impactos ambientales que un determinado proyecto de inversión podría provocar en ese mismo bosque, prevista en la legislación ambiental.

i) Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental (enumerados por la ley ambiental), que puedan generar efectos adversos sig-

(16) *Infra* se revisa un caso jurisprudencial sobre la superficie mínima del bosque nativo de preservación.

nificativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables (por ejemplo, un bosque), han de ser evaluados dentro de un procedimiento administrativo denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, previa presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. Dicho estudio debe contener, necesariamente, un plan de medidas de compensación. Tales medidas tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar, y deben incluir, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función.

Así, el responsable del proyecto debe compensar la pérdida de la formación vegetal afectada, considerando su superficie y características ecológicas, así como las singularidades ambientales asociadas. Mediante el plan de medidas se debe buscar compensar los beneficios ambientales que proporcionaba la formación vegetal afectada.

ii) El solo cumplimiento de la obligación de reforestar, contemplada en la LFF y en la LBN, no constituye necesariamente una medida de compensación ambiental, ya que corresponde a un instrumento de naturaleza jurídica distinta: su único objetivo es la mantención del equilibrio de las existencias o reservas de los recursos forestales a nivel nacional.

B) Concepto de bosque y especies vegetales declaradas Monumento Natural

Un caso muy especial se ha dado en la praxis; abogados y técnicos expertos en materia forestal discuten actualmente acerca del estatuto regulador específico de las especies arbóreas declaradas Monumento Natural, en el caso que los ejemplares pertenecientes a dichas especies formen parte de un bosque.

Cabe consignar, en primer lugar, que la corta o explotación de estos individuos, incluso de ejemplares aislados, se encuentra prohibida en Chile en virtud de decretos supremos presidenciales, expedidos a través del Ministerio de Agricultura. Su intervención sólo se permite excepcionalmente, en caso de investigaciones científicas debidamente autorizadas, habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas o de defensa nacional, o ejecución de planes de manejo forestal por parte de organismos oficiales del Estado, destinados a conservar y mejorar la especie (17).

(17) Esta regulación, aparentemente estricta, es aún más flexible que la normativa contenida en la Convención de Washington, instrumento internacional que sólo reconoce como intervenciones válidas, las investigaciones científicas debidamente autorizadas y las inspecciones gubernamentales.

La dictación de la LBN, en 2008, generó un problema interpretativo, pues su artículo 19 prohíbe la intervención o alteración de hábitat del bosque nativo compuesto por especies vegetales, arbóreas o arbustivas, clasificadas en alguna categoría de conservación. Excepcionalmente, CONAF puede levantar dicha prohibición, cuando la intervención de bosque tenga por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios, o la ejecución de obras, construcción de caminos o ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley, previamente calificadas de «interés nacional», siempre y cuando se demuestre la imprescindibilidad de la actividad, y se asegure de la continuidad de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella.

Al respecto, se han dado dos interpretaciones: i) por una parte, se sostiene que las especies vegetales declaradas Monumento Natural, cuando forman parte de un bosque, quedan sometidas al estatuto del artículo 19 de la LBN, en consideración a que en Chile, todas ellas están incluidas, también, en los listados oficiales de especies en categoría de conservación; por lo tanto, las posibilidades de corta o explotación de estas especies, eventualmente aumentan; asimismo, se argumenta que la LBN es jerárquicamente superior a los decretos supremos que declararon Monumento Natural a estas especies, y por lo tanto debiese prevalecer; ii) por otra parte, y en contra, una postura más proteccionista sostiene que las especies declaradas Monumento Natural, sea que formen o no parte de un bosque, están sujetas a un estatuto especial, mucho más riguroso, vinculado con un instrumento jurídico internacional, la Convención de Washington, aprobada y ratificada por Chile, y que en consecuencia, es éste el que debe primar a su respecto. La discusión no está totalmente zanjada (18).

C) Situaciones excluidas de la regulación forestal

Se pueden mencionar las siguientes:

i) Los árboles aislados, que no forman parte de un bosque, con las siguientes excepciones: i) La corta o explotación de individuos correspondientes a especies vegetales declaradas Monumento Natural, aun cuando no integren un bosque, se encuentra vedada en términos generales; y ii) La corta de árboles aislados, ubicados en áreas o distritos especiales creados para la conservación de la riqueza turística, de conformidad con la Ley N° 18.378, requiere autorización previa de CONAF.

(18) De hecho, en 2009 se dictó un decreto supremo que intentó hacer extensibles las regulaciones del artículo 19 de la LBN, a las especies declaradas Monumento Natural. Dicho decreto, muy resistido y criticado por organizaciones ambientalistas, fue rápidamente derogado.

ii) Los bosques exóticos de generación natural, dado que no constituyen bosque nativo ni plantaciones (éstos sí son regulados por la LBN y la LFF, respectivamente); y

iii) Las agrupaciones de árboles frutales, pues no son consideradas bosques, sino cultivos frutícolas.

5. Definición de bosque ante la jurisprudencia

Ha correspondido al juez precisar el carácter, sentido y alcances del concepto jurídico «bosque», en situaciones específicas en que se ha producido controversia; así, por ejemplo: los tribunales han abordado el concepto «renoval» o bosque juvenil; el término «arbolados» en relación a la actividad minera; la noción de reforestación anticipada y la superficie mínima de un bosque nativo de preservación. Igualmente, se han pronunciado sobre cuestiones relativas al límite del derecho de propiedad, en el caso del propietario que pretende adoptar decisiones respecto de su propio bosque, o sobre el límite del derecho de los concesionarios mineros que requieren intervenir un bosque ajeno. En fin, en situaciones especiales, vinculadas con temáticas indígenas, han optado por ampliar el concepto jurídico en comento. Algunos casos recientes, que tocan el concepto de bosque, son los siguientes.

A) Corta de renovales o arbustos

En el caso «Corporación Nacional Forestal con Sociedad Agrícola Brinjal Limitada» [Rol N° 101.329-3/2013], el Juzgado de Policía Local de Ancud absolvió a una empresa denunciada, señalando que la ley no contempla sanción respecto de la corta de renovales o arbustos, y que el concepto de bosque se funda en el predominio de árboles en estado adulto. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Rol N° 18-2014] revirtió esta sentencia y condenó a la empresa, sosteniendo que el escaso crecimiento de los árboles no es un factor que permita calificar a éstos de «arbustos» —especie vegetal distinta del árbol—, y que por lo tanto, la tala recayó efectivamente sobre vegetación «arbórea», independientemente de la edad de los individuos. La Corte Suprema desechó el recurso de queja interpuesto por la denunciada [Rol N° 9163-2014].

B) Concesiones mineras y plan de manejo

En el caso «Corporación Nacional Forestal con Minera Frontera de Oro» [Rol N° 258-2011], el Juzgado de Policía Local de Montepatria estableció que el otorgamiento de una concesión minera y la realización de obras o actividades (aquí, la construcción de un camino) dentro de un bosque privado, no eximen

al infractor de la obligación de respetar la legislación forestal, presentando un plan de manejo en forma previa a la corta de vegetación. Las concesiones mineras sólo otorgan a su titular los derechos que establecen el Código de Minería y la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, y en modo alguno permiten eludir el cumplimiento de las obligaciones y normas contenidas en otros cuerpos legales. Tampoco cabe considerar como suficiente el permiso dado por el dueño del predio, por cuanto éste no puede autorizar la acción de obras que dañen el medio ambiente y la flora legalmente protegida. El recurso de apelación de la denunciada fue declarado desierto.

C) Criterios cuantitativo y cualitativo en definición de bosque nativo

En el caso «Corporación Nacional Forestal con Inmobiliaria Santa Paula Limitada» [Rol N° 1.083-8/2014], el Primer Juzgado de Policía Local de Pudahuel absolvió a la denunciada, al estimar que si bien ésta había cortado, sin autorización, un conjunto de árboles nativos, entre los que se encontraban ejemplares pertenecientes a una especie clasificada en categoría de conservación, no era posible considerar a tal agrupación arbórea, sin embargo, como un «bosque nativo de preservación», puesto que su superficie total era inferior a 0,5 hectáreas. El fallo no fue apelado (19).

D) Servidumbres mineras y concepto de arbolados

La Corte Suprema, en dos casos, «Compañía Minera Austral Limitada con Sociedad Forestal Santa Ester Limitada» [Rol N° 1910-1997], y «Forestal y Agrícola Zapallar Limitada y otros con Sociedad Legal Minera Santa Teresa Uno de Zapallar» [Rol N° 2689-2004], rechazó demandas de concesionarios mineros, denegando la imposición de servidumbres mineras forzosas sobre predios de particulares, en virtud de que sus terrenos eran terrenos forestales, «lo cual equivale a decir ‘arbolados’», dado que en tales condiciones, según la ley minera, sólo los dueños del suelo pueden autorizar o permitir la explotación minera en dichos lugares (20).

E) Concepto de reforestación

En el caso «Inmobiliaria Lo Aguirre S.A. con Corporación Nacional Forestal» [Rol N° 8262-2009], el 30° Juzgado Civil de Santiago desconoció validez

(19) La principal defensa de la denunciada fue la opinión de la propia CONAF, solicitada a través de su OIRS, lo que demuestra que la superficie mínima del «bosque nativo de preservación» es aun objeto de discusión, no obstante el tenor literal de la ley, la que emplea la frase «cualquiera sea su superficie» (artículo 2, N° 4, LBN, citado antes).

(20) Véase *supra* el desarrollo del concepto de arbolados en la legislación minera.

y eficacia a la plantación de árboles nativos realizada en forma previa a la corta de bosque (reforestación anticipada), dado que ella se había efectuado antes de la aprobación del respectivo plan de manejo. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo de primera instancia [Rol N° 2735-2011]. La Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante [Rol N° 7002-2012].

F) Bosques y cultura indígena

En el caso denominado «Linconao con Sociedad Forestal Palermo Limitada» [Rol N° 1773-2008], la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de la demandante, quien acusó a una empresa forestal de haber cortado, en forma ilegal, árboles y arbustos nativos en tierras colindantes a su comunidad indígena, y aledañas a tres manantiales de uso ancestral. La Corte aplicó un concepto amplio de medio ambiente, abarcando elementos naturales y culturales por igual, e invocó principios emanados de tratados internacionales, reconociendo así el deber de proteger la cultura indígena y la relación de ésta con el bosque circundante y el medio ambiente. La Corte Suprema confirmó el fallo [Rol N° 7287-2009].

6. Discusión en doctrina: definición legal de bosque y otros aspectos normativos

La definición legal de «bosque» no ha estado exenta de críticas. En términos generales, se argumenta que la definición no reconoce al bosque como un «ecosistema», al menos explícitamente, lo que si bien no representa mayor dificultad en el caso de las plantaciones, constituidas fundamentalmente por monocultivos, sí constituye motivo de controversia a propósito del bosque nativo, en razón del carácter de complejo dinámico que éste presenta, y las múltiples funciones ambientales que él cumple. Además, ello —se indica— facilitaría el incumplimiento de la ley (21).

Respecto de otras cuestiones que la doctrina jurídica ha abordado en Chile, desde una perspectiva crítica, se ha planteado, por ejemplo, que la regulación del uso y aprovechamiento de los recursos forestales ha estado dominada por una visión costo-beneficio de corto plazo, la que se ha estructurado preferentemente en torno a las posibilidades de explotación del recurso, en desmedro de su protección. Prueba de ello, sería la multiplicidad de disposiciones específicas que se ha debido dictar para proteger a ciertas especies forestales y a determinadas áreas, frente a la ausencia de un marco normativo general

(21) PLUMER 2001, 216.

de protección eficiente. Se reconoce, sin embargo, que la LBN incorporó un enfoque más cercano a la justicia ambiental (22).

También, se ha sostenido que el país carece de normativas relativas a una de las principales causas de degradación del bosque, cual es, la utilización del recurso forestal como combustible, a través de la extracción desregulada de leña, lo que además ha generado un mercado informal en torno a este producto (23).

En similar sentido, se señala que dentro del sistema de incentivos económicos contenido en la LBN, las bonificaciones para la protección del bosque son inferiores a las que se otorgan con fines de explotación, lo que constituye una apuesta por el aprovechamiento del bosque con criterios de sostenibilidad que sólo se fijan en el correspondiente plan de manejo, cuestión que es grave, considerando la crisis ambiental que enfrenta el bosque nativo en la actualidad (24).

Asimismo, se desliza una crítica a la legislación de fomento a las plantaciones —hoy congelada—, advirtiéndose que el emplazamiento de la industria forestal en tierras reivindicadas por comunidades indígenas del sur de Chile, habría provocado un delicado conflicto social y un gran impacto en su hábitat natural, a través de la sustitución de flora nativa por especies exóticas, daño a la calidad de las aguas y acidificación de los suelos, entre otras consecuencias (25).

Por último, se ha indicado que si bien la ley define el interesante concepto de «servicios ambientales», como «aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones, y que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente» (artículo 2, N° 23, de la LBN), este concepto no ha sido desarrollado por ninguna norma de rango legal o reglamentario, lo que constituiría una importante carencia (26).

7. Definición de bosque y legislación especial

La legislación especial contiene una definición legal genérica de «bosque», la cual es aplicable a las plantaciones, el bosque nativo y las formaciones boscosas ubicadas dentro de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado. La definición se estableció con la finalidad específica de incorporar un concepto claro en la legislación forestal, en aras de una mayor certeza jurídica, mini-

(22) HERVÉ 2011, 346.

(23) HERVÉ 2011, 347.

(24) AYLWIN 2013, 270.

(25) AYLWIN 2013, 274.

(26) GALLARDO 2013, 142.

mizando de tal modo el riesgo de ambigüedad y el debate técnico. Su uso es necesario y obligatorio en las áreas reguladas por la legislación del sector, esto es, el fomento de la actividad forestal y la recuperación de los bosques originarios; no fue concebido para extenderlo, en iguales términos, a otros ámbitos jurídicos, como el Código Civil, el Código Penal o la legislación minera. No obstante, ello no ha provocado ningún vacío legal o dificultad interpretativa en estas normativas, puesto que tales códigos hacen una referencia amplia tanto al bosque como a otros tipos de formación vegetal.

Probablemente, se trata de una definición un tanto rígida, basada en un criterio cuantitativo, matemático, pero posee la virtud de facilitar su aplicación a casos reales y concretos, favoreciendo asimismo la labor fiscalizadora de la CONAF.

Respecto del bosque nativo de preservación y del bosque nativo de conservación y protección, la ley optó por omitir la referencia al elemento superficie, con la aparente finalidad de extender la tutela legal al mayor número posible de situaciones fácticas. Sin embargo, ello ha provocado diversos problemas de interpretación, los cuales incluso han sido examinados por los tribunales de justicia. Sobre el particular, es posible sostener que los ingenieros y técnicos forestales chilenos prefieren trabajar con parámetros objetivos y claros, aportados por la ley, al momento de definir qué es un bosque y qué no lo es.

Por su parte, la jurisprudencia, según la muestra ofrecida, ha resuelto con criterios razonables los conflictos que, de tiempo en tiempo, se suscitan al respecto.

V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BOSQUES

Tanto en la LB, como la LFF y la LBN, se hacen repetidas alusiones a la Corporación, especificando en sus respectivos arts. 2 que por tal se entiende la Corporación Nacional Forestal, o CONAF. Estas disposiciones legales confieren ciertas atribuciones a CONAF, como elaborar normas de manejo de aplicación general para determinadas especies o tipos forestales, a las cuales podrán adherirse los interesados; también puede prestar colaboración a pequeños propietarios, y se le da la atribución de aprobar y fiscalizar el cumplimiento de los planes de manejo. Por esto, es indispensable referirse a este órgano, analizando su naturaleza y potestades.

1. Naturaleza jurídica de CONAF

Es una entidad de derecho privado dependiente del Ministerio de Agricultura, cuyo objeto es contribuir a la conservación, incremento, manejo y

aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas del país (27). La referida Corporación se rige por sus propios Estatutos, sin perjuicio de las atribuciones que se le confieren mediante ciertas leyes especiales.

CONAF fue creada mediante escritura pública en 1970, en la que se establecieron los Estatutos de la ex Corporación de Reforestación, que luego fueron aprobados por decreto N° 728, de 1970, del Ministerio de Justicia (28).

Así, el art. 1 de sus Estatutos, señala: «Constituyese por el Servicio Agrícola Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario, la Corporación de Fomento de la Producción y la Corporación de la Reforma Agraria una corporación de derecho privado que se denominará CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL, de duración indefinida, que se regirá en su formación, funcionamiento, financiamiento y extinción por el presente Estatuto, y en el silencio de él, por las disposiciones del título Trigésimo Tercero del Libro Primero del Código Civil, por el Decreto N° 110, publicado el 20 de marzo de 1979, del Ministerio de Justicia, sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones y por las disposiciones legales y reglamentarias que hagan referencia a ella».

2. Atribuciones de CONAF

La referida Corporación, como se dijo, se rige por sus propios estatutos, sin perjuicio de las atribuciones que se le confieren mediante ciertas leyes especiales.

El objeto de CONAF se encuentra establecido en el art. 3 de sus estatutos, de la siguiente manera:

«(...) contribuir a la conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales y áreas silvestres protegidas del país, y, especialmente:

a) *Elaborar o participar en la elaboración de los planes nacionales o regionales de desarrollo forestal que se propongan;*

b) *Ejecutar o participar en la ejecución de los planes nacionales o regionales de desarrollo forestal que se aprueben;*

c) *Administrar las áreas silvestres protegidas del Estado, que la ley o los Reglamentos le encomienden; administrar aquellos bosques fiscales que la ley determine; y supervisar las áreas protegidas de propiedad privada, de acuerdo con la ley;*

(27) Título Primero, art. 3 de los Estatutos de CONAF.

(28) Luego, nuevamente por escritura pública se modificaron dichos estatutos, aprobándose la correspondiente modificación mediante decreto N° 455, de 1973, del Ministerio de Justicia. Las siguientes modificaciones fueron aprobadas por los decretos N° 733, de 1983; N° 3153, de 2007, y N° 1546, de 2009, todos del mismo Ministerio.

d) *Procurar el adecuado manejo y aprovechamiento de los bosques que se establezcan por acción directa o indirecta de la Corporación, y de aquellos cuya administración le corresponda, velando por la eficiente comercialización de los productos que se obtengan;*

e) *Elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de protección y conservación de los recursos forestales del país, especialmente en cuanto se refiere a la prevención y combate de incendios;*

f) *Colaborar con los organismos pertinentes en el control del cumplimiento de las disposiciones legales que reglamentan la actividad forestal del país y proponer a las autoridades competentes la implantación de normas reguladoras de la actividad forestal;*

g) *Crear o participar en personas jurídicas que colaboren en el cumplimiento de las finalidades anteriores;*

h) *Ejecutar toda clase de actos y celebrar toda clase de convenciones o contratos tendientes a la consecución o relacionados con sus fines, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, incluso con sus propios socios;*

i) *Cumplir aquellos mandatos que las diversas Leyes y Reglamentos le asignen».*

3. Juridicidad de las atribuciones de CONAF

Como se señaló en el punto anterior, CONAF es un organismo de derecho privado dependiente del Ministerio de Agricultura. No obstante, ciertas facultades que CONAF se atribuye, tienen el carácter de públicas. Por ello, en este punto analizaremos el marco de juridicidad de las funciones de carácter público de esta entidad.

En un sentido orgánico, la Administración del Estado, tal como lo precisa el art. 1, inc.2 LOCBGAE, «estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley» (29).

(29) De acuerdo con el principio de legalidad, que es una de las piezas claves del Estado de Derecho, las entidades de la Administración del Estado que no hayan sido creadas directamente por la Constitución, deben serlo por ley. Así se desprende de los art. 6º inc.1, que establece que: «*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*»; art. 7º incs.1 y 2, que establecen que los órganos del Estado actúan válidamente si sus integrantes han sido investidos regularmente, lo hacen dentro

Aparte de las entidades creadas por ley para el cumplimiento de la función administrativa, el Estado, según lo autoriza el art. 6 inc.1 LOCBGAE, «podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales»; pero esas entidades, de acuerdo con lo que indica el art. 6 inc.2º LOCBGAE, «no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas».

Además, existe para los servicios públicos la posibilidad que contempla el art. 37 LOCBGAE, en virtud del cual «podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado».

Es inequívoco que las acciones que se pueden encomendar en su ejecución no pueden significar el traspaso de potestades públicas.

CONAF no ha sido declarada directa y explícitamente por una ley vigente como un servicio público, con las características que éstos necesariamente deben presentar, de acuerdo con la LOCBGAE. Lo anterior, debido a que la Ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, que podrá usar como denominación abreviada la expresión «CONAF», y que se configura como institución autónoma del Estado o servicio público descentralizado (art. 1), no ha entrado todavía en vigencia, ya que ello ocurrirá, según el art. 19 de la citada ley, «el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal», lo que no se ha efectuado hasta la fecha.

Según se ha visto, tampoco ha prosperado, hasta ahora, la iniciativa que crea el Servicio Nacional Forestal, órgano público que asumirá la mayor parte de las funciones que hoy ejerce CONAF, sin perjuicio de las que correspondan al Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas.

de su competencia y en la forma prescrita por ley, y no ejercen otra autoridad o derechos que los expresamente conferidos; 38, inc.1, que entrega a una ley orgánica constitucional la determinación de «la organización básica de la Administración Pública», y 65, inc.4, N° 2, en relación con el 63 N° 14, que incluye dentro de las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, la creación de nuevos servicios públicos y la determinación de sus funciones y atribuciones. Estos servicios, de acuerdo con lo establecido en la LOCBGAE que es, precisamente, la ley complementaria a que se refiere el art. 38 inc.1 CPR, han sido definidos y caracterizados por ella, de modo que para existir y actuar válidamente deben enmarcarse dentro de sus preceptos.

Además de ser necesaria la cobertura legal previa para poder ejercer una potestad pública, éstas siempre deben ejercerse en función del interés público, de una finalidad pública, por lo que la actuación de la Corporación ha de estar previamente consignada y autorizada en un texto legal. Su condición de «persona jurídica de derecho privado» no le priva de tal sujeción al principio de legalidad, pues, en cuanto CONAF cumple funciones administrativas, en sentido funcional o material integraría la Administración del Estado.

En consecuencia, CONAF, en la medida que realiza funciones de carácter público, sólo puede actuar válidamente si cuenta con facultades previa y legalmente establecidas.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional (TC), en sentencia Rol 1024-2008, declaró, al conocer el texto de la LBN aprobado por el Congreso, que «esta Magistratura hace presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhorta a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado».

VI. TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FORESTAL

1. Diversas técnicas concesionales o autorizacionales en derecho forestal

Existe una serie de instituciones y procedimientos contenidos en las leyes del ámbito forestal. Las principales herramientas son las siguientes:

a) Planes de manejo

Este instrumento es de amplia utilización en el Derecho Forestal, y ya existe en el texto original de la LB, refundido en 1931, bajo la denominación de «planes de vigilancia y cultivo, repoblación y explotación»; luego se insertó en la LFF, y finalmente fue considerado en la LBN. Dogmáticamente, es una especie de autorización administrativa. Se le revisará en detalle más adelante.

b) Otras autorizaciones

Las autorizaciones de este sector están ligadas a las potestades de CONAF respecto de la explotación o intervención de los bosques.

Así, en el art. 19 LBN, se consagra la posibilidad que CONAF autorice excepcionalmente la intervención o alteración de los hábitats de los individuos de las especies consideradas «en peligro de extinción», «vulnerables», «raras», «insuficientemente conocidas» o «fuera de peligro», que formen parte de un bosque, autorización que se hará efectiva por medio de una resolución

fundada, por motivos estrictamente justificados. Esta disposición también será tratada con mayor detalle, posteriormente.

Otras autorizaciones se refieren al aprovechamiento o corta de una cantidad reducida de árboles, destinadas al autoconsumo o a la ejecución de mejoras prediales (art. 57 LBN).

Pueden mencionarse, igualmente, las autorizaciones para la corta o explotación de especies forestales nativas declaradas Monumento Natural (Alerce, Pewén, Queule, Pitao, Belloto del Sur, Ruil y Belloto del Norte), las que son reguladas por los decretos supremos respectivos (D.S. N°490/1976, D.S. N°43/1990 y D.S. N°13/1995, todos del Ministerio de Agricultura). Se señaló anteriormente que dicha autorización —excepcional— sólo procede en caso de investigaciones científicas debidamente autorizadas, habilitación de terrenos para la construcción de obras públicas o de defensa nacional, o ejecución de planes de manejo forestal por parte de organismos oficiales del Estado, destinados a conservar y mejorar la especie.

Respecto de las autorizaciones normadas por los decretos que reglamentan la explotación de las especies ulmo y tino (D.S. N°1099/1940, del Ministerio de Tierras y Colonización) y quillay, tamarugo, chañar, guayacán, olivillo, carbón o carbonillo, espino, boldo, maitén, litre y bollén (D.S. N° 366/1944, del Ministerio de Tierras y Colonización), cabe consignar que el art. 64, letra a), de la LBN, traspasó a CONAF las facultades en materia de supervigilancia de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen en materia de *bosques*, antes asignadas al SAG por el art. 28 LB (30).

Según el art. 64, letra c), de la LBN, la autorización para la corta de árboles aislados, ubicados en áreas o distritos especiales creados para la conservación de la riqueza turística, de acuerdo con la Ley N°18.378, también debe ser otorgada por CONAF.

Por último, sin perjuicio de la autorización que otorgue CONAF, toda acción de corta o explotación de bosques que se realice en zonas fronterizas, deberá ser autorizada por la Dirección de Fronteras y Límites del Estado, y cuando recaiga sobre zonas aledañas al límite necesitará además del pronunciamiento del Ministerio de Defensa Nacional. Lo dispuesto por estos órganos no será susceptible de reclamo alguno (art. 23 LFF).

(30) Este último organismo conserva sus atribuciones y competencias en aquellas situaciones en que no existe bosque. También es el SAG el órgano encargado de autorizar la corta, explotación, descepado o traslado de palma chilena, especie vegetal que no tiene naturaleza arbórea (vid. D.S. N°908/1941, del Ministerio de Tierras y Colonización). Igualmente, se encuentra facultado para autorizar la corta, transporte y comercialización de copihue (vid. D.S. N°129/1971, del Ministerio de Agricultura).

2. Concesiones

El art. 14 LB prescribe que «las concesiones para explotar bosques fiscales, cualesquiera que ellos sean, se otorgarán por el Servicio Agrícola y Ganadero, conforme a las normas y en las condiciones que, en cada caso, establezca su Consejo...», estableciendo así un procedimiento concesional para la explotación por parte de los particulares de los bosques que pertenezcan al Fisco de Chile. Esta competencia también fue traspasada a CONAF, por el art. 64, letra a), de la LBN.

Los planes de manejo y las demás autorizaciones y concesiones constituyen actos administrativos, cuyo procedimiento y dictación se rige por sus normas especiales, y, en subsidio —en el caso específico de los procedimientos regulados por la LBN, según el art. 62 de esta ley—, por la Ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos del Estado (LBPA). Tales instrumentos administrativos según son regulados en normas especiales del sector se revisan a continuación.

3. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Bosques (LB)

La LB definió lo que se entiende por terrenos de aptitud preferentemente forestal. Además, para el correcto funcionamiento de la actividad forestal, consagra los planes de manejo que deben ser aprobados por CONAF (art. 2 LB) y establece incentivos económicos para premiar a quienes planten bosques en terrenos forestales (art. 7 LB).

En sus arts. 6 y 14 establece la posibilidad de concesión, como medio en virtud del cual los particulares podrán explotar bosques fiscales, la que se otorgará administrativamente por medio de CONAF, según dispuso el art. 64 LBN.

La explotación o intervención está sujeta a las prohibiciones establecidas en el art. 5 LB, ya mencionadas, las que buscan proteger los suelos y aguas. Estas prohibiciones no son absolutas, en la medida que haya causas justificadas y, siempre y cuando previamente se apruebe el plan de manejo respectivo. Asimismo, la ley establece sanciones administrativas y penales para el caso de contravención (art. 21 LB).

La LB se ve complementada en esta materia por la LFF, cuerpo legal que se detalla a continuación.

4. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Fomento Forestal (LFF)

Tal como expresamente lo dice el art. 1 LFF, el objetivo de esta ley es regular la actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados e incentivar la forestación, en especial, por parte de los

pequeños propietarios forestales y aquella necesaria para la prevención de la degradación, protección y recuperación de los suelos del territorio nacional.

En el art. 2 la LFF define los conceptos básicos que tienen relevancia en el área forestal: i) Terrenos de aptitud preferentemente forestal; ii) Forestación; iii) Reforestación; iv) Plan de manejo; v) Corporación; vi) Bosque; vii) Corta no autorizada; viii) Desertificación; ix) Pequeño propietario forestal; x) Suelos degradados; xi) Suelos frágiles; xii) Terrenos calificados de aptitud preferentemente forestal; xiii) Erosión moderada; xiv) Erosión severa; entre otros.

A) De la calificación de terrenos forestales

El art. 2 LFF, antes citado, define como terrenos de aptitud preferentemente forestal «todos aquellos terrenos que por las condiciones de clima y suelo no deban ararse en forma permanente, estén cubiertos o no de vegetación, excluyendo los que sin sufrir degradación puedan ser utilizados en agricultura, fruticultura o ganadería intensiva». Esta definición fue replicada por el D.L. N°2.565, de 1979, en el art. 1 LB.

Para que un terreno sea calificado como forestal, debe seguirse el procedimiento establecido en el art. 4 y ss. LFF.

El propietario del terreno debe presentar una solicitud ante CONAF, la que debe ir acompañada de la superficie sujeta a forestación y de un estudio técnico del terreno elaborado por un ingeniero forestal o agrónomo que debe contener la proposición calificatoria, las actividades que se ejecutarán y las medidas de preservación y protección que se adoptarán.

CONAF tendrá 60 días (prorrogables por razones geográficas hasta un máximo de 120) para pronunciarse sobre la solicitud, de lo contrario se entenderá aprobada. Luego, emitirá un certificado con el que el propietario acreditará la calidad del terreno cada vez que se le exija.

Si la resolución denegare en todo o parte la solicitud, el requirente tendrá 30 días, desde la fecha de expedición de la carta certificada por la cual la CONAF lo notifica del rechazo, para reclamar ante el juez de letras en lo civil del territorio jurisdiccional que corresponda según la ubicación del terreno. Este reclamo se tramitará por vía incidental y deberá fallarse en 60 días contados desde la interposición del mismo.

A su vez, la CONAF podrá, a petición del interesado y por motivos fundados, autorizar la desafectación de la calidad forestal de un terreno (art. 7 LFF) (31).

(31) Cabe mencionar que el Reglamento General de la LFF establece un instrumento adicional, para efectos de optar a las bonificaciones legales en suelos que no sean de aptitud preferentemente forestal: *el reconocimiento de suelos forestables*.

B) De los planes de manejo

De acuerdo al art. 2 LFF, un plan de manejo es un «instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, regula el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de un terreno determinado, con el fin de obtener el máximo beneficio de ellos, asegurando al mismo tiempo la preservación, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de dichos recursos y su ecosistema». Esta definición presenta ciertas diferencias con respecto a la definición contenida en la LBN.

CONAF tendrá 120 días corridos (32), contados desde la presentación, para pronunciarse sobre el plan; de lo contrario, éste se entenderá aprobado. Si fuere denegado, el requirente podrá reclamar de la resolución en los mismos términos ya vistos a propósito de la calificación del terreno.

El instrumento en comento está regulado de manera pormenorizada en los arts. 28 y ss. del Reglamento General de la LFF.

Toda acción de corta o explotación de bosque nativo o de plantaciones existentes en terrenos de aptitud preferentemente forestal debe ejecutarse previo plan de manejo aprobado por CONAF (art. 21 LFF), estableciéndose la obligación de reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, salvo que la actividad haya tenido por finalidad la recuperación de terrenos para fines agrícolas y así se haya previsto en el plan de manejo aprobado (art. 22 LFF).

Para el caso de que se realicen cortas no autorizadas, quien realizare tal acción tendrá 60 días corridos, contados desde la denuncia, para presentar un plan de manejo de reforestación o de corrección, según corresponda, elaborado por un especialista. Dicho plan deberá comprender la ejecución de todos los trabajos de reforestación en un plazo que no exceda los 2 años.

C) De los incentivos a la actividad forestal

Esta ley, en su calidad de norma de fomento, establece, a partir del art. 12 y ss., una serie de medidas dirigidas a incentivar la actividad forestal en Chile. Entre otras, se pueden mencionar las siguientes:

ij) Bonificaciones. El Estado bonificará, por una sola vez por cada superficie, un porcentaje de los costos netos de las siguientes actividades realizadas en terrenos ya calificados como forestales:

1º) La forestación en suelos frágiles, en ñadis o en áreas en proceso de desertificación.

(32) De acuerdo con el art. 50 del Código Civil.

2º) La forestación en suelos degradados y las actividades de recuperación de dichos suelos o de estabilización de dunas.

3º) El establecimiento de cortinas cortavientos, en suelos de cualquier clase, que se encuentren degradados o con serio peligro de erosión por efecto de la acción eólica.

4º) La forestación que efectúen los pequeños propietarios forestales en suelos de aptitud preferentemente forestal o en suelos degradados de cualquier clase, incluidas aquellas plantaciones con baja densidad para fines de uso silvopastoral.

5º) La primera poda y el raleo de la masa proveniente de las forestaciones realizadas por los pequeños propietarios forestales, siempre que se hagan dentro de los plazos que establece el reglamento.

6º) Las forestaciones en suelos degradados con pendientes superiores al 100%.

Para los efectos de estas bonificaciones, CONAF fijará, previa aprobación de los Ministerios de Agricultura y Hacienda, el valor de los costos de las actividades bonificables, los que se reajustarán de acuerdo a la variación del IPC. Si CONAF no fijare dichos costos se estará a los valores contenidos en la última tabla de costos fijada (33). El pago de estas bonificaciones las efectuará la Tesorería General de la República (art. 15 LFF).

Según el art. 16 LFF, el beneficiario de éstas podrá transferirlas mediante instrumento público o privado, suscrito ante un notario público. Estas bonificaciones podrán ser cobradas y percibidas por personas distintas del propietario, siempre que acompañen el documento en que conste su transferencia.

ii) Exenciones de impuestos. Estarán exentos del impuesto territorial que grava los terrenos agrícolas, los siguientes:

1º) Los terrenos calificados de aptitud preferentemente forestal que cuenten con plantaciones bonificadas y los bosques nativos.

2º) Los terrenos cubiertos con bosques de protección, que son aquellos ubicados en suelos frágiles con pendientes iguales o superiores a 45% y los próximos a fuentes, cursos o masas de agua destinados al resguardo de tales recursos hídricos.

iii) Impuestos a las utilidades. Las utilidades derivadas de la explotación de bosques naturales o artificiales obtenidas por personas naturales o jurídicas estarán afectas al impuesto general de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR). Sin

(33) La última tabla es de fecha de 31 de julio de 2011 (disponible en www.conaf.cl). Se recordará que los incentivos a la actividad forestal, contemplados en la LFF, estuvieron legalmente vigentes hasta el 1º de enero de 2013, encontrándose en trámite parlamentario un proyecto de ley que pretende renovarlos por tres años.

embargo, las personas que exploten bosques por los cuales no se encuentren acogidas a los beneficios establecidos en este decreto ley, deberán declarar la renta efectiva o presunta para los efectos de la LIR, de acuerdo a lo previsto en el art. 20, N° 1, letra b), de dicha ley (art. 14 LFF).

D) De las sanciones

En un título dedicado especialmente a ello, la LFF decreta sanciones ante determinadas conductas. Así, el incumplimiento del plan de manejo por causas imputables al propietario o al forestador se sanciona, de acuerdo a su gravedad, con una multa de 5 a 15 UTM por hectárea (art. 17 LFF).

La ejecución de cortas o explotaciones no autorizadas previamente acarreará para el propietario del terreno o para quien efectúe la corta o explotación, una multa que será igual al doble del valor comercial de los productos, los que a su vez podrán caer en comiso. CONAF podrá, además, enajenar los productos y ordenar la paralización de las faenas en el terreno, pudiendo para tal efecto recurrir a la fuerza pública (art. 21 LFF). Sin perjuicio de lo anterior, el responsable deberá presentar un plan de reforestación o corrección (art. 8 inc. 1° LFF).

El incumplimiento de la obligación de reforestar se entenderá siempre como falta grave (art. 17 LFF), y tendrá como sanción la multa señalada en el art. 17 LFF, aumentada en un 100% (art. 22 LFF).

Las sanciones mencionadas anteriormente serán determinadas por el juez de policía local que sea abogado, con competencia en el lugar de la infracción, el que conocerá en primera instancia de las denuncias de la CONAF o Carabineros; salvo cuando se trate de multas superiores a 5.000 UTM o cuando la acción se cometa en una comuna donde no hay juez de policía local abogado, casos en los que resolverá el juez que tenga su asiento en la capital provincial (art. 24 LFF).

Ante cada infracción a esta ley o a su reglamento, los funcionarios de la CONAF deberán levantar un acta con los hechos constitutivos de la infracción y con los datos para su acertada inteligencia (día, lugar, hora de la inspección, individualización infractor, etc.). Con copia del acta deberá efectuarse la denuncia ante el tribunal competente.

Para las diligencias inspectivas los funcionarios requieren de la autorización del dueño del predio, o del juez en subsidio.

Se tomará como atenuante la conducta irreprochable anterior, la ignorancia excusable o la buena fe comprobada.

Por otra parte, según el art. 32 LFF, las acciones destinadas a perseguir las infracciones de este cuerpo legal prescribirán en el plazo de 2 años, contado desde la fecha de contravención.

5. Instrumentos de intervención propios de la Ley de Bosque Nativo (LBN)

Esta ley, según el art. 1 LBN, tiene como objetivos la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental.

A) Planes de manejo

Conforme con lo dispuesto por el art. 2 N° 18 LBN, «plan de manejo» es aquel instrumento que, reuniendo los requisitos establecidos en la misma LBN, planifica la gestión del patrimonio ecológico o el aprovechamiento sustentable de los recursos forestales de un terreno, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos. Es decir, se trata de un instrumento de gestión ambiental de intervención en un bosque nativo, tendiente a resguardar el uso sustentable del bosque, protegiendo así el ecosistema que envuelve.

Según el art. 5 LBN, toda acción de corta de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en que éste se encuentre, deberá hacerse previo plan de manejo aprobado por CONAF. El plan de manejo debe ser realizado por un profesional idóneo, calificado especialmente en el manejo sustentable de bosques, como por ejemplo un ingeniero forestal, en recursos naturales, o agrónomo especializado. Para elaborar un plan de manejo de preservación, el profesional requiere contar, además, con un postítulo o postgrado relacionado con las ciencias forestales.

i) *Clasificación de los planes de manejo.* Según el mismo artículo 2 N° 18 LBN, los planes de manejo se clasifican en planes de manejo de preservación y planes de manejo forestal. Una tercera variante de este instrumento, el plan manejo de obras civiles, se encuentra regulado en el art. 21 LBN.

1°) *Plan de manejo de preservación:* Aquel que tiene como objetivo fundamental resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área de su acción. Este instrumento es exigido cuando, por excepción, se autoriza la intervención de un bosque nativo de preservación.

2°) *Plan de manejo forestal:* Aquel que tiene como objetivo el aprovechamiento del bosque nativo para la obtención de bienes madereros y no madereros, considerando la multifuncionalidad de los bosques y la diversidad biológica.

Conforme con esta clasificación, un plan de manejo contempla tanto la posibilidad de preservación de un bosque nativo como la de su explotación, apareciendo como relevante el concepto de desarrollo sustentable, que

a grandes rasgos, se refiere a la satisfacción de las necesidades presentes sin menoscabar a las generaciones futuras (34).

3°) *Plan de manejo de obras civiles*: Aquel que debe tramitarse cuando la corta de bosque nativo se realice con motivo del cambio de uso de suelos rurales, construcción de obras o ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley. En estos casos, el interesado debe presentar un plan de manejo que contenga los objetivos de la corta, la definición del trazado de la obra, la descripción del área a intervenir, la descripción de la vegetación a eliminar, los programas de corta, la cartografía correspondiente y los programas de reforestación, los cuales deben realizarse con especies del mismo tipo forestal intervenido.

ii) *Plan de manejo para la explotación o intervención de bosques nativos*. Para la explotación o intervención de bosques nativos, es necesario un plan de manejo, según lo previsto en los arts.5 y 7 LBN. El contenido y requisitos de los planes de manejo se encuentran regulados por los arts. 13 y ss. del D.S. N°93/2008 del Ministerio de Agricultura, Reglamento General de la LBN. Presentado un plan de manejo, CONAF debe aprobarlo o rechazarlo dentro del plazo de 90 días hábiles (art. 8 LBN) (35).

En caso de contravención, esto es, corta de bosque sin plan de manejo previamente aprobado, el infractor podrá ser condenado judicialmente al pago de una multa, cuyo monto variará según el tipo de bosque afectado y las distintas circunstancias de la corta ilegal, y CONAF podrá solicitar al juez la inmediata paralización de las faenas, con auxilio de la fuerza pública. Junto con ello, el denunciado podrá ser obligado a reforestar el bosque y corregir materialmente la infracción.

En términos generales, el procedimiento judicial se ciñe a reglas similares a las contenidas en la LFF, ya revisadas, con la salvedad que el plazo de prescripción de la acción, en el caso de las infracciones, es de cinco años.

iii) *Intervención de un bosque nativo de preservación*. En este acápite cabe referirse a la norma contenida en el art. 19 LBN, que prohíbe la intervención o alteración de hábitat del bosque nativo de preservación.

Como se anticipó, es bosque nativo de preservación, entre otras hipótesis, aquel que presenta o constituye actualmente hábitat de especies vegetales

(34) En el caso del plan de manejo forestal, que procura el aprovechamiento de los bienes madereros y no madereros, el instrumento *considera* la multifuncionalidad y —también— la diversidad biológica; en el caso de los planes de manejo de preservación, el *objeto específico* del instrumento es justamente cuidar la diversidad biológica y hacerse cargo de ella.

(35) A diferencia de lo que acontece con la LFF, las materias a que se refiere la LBN, en aquellos aspectos no expresamente regulados, se rigen supletoriamente por la LBPA, cuyo art. 25 establece que en los plazos de días se computan únicamente los hábiles (art. 62 LBN).

clasificadas en las categorías de «en peligro de extinción», «vulnerables», «raras», «insuficientemente conocidas» o «fuera de peligro» (art. 2 N°4 LBN).

De acuerdo con la definición de «bosque nativo» (art. 2 N°3 LBN), estas especies vegetales han de ser autóctonas, es decir, debe tratarse de especies arbóreas o arbustivas originarias del país, reconocidas oficialmente como tales mediante decreto supremo del Ministerio de Agricultura (art. 2 N°13 LBN); el decreto en cuestión es el D.S. N°68/2009. Además, las especies deben encontrarse clasificadas en alguna de las categorías de conservación señaladas por el art. 2 N°4 LBN. Al respecto, es pertinente recordar que los listados que contienen las clasificaciones mencionadas fueron oficializados mediante decretos supremos expedidos, hasta el año 2009, a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y a partir de 2011, por el Ministerio del Medio Ambiente, empleándose desde entonces la nueva clasificación de especies, recomendada por la UICN: «extinta», «extinta en estado silvestre», «en peligro crítico», «en peligro», «vulnerable», «casi amenazada», «preocupación menor» y «datos insuficientes» (36).

Lo que el art. 19 LBN prohíbe, es la corta, eliminación, destrucción o descepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la Ley N° 19.300 y su reglamento, en las categorías de «en peligro de extinción», «vulnerables», «raras», «insuficientemente conocidas» o «fuera de peligro» (37), que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat. Esta prohibición no afecta a los individuos de dichas especies plantados por el hombre, a menos que tales plantaciones se efectúen en cumplimiento de medidas de compensación, reparación o mitigación dispuestas por una resolución de calificación ambiental u otra autoridad competente (38).

(36) Estas categorías están recogidas por el D.S. N°29/2011, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres según Estado de Conservación, que derogó el D.S. N°75/2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres. El art. 2° transitorio del D.S. N°29 establece algunas equivalencias o asimilaciones entre las nuevas categorías y las anteriores.

(37) El art. 37 de la LBGMA fue modificado por la Ley N°20.417. Actualmente, el precepto encarga al reglamento la fijación del procedimiento para clasificar las especies, según su estado de conservación, de acuerdo con las categorías recomendadas por la UICN u otro organismo internacional que dicte pautas en esta materia. Dicho reglamento fue aprobado por el ya mencionado D.S. N°29/2011, del Ministerio del Medio Ambiente. Se observa, en consecuencia, que la LBN ha quedado desactualizada en este punto, lo que no obsta a que la prohibición establecida por su art. 19 se haga extensible a las nuevas categorías, atendida la necesidad de interpretar y aplicar armónicamente los referidos cuerpos legales.

(38) No obstante, la Ley de Presupuesto dispone que durante el año 2016, los arts. 2 N°4, 19 y 52 de la LBN no regirán respecto de las especies clasificadas como «fuera de peligro», por lo que CONAF podrá autorizar su intervención previa presentación de un plan de manejo ordinario.

Cabe señalar que las prohibiciones y demás regulaciones del artículo 19 pueden aplicarse respecto de aquellas especies vegetales vivas nativas, aun no clasificadas oficialmente, que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, se encontraban identificadas como en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas en el documento denominado «Libro Rojo» de CONAF (39) (art. 2 transitorio de la LBN).

El art. 19 LBN establece que, excepcionalmente, podrá intervenir o alterarse el hábitat de los individuos de estas especies, previa autorización de CONAF, la que se otorgará por resolución fundada, siempre que tales intervenciones no amenacen la continuidad de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella, que sean imprescindibles y que tengan por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinadas a la ejecución de obras o al desarrollo de las actividades señaladas en el inciso cuarto del artículo 7° (40), siempre que tales obras o actividades sean de interés nacional.

Para autorizar tales intervenciones, CONAF deberá requerir informes de expertos respecto de si la intervención afecta a la continuidad de la especie y sobre las medidas a adoptar para asegurar la continuidad de las mismas.

Para llevar adelante la intervención, el precepto señala que el solicitante deberá elaborar un plan de manejo de preservación, que deberá considerar, entre otras, las medidas que señale la resolución fundada que dicte CONAF.

Por último, para calificar el interés nacional, este organismo podrá solicitar los informes que estime necesarios a otras entidades del Estado.

iv) Acreditadores forestales en los planes de manejo. Una introducción novedosa en la LBN, es el establecimiento de los «acreditadores forestales», profesionales o personas jurídicas que, sin perjuicio de las facultades de CONAF, estarán habilitados para certificar: 1°) Que los datos de los planes de manejo correspondan a la realidad; y 2°) La correcta ejecución de las actividades comprometidas en el plan de manejo para obtener las bonificaciones contempladas en el Fondo, al cual me refiero a continuación.

B) Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo

Conforme con los arts. 22 y ss. LBN, existirá un fondo concursable destinado a la conservación, recuperación o manejo sustentable del bosque nativo,

(39) Específicamente, en las Conclusiones N° 1, 2 y 3 del Libro Rojo (vid. Resolución N°586/2009, de la Dirección Ejecutiva de CONAF).

(40) Las actividades señaladas en el art. 7, inc. 4°, de la LBN, son: la construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por ley.

a través del cual se otorgará una bonificación destinada a solventar el costo de determinadas actividades tendientes a favorecer la regeneración, recuperación o protección de formaciones xerofíticas de alto valor ecológico o bosques nativos de preservación, como también la silvicultura dirigida a la obtención de productos madereros y no madereros.

El Reglamento de este fondo se encuentra contenido en el Decreto Supremo N°95, de 2008, del Ministerio de Agricultura.

C) Fondo destinado a la investigación del bosque nativo

Asimismo, cabe hacer referencia al art. 42 LBN, que establece que la Ley de Presupuestos contemplará un fondo anual especial destinado a la investigación del bosque nativo, cuya finalidad será promover e incrementar los conocimientos de los ecosistemas forestales nativos, sin perjuicio de los aportes privados que puedan complementarlo. La asignación de recursos destinados a la investigación del bosque nativo se hará siempre por concurso público.

Este fondo está reglamentado por el Decreto Supremo N° 96, de 2008, del Ministerio de Agricultura, modificado por el Decreto Supremo N° 28, de 2013, de la misma cartera ministerial, el cual tuvo por objeto optimizar determinados aspectos del procedimiento relativo a los concursos.

D) Delitos, infracciones y sanciones

i) La LBN contempla los siguientes *delitos*, cuyo conocimiento será sometido a los Jueces de Garantía o de los Tribunales de Juicio Oral, según corresponda, con competencia en el lugar donde se realizó el hecho punible:

1°) La certificación, por parte de un acreditador forestal, de un hecho falso o inexistente (art. 40 LBN);

2°) La presentación o elaboración de un plan de manejo basado en certificados falsos o que acrediten un hecho inexistente, a sabiendas de tales circunstancias (art. 49 LBN);

3°) La presentación, a sabiendas, de un plan de manejo basado en antecedentes falsos, distintos de los señalados en el art. 49, con el propósito de acogerse a las bonificaciones establecidas en la LBN (art. 50 LBN).

Estos delitos se encuentran sancionados con pena de presidio.

ii) La LBN contempla también diversas *infracciones* o *faltas*, todas las cuales serán conocidas por los jueces de policía local, previa denuncia de los funcionarios de CONAF o de Carabineros de Chile.

Entre estas infracciones, se pueden mencionar la corta no autorizada de bosque nativo; la corta no autorizada de ejemplares de especies clasificadas

en alguna categoría de conservación, que formen parte de un bosque; la corta no autorizada de bosque, con infracción a las normas sobre protección de glaciares, suelos, aguas y humedales; el incumplimiento de las actividades de protección, previstas en el plan de manejo, y el incumplimiento de la obligación de reforestar, entre otras. Todas estas faltas están sancionadas con multa, sin perjuicio del deber de corregir materialmente la infracción.

Así, por ejemplo, toda corta de bosque no autorizada hará incurrir al propietario del predio, o a quien la ejecute, en una multa equivalente al doble del valor comercial de los productos cortados o explotados, con un mínimo de 5 unidades tributarias mensuales por hectárea. Cuando los productos se encontraren en poder del infractor, caerán además en comiso, y serán enajenados por CONAF. Si los productos provenientes de la corta no autorizada hubieren sido retirados total o parcialmente del predio, el infractor será sancionado con la multa señalada precedentemente, incrementada en 200% (art. 51 LBN).

La corta, eliminación, destrucción o descepado u otra forma de dar muerte a ejemplares de especies clasificadas como en peligro de extinción, vulnerables, raras, insuficientemente conocidas o fuera de peligro, que no corresponda a intervenciones autorizadas de conformidad al artículo 19, se sancionará con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales por ejemplar, si éste no tuviere valor comercial; en caso contrario, la multa será igual al doble del valor comercial de cada ejemplar objeto de la intervención (art. 52 LBN).

Finalmente, el incumplimiento a la obligación de reforestar contemplada en los planes de manejo, se sanciona con multa de 10 a 15 unidades tributarias mensuales por hectárea, entendiéndose siempre como falta grave para el efecto de aplicar la sanción (art. 54, letra b, LBN).

6. Instrumentos de intervención propios de la Ley n° 18.362, de 1984. Ley del SNASPE [ley que no está vigente]

A) Antecedentes generales y objetivos

Con el fin de conservar las áreas naturales ubicadas dentro del territorio nacional, en 1984 se creó el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE) por medio de la dictación de la Ley N° 18.362 (LSNASPE).

Según el art. 1 de la referida Ley, el SNASPE tiene los siguientes objetivos de conservación:

i) Mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad ecológica natural del país o lugares con comunidades animales o vegetales, paisajes o formaciones geológicas naturales, a fin de posibilitar la educación e investigación y de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, las migraciones animales, los patrones de flujo genético y la regulación del medio ambiente.

ii) Mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestre y racionalizar su utilización.

iii) Mantener la capacidad productiva de los suelos y restaurar aquellos que se encuentren en peligro o en estado de erosión.

iv) Mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales.

v) Preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural.

El art. 11 LSNASPE señala que corresponderá al Ministerio de Agricultura, a través de CONAF, la administración, vigilancia y control de las unidades de manejo que integran el SNASPE.

Cabe recordar que la LSNASPE aún no se encuentra vigente, ya que ésta depende de la entrada en vigencia de otra ley, la N° 18.348, que dota a CONAF de carácter público, la cual aún no rige. Por ello, las áreas protegidas que componen este Sistema siguen sustentándose legalmente en el art. 10 LB, ya citado; en la Convención de Washington de 1940 (legalmente aplicable en Chile a partir del D.S. N°531, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores); en el Decreto Ley N°1.939, de 1977, sobre adquisición y administración de bienes del Estado, y en los arts. 34 y ss. de la LBGMA (41).

Sin perjuicio de lo anterior, y según ha precisado la Contraloría General de la República a través del Dictamen N°38.429, desde el año 2009 las leyes de presupuestos para el sector público han asignado recursos a CONAF para la administración coordinada de las áreas protegidas puestas bajo su tuición, bajo el entendido de que éstas forman parte del SNASPE. En consecuencia, puede sostenerse que el propio legislador ha reconocido existencia fáctica a este Sistema, no obstante la situación que afecta a la Ley N°18.362 (42).

(41) El art. 34 de la LBGMA dispone que el Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, cuya administración corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP). Según se indicó, el artículo 8° transitorio de la Ley N°20.417 ordenó la elaboración y tramitación de uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se cree el SBAP, y se transforme CONAF en un servicio público descentralizado (Servicio Nacional Forestal), el cual se centrará en los aspectos eminentemente forestales, desprendiéndose de la tuición de áreas protegidas. Estos proyectos de ley, como se mencionó más atrás, se encuentran aún en discusión parlamentaria, por lo que de conformidad con el principio de continuidad de la función pública, aludido en el Dictamen N° 38.429, de 2013, de Contraloría General de la República, la administración de los parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales, se mantiene radicada, entre tanto, en CONAF.

(42) Como se indicó, el proyecto de ley que crea el nuevo Sistema Nacional de Áreas Protegidas, o SNAP (Boletín N°9.404-12), contempla expresamente la derogación de la LSNASPE.

B) Categorías de manejo del SNASPE

La siguiente clasificación de las categorías de manejo comprendidas en el SNASPE, responde a las actividades que se pueden realizar dentro de cada una de ellas:

i) Reserva de Región Virgen. Se trata de un área donde existen condiciones primitivas naturales de flora, fauna, vivienda y comunicaciones, con ausencia de caminos para el tráfico de vehículos motorizados y vedada a toda explotación comercial. Su objetivo es mantener dichas reservas inviolables, excepto para la investigación científica debidamente autorizada y para la inspección por parte de CONAF, o para otros fines acorde al objetivo de la creación de la respectiva reserva (43).

ii) Parque Nacional. Generalmente es un área extensa donde existen ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, que no se encuentran alterados significativamente por la acción humana, capaces de auto-perpetuarse, y donde la flora, la fauna y las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Su objetivo es la preservación de dichos ambientes, y de los rasgos culturales y escénicos asociados a ellos, permitiéndose la realización de actividades mientras sea compatible con dichos fines.

iii) Monumento Natural. Se trata de un área reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural, educativo y científico. El objetivo de los monumentos es el mismo de los parques nacionales, diferenciándose sólo en cuanto a la extensión de terreno que abarcan.

iv) Reserva Nacional. Son áreas en las cuales es necesario conservar los recursos naturales y utilizarlos con especial cuidado por la susceptibilidad de estos a sufrir degradación o por su importancia para el resguardo de la autoridad. El objetivo es la conservación y protección del suelo y de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres, la mantención o mejoramiento de la producción hídrica y el desarrollo y aplicación de tecnologías de aprovechamiento racional de la flora y la fauna.

VII. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

1. Recurso de reclamación ante el juez de letras en lo civil

Conforme a lo establecido en el art. 5 LFF, si la CONAF denegare en todo o en parte el Plan de Manejo para la explotación de bosques nativos, el

(43) Al día de hoy, no se ha declarado en Chile ninguna Reserva de Región Virgen.

particular podrá reclamar de aquélla resolución ante el juez de letras en lo civil del territorio jurisdiccional en que estuviere situado el inmueble. Si el predio se encontrare ubicado en más de un territorio jurisdiccional, será competente el juez de cualquiera de ellos.

El reclamo deberá interponerse dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha de expedición de la carta certificada mediante la cual la Corporación notifique el rechazo. Se tendrá para todos los efectos como domicilio del afectado aquél indicado en la solicitud. El tribunal conocerá del reclamo en conformidad a las reglas del procedimiento incidental, en única instancia y sin ulterior recurso, oyendo a las partes afectadas. Podrá exigir un peritaje técnico, cuando lo estime necesario. La sentencia deberá pronunciarse, en todo caso, dentro del plazo de 60 días, contado desde la interposición del reclamo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN OYARZÚN, José y otros (2013): *Los pueblos indígenas y el Derecho* (Santiago, LOM Ediciones) 604 pp.
- GALLARDO, Enrique (2013): *Manual de Derecho Forestal* (Santiago, Corporación Nacional Forestal) 266 pp.
- HERVÉ E., Dominique y otros (2011): *Derecho Ambiental y Políticas Públicas* (Santiago, Universidad Diego Portales) 512 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2002): *Principios de Derecho Forestal* (Cizur Menor (Navarra), Aranzadi) 146 pp.
- OTERO, Luis (2006): *La huella del fuego. Historia de los bosques nativos. Poblamiento y cambios en el paisaje del sur de Chile* (Santiago, Pehuén) 171 pp.
- PLUMER BODIN, Marie Claude y otros (2001): *Programa de Armonización y Sistematización de la Normativa Ambiental Chilena: 1ª Etapa* (Santiago, CONAMA) 287 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *Instituciones de Derecho Minero* (Santiago AbeledoPerrot) 856 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018): *Derecho Administrativo Económico* (Santiago Thomson Reuters).

IX. JURISPRUDENCIA CITADA

a) Constitucional:

Sentencia TC: Control de constitucionalidad del proyecto de Ley aprobado por el Congreso Nacional, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. Tribunal Constitucional, 01 de julio del 2008 (Rol 1.024-2008).

b) Judicial:

Compañía Minera Austral Limitada con Sociedad Forestal Santa Ester Limitada (1997): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2011.

Forestal y Agrícola Zapallar Limitada y otros con Sociedad Legal Minera Santa Teresa Uno de Zapallar (2004): Corte Suprema, 11 de julio de 2006.

Linconao con Sociedad Palermo Ltda. (2009): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2009.

Inmobiliaria Lo Aguirre S.A. con Corporación Nacional Forestal (2012): Corte Suprema, 28 de enero de 2013.

Corporación Nacional Forestal con Sociedad Agrícola Brinzal Limitada (2013): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de abril de 2014.

Corporación Nacional Forestal con Minera Frontera de Oro (2011): Juzgado de Policía Local de Monte Patria, 13 de marzo de 2012.

Corporación Nacional Forestal con Inmobiliaria Santa Paula Limitada (2014): [Rol N° 1.083-8/2014].

c) Administrativa:

Dictamen N°38.429 (2013): Contraloría General de la República, de 18 de junio de 2013.

X. NORMATIVA CITADA

D.F.L. N° 1, Código Civil de Chile. Diario Oficial, 30 mayo de 2000.

Ley N° 18.362, Ley del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. Diario Oficial, 27 de diciembre de 1984.

Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 5 de diciembre de 1986.

Ley N° 19.300, que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Diario Oficial, 09 de marzo de 1995.

Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. Diario Oficial, 30 de julio de 2008.

Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

D.L. N° 701, Ministerio de Agricultura. Fija régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia. Diario Oficial, 28 de octubre de 1974.

- D.L. N° 1.939, del Ministerio de Tierras y Colonización, de normas sobre adquisición, administración y disposición de Bienes del Estado. Diario Oficial, 10 de noviembre de 1977.
- D.L. N° 2.565, Ministerio de Agricultura, que sustituye D.L. N° 701, de 1974, que somete los terrenos forestales a las disposiciones que señala. Diario Oficial, 03 de abril de 1979.
- D.S. N° 4.363, del Ministerio de Tierras y Colonización, que aprobó el texto definitivo de la ley de bosques. Diario Oficial, 31 de julio de 1931.
- D.S. N° 1099/1940, de Ministerio de Agricultura, reglamenta la explotación de los árboles de Ulmo y Tineo. Diario Oficial, 11 de julio de 1940.
- D.S. N° 908, del Ministerio de Tierras y Colonización, que declara forestales los terrenos que comprenden zonas de vegetación natural de Palma Chilena y reglamenta su explotación. Diario oficial, 26 de julio de 1941.
- D.S. N° 366, del Ministerio de Tierras y Colonización, que reglamenta explotación de Quillay y otras especies forestales, 30 de marzo de 1944.
- D.S. N° 728, del Ministerio de Justicia, que concede Personalidad Jurídica y aprueba los Estatutos a la Corporación denominada Corporación de Reforestación, con domicilio en Santiago. Diario Oficial, 13 de mayo 1970.
- D.S. N° 490, del Ministerio de Agricultura, declara monumento natural a la especie forestal Alerce. Diario Oficial, 05 de septiembre de 1977.
- D.S. N° 43, del Ministerio de Agricultura, declara monumento natural a la Araucaria Araucana. Diario Oficial, 03 de abril de 1990.
- D.S. N° 13, del Ministerio de Agricultura, que declara Monumento Natural las especies forestales Queule, Pitao, Belloto Del Sur, Belloto Del Norte Y Ruil. Diario Oficial, 03 de abril de 1995.
- D.S. N° 193, de Ministerio de Agricultura, que aprueba reglamento general del D.L. N° 701, de 1974, sobre fomento forestal. Diario Oficial, 29 de septiembre de 1998.
- D.S. N° 93, del Ministerio de Agricultura, Reglamento General de la Ley sobre recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, 5 de octubre de 2009.
- D.S. N° 68, del Ministerio de Agricultura, que establece, aprueba y oficializa nómina de especies arbóreas y arbustivas originarias del país. Diario Oficial, 2 de diciembre de 2009.
- D.S. N° 82, del Ministerio de Agricultura, reglamento de suelos, aguas y humedales. Diario Oficial, 11 de febrero de 2011.
- D.S. N° 29, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento para la clasificación de especies silvestres según estado de conservación. Diario Oficial, 27 de abril de 2012.

Otras fuentes

Boletín N° 9404-12: Proyecto que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ingresado el 18 de junio de 2014.

Boletín 10064-01: Extiende la bonificación establecida en el decreto ley N° 701, de 1974, sobre Fomento Forestal, cuyo texto fue reemplazado por el artículo primero del decreto ley N° 2.565, de 1979. Ingresado el 20 de mayo de 2015.

CONAF (2012): Tabla de Costos, 31 de julio de 2011. Disponible en http://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1368117546TablaCostos_2012.pdf [Fecha de consulta: 31 de marzo de 2016].

OEA (1940): «Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América» (o Convención de Washington). Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/c-8.html> [Fecha de consulta: 31 de marzo de 2016].

Resolución N°586/2009, de la Dirección Ejecutiva de CONAF, sobre la aplicación del Libro Rojo de la Flora Terrestre de Chile, disponible en www.conaf.cl.

Texto refundido de los Estatutos de la Corporación Nacional Forestal, disponible en www.conaf.cl.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO NATURAL EN COSTA RICA

ERNESTO JINESTA L.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL.– III. RÉGIMEN EN CONVENIOS INTERNACIONALES Y REGIONALES: 1. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (UNESCO, octubre-noviembre 1972). 2. Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES) de 1973. 3. Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo de 12 diciembre de 1989. 4. Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención Ramsar) de 1971. 5. Convenio sobre la biodiversidad biológica (Río de Janeiro, 1992). 6. Convenio de Conservación de Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central de 5 de junio de 1992. 7. Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 29 de octubre de 1993. IV. RÉGIMEN LEGAL: 1. Ley del Servicio de Parques Nacionales de 1977. 2. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1982. 3. Ley Conservación de la Vida Silvestre de 1992. 4. Ley Orgánica del Ambiente de 1995. 5. Ley Forestal de 1996. 6. Ley de Biodiversidad de 1998. 7. Otras leyes.– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Estudio del régimen jurídico del patrimonio natural en Costa Rica, desde la perspectiva de la Constitución, jurisprudencia constitucional, tratados internacionales y legislación.

Palabras clave: régimen jurídico; patrimonio natural; Costa Rica; Derecho Constitucional y Administrativo.

ABSTRACT: Study of the legal regime of natural heritage in Costa Rica, from the perspective of the Constitution, Supreme Court decisions, international law, legislation.

Key words: legal regime; natural heritage; Costa Rica; Constitutional and Administrative Law.

I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio natural en el caso de Costa Rica no tiene una regulación jurídica única, coherente y sistemática, ya que, diversas normas, desde la

Constitución Política, convenciones internacionales o regionales y leyes se ocupan del tema. Quizá, el elemento jurídico unificador este representado por las convenciones internacionales en la materia y, en particular, por la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural que fue debidamente incorporada al ordenamiento jurídico nacional.

Lo que sí resulta cierto es que en el caso costarricense, por tratarse de un país que desde la segunda mitad del siglo pasado ha mantenido una política pública continúa de protección al medio ambiente, de paz con la naturaleza y desarrollo sustentable, mediante la delimitación efectiva de áreas de protección o conservación, hábitats naturales y ecosistemas para preservar la biodiversidad, podemos, entonces, afirmar que la protección jurídica del patrimonio natural es multinivel, desde el básico legal, el convencional —representado por las convenciones regionales —región centroamericana— o internacionales suscritas por el Estado costarricense, hasta rematar en una tutela constitucional y un desarrollo abundante por la jurisprudencia constitucional.

En la presente contribución, se pasa revista al régimen jurídico del patrimonio natural en Costa Rica, desde un punto de vista descriptivo, omitiendo valoraciones o apreciaciones personales del autor, ya que, de esa manera se le ofrece a cualquier estudioso de la materia el texto y el contexto de su regulación de un modo más aséptico para cualquier estudio de legislación extranjera o bien de derecho comparado.

No sobra, advertir que uno de los principales problemas encontrados lo fue la ausencia de estudios doctrinales completos y sistemáticos sobre el régimen jurídico del patrimonio natural en Costa Rica.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en sus artículos 50 y 89, confiere protección del patrimonio natural del Estado. Esas normas disponen lo siguiente:

«Artículo 50 (...) Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes».

«Artículo 89. — Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico».

Al respecto caben dos puntualizaciones relevantes, en el caso del artículo 50 constitucional, la protección del derecho a un ambiente sano y ecológica-

mente equilibrado, no se encontraba en la versión original del texto, fue introducido por virtud de una enmienda parcial por la ley No. 7412 de 3 de junio de 1994. Esa enmienda constitucional, vino a constitucionalizar de manera positiva el derecho referido, siendo que la jurisprudencia de la Sala Constitucional, creada en 1989, ya había reconocido y desarrollado ese derecho. En lo que se refiere al ordinal 89 constitucional, sí es una norma originaria.

Acerca del particular, en la sentencia No. 2003-3656, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, desarrolló los alcances de esas disposiciones, de la siguiente forma:

«Es a partir de los artículos 50 y 89 constitucionales que se genera una obligación para el Estado de proteger el entorno en el que se desarrolla la vida de la población de la nación, y que abarca estos dos ámbitos: lo natural y lo urbano; de manera que la tutela del patrimonio cultural, y más específico, del patrimonio histórico-arquitectónico, se ubica dentro de las regulaciones de orden urbanístico. Es en atención a las anteriores consideraciones que bien puede afirmarse que la conservación del patrimonio cultural contribuye a mantener el equilibrio ambiental necesario en el desarrollo urbano, al requerir, para su efectiva tutela, el respeto de la escala, la estructura y el dimensionamiento urbanos, regula la capacidad de cargas físicas, cuestiona las funciones y servicios urbanos, lo cual da como resultado, una mejor calidad ambiental; además de que contribuye a mantener la imagen propia o concurrencia perceptiva de la ciudad, lo que le da identidad o cohesión formal».

Por su parte, en la sentencia No. 2013-7934, la Sala Constitucional desarrolló sus notas características primordiales, de la siguiente manera:

«(...) El Patrimonio Natural del Estado es inembargable e inalienable, y la acción reivindicatoria del Estado es imprescriptible, resultando así que la Administración Pública no pueden permutar, ceder, enajenar, de ninguna manera, entregar ni dar en arrendamiento, terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que antes hayan sido clasificados por el Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE). Este Tribunal ha precisado que el PNE es un bien de dominio público cuya conservación y administración están encomendadas, por ley, al Ministerio de Ambiente y Energía mediante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC). Por su parte, en los dictámenes números C-297-2004 del 19 de octubre del 2004 y C-321-2003 del 9 de octubre de 2003, la Procuraduría General de la República definió que el Patrimonio Natural del Estado lo integran dos importantes componentes: a) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales; b) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal del Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley

Forestal), que tienen una afectación legal inmediata. Es importante mencionar que de conformidad con el artículo 73 de la Ley No. 6043, las áreas silvestres protegidas están excluidas de la Zona Marítimo Terrestre, por lo que los Gobiernos Locales no tienen competencia para otorgar concesiones en dichas áreas, aunque se encuentren dentro de la Zona Marítimo Terrestre, pues están bajo la tutela del Estado (...) (1)».

La Sala Constitucional, en la sentencia No. 2008-16975 de las 14:53 hrs. de 12 de noviembre de 2008, con fundamento en el desarrollo infra constitucional del patrimonio natural, ofreció la siguiente noción:

«El Patrimonio Natural del Estado es un bien de dominio público cuya conservación y administración están encomendadas, por la ley, al Ministerio del Ambiente y Energía, mediante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (Ley Forestal, arts. 6 inciso a y 13 pfo.2º, y 14; Ley Orgánica del Ambiente, artículo 32, párrafo. 2º). Lo integran dos importantes componentes: a) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales (Ley Forestal 7575, arts. 1º, párrafo. 2º, 3º inciso i; Ley Orgánica del Ambiente 7554, artículo 32; Ley de Biodiversidad N° 7788, arts. 22 y siguientes y 58; Ley del Servicio de Parques Nacionales N° 6084, artículo 3º incisos d y f, en relación con la Ley Orgánica del MINAE N° 7152 y su Reglamento; Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317, artículo 82, inciso a). b) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal del Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley Forestal), que tienen una afectación legal inmediata. Para la zona marítimo terrestre, la misma Ley 6043 (artículo 73) excluye de su ámbito las Áreas Silvestres Protegidas y las sujeta a su propia legislación. El resto de áreas boscosas y terrenos de aptitud forestal de los litorales, están también bajo la administración del Ministerio del Ambiente y se rigen por su normativa específica (Ley Forestal, artículo 13 y concordantes)»

Cabe advertir que la jurisprudencia constitucional en Costa Rica, tiene por expresa disposición de ley (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), carácter vinculante erga omnes, de modo que es fuente no escrita del derecho constitucional.

(1) Más aún, en la sentencia No. 2014-19776, la Sala Constitucional precisó: «el Patrimonio Natural del Estado es un bien jurídico, definido e individualizado en nuestro ordenamiento jurídico, cuyos terrenos que lo conforman según la legislación ambiental, no necesitan de una declaratoria de área silvestre protegida para ser objeto de protección por parte de la Administración, por cuanto su propia naturaleza define su tutela. El uso limitado de los mismos está claramente dispuesto en la ley y sus reglamentos; y sus usos están destinados básicamente a labores de investigación, capacitación y ecoturismo, previamente aprobados por el Ministerio del Ambiente y Energía, no por el municipio...».

III. RÉGIMEN EN CONVENIOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

En el caso costarricense, por expresa disposición constitucional (artículo 7°), los tratados y convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa, mediante una ley, tienen un rango o jerarquía supra legal e infra constitucional, salvo que se trate de derechos humanos, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional, ha estimado que pueden asumir rango, incluso, supra constitucional.

1. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (UNESCO, octubre-noviembre 1972)

Mediante la Ley No. 5980 de 16 de noviembre de 1976 se aprobó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, la que en su artículo 2° efectúa una aproximación y delimitación conceptual del patrimonio natural, plenamente aplicable en el caso costarricense, al indicar que comprende lo siguiente:

«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».

En este instrumento internacional cada Estado se obliga a identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural natural situado en su territorio. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financieros, artístico, científico y técnico. Además, establece diversos mecanismos de protección de estos bienes.

2. Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES) de 1973

Mediante la Ley No. 5605 de 30 de octubre de 1974, se ratificó internamente la referida convención, la cual en su preámbulo, establece lo siguiente:

«Reconociendo que la fauna y flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen en elemento irremplazable de los sistemas naturales

de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras; Conscientes del creciente valor de la fauna y flora silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico; Reconociendo que los pueblos y Estados son y deben ser los mejores protectores de su fauna y flora silvestres; Reconociendo además que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional»

3. Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo de 12 diciembre de 1989

Por medio de la Ley No. 7226 de 2 de abril de 1991, el Estado costarricense aprobó el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo de 1989, en cuyo artículo 2º, se estipula como objetivo «*valorizar y proteger el Patrimonio Natural de la Región, caracterizado por su alta diversidad biológica y eco-sistemática*».

4. Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención Ramsar) de 1971

Mediante la Ley No. 7224 de 9 de abril de 1991, se aprobó la «Convención de Ramsar» de 2 de febrero de 1971, la que será desarrollada a través de otras leyes como la Ley Orgánica del Ambiente.

El artículo 1º de esta convención, resulta relevante al contener una aproximación conceptual a los humedales que sirven de hábitat a las aves acuáticas, al indicar lo siguiente: «*(...) los humedales son extensiones de marismas, pantanos, turberas o aguas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas incluyendo las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros. A los efectos de la presente convención, las aves acuáticas son aquellas que, ecológicamente, dependen de las zonas húmedas.*»

5. Convenio sobre la biodiversidad biológica (Río de Janeiro, 1992)

Mediante la Ley No. 7416 de 30 de junio de 1994, fue aprobado este convenio, que contiene una aproximación conceptual a la noción de diversidad biológica en su artículo 2, al indicar que es «*la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos, y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los*

que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas».

6. Convenio de Conservación de Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central de 5 de junio de 1992

A través de la Ley No. 7433 de 14 de septiembre de 1994, se aprobó el Convenio de Conservación de Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres, prioritarias en América Central de 1992, el cual, en su artículo 25, establece lo siguiente: *«Se deberán desarrollar mayores esfuerzos para que cada uno de los Estados de la región, ratifiquen lo antes posible, las convenciones internacionales sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), la Convención sobre Conservación de Humedales de Importancia Internacional y Sitios para Aves Migratorias (RAMSAR), y la Convención para la Protección del Patrimonio Natural y Cultural de la UNESCO, prestándoles todas las garantías para su cumplimiento interno».*

7. Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 29 de octubre de 1993

La Ley No. 7629 de 26 de septiembre de 1996 aprobó el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana o Protocolo de Guatemala de 1993. Este instrumento regional que hace parte del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) establecido en 1991, en su artículo 35, dispone lo siguiente:

«En el campo de los recursos naturales y el medio ambiente, los Estados Parte convienen en desarrollar estrategias comunes, con el objetivo de fortalecer la capacidad de los Estados para valorizar y proteger el patrimonio natural de la región, adoptar estilos de desarrollo sostenible, utilizar en forma óptima y racional los recursos naturales del área, controlar la contaminación y restablecer el equilibrio ecológico, entre otros, mediante el mejoramiento y la armonización a nivel regional de la legislación ambiental nacional y el financiamiento y la ejecución de proyectos de conservación del medio ambiente.»

IV. RÉGIMEN LEGAL

1. Ley del Servicio de Parques Nacionales de 1977

La Ley No. 6084 de 24 de agosto de 1977 creó el Servicio de Parques Nacionales, actualmente adscrito al Ministerio de Ambiente y Energía (por Ley No. 7152 de 5 de junio de 1990) que tendrá como función específica el

desarrollo y administración de los parques nacionales para la conservación del patrimonio natural del país.

De acuerdo con el artículo 2° de esta ley para establecer un parque nacional, debe tratarse de «áreas del territorio nacional aptas para la preservación de la flora y la fauna autóctonas».

Le corresponde al Servicio de Parques Nacionales, proponer al Poder Ejecutivo, la creación y delimitación mediante decreto ejecutivo de nuevos parques nacionales y sus límites solo pueden ser reducidos por una ley (artículo 13).

2. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1982

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, No. 6815 de 27 de septiembre de 1982, entre otras competencias que se le asignan a ese órgano técnico-consultivo, se encuentran en su artículo 3°, inciso i), las siguientes:

«Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias.

Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada.

Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria.

Con autorización del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, podrá coordinar acciones con instituciones públicas y privadas, especialmente con municipalidades, asociaciones de desarrollo comunal y organismos ambientales de carácter no gubernamental, a fin de poner en marcha proyectos y programas de información jurídica sobre la protección del ambiente, la zona marítimo-terrestre, la zona económica exclusiva y la plataforma continental para tutelar los recursos naturales, mediante actividades preventivas que involucren a las comunidades del país.

Asimismo, es preciso mencionar que el *párrafo final del artículo 58 de la Ley Forestal N° 7575* de 13 de febrero de 1996, le otorgó la acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores.

3. Ley Conservación de la Vida Silvestre de 1992

La Ley de Conservación de la Vida Silvestre, No. 7317 de 30 de octubre de 1992, establece una serie de regulaciones jurídicas sobre la «vida silvestre», siendo que en su artículo 1°, párrafo 1°, preceptúa que *«La vida silvestre está conformada por el conjunto de organismos que viven en condiciones naturales, temporales o permanentes en el territorio nacional, tanto en el territorio continental como insular, en el mar territorial, las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia. Los organismos exóticos declarados como silvestres por el país de origen, los organismos cultivados o criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres, sus partes, productos y derivados son considerados vida silvestre y regulados por ley. La vida silvestre únicamente puede ser objeto de apropiación particular y de comercio, mediante las disposiciones contenidas en los tratados públicos, los convenios internacionales, esta ley y su reglamento»*.

En su artículo 2°, establece definiciones de lo que debe entenderse por fauna silvestre (2) y flora silvestre (3).

(2) *«la fauna silvestre está constituida por los animales vertebrados e invertebrados, residentes o migratorios, que viven en condiciones naturales o que hayan sido extraídos de sus medios naturales o reproducidos ex situ con cualquier fin en el territorio nacional, sea este continental o insular, en el mar territorial, en aguas interiores, zona económica exclusiva o aguas jurisdiccionales y que no requieren el cuidado del ser humano para su supervivencia; así como aquellos animales exóticos, vertebrados e invertebrados, declarados como silvestres por el país de origen; incluye también los animales criados y nacidos en cautiverio provenientes de especímenes silvestres. La clasificación taxonómica de las especies se establecerá en el reglamento de esta ley»*.

(3) *«la flora silvestre está constituida por el conjunto de plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos existentes en el territorio nacional, continental o insular, en el mar territorial, aguas interiores, zona económica exclusiva o aguas jurisdiccionales, que viven en condiciones naturales o que hayan sido extraídas de su medio natural o reproducidas ex situ con cualquier fin, las cuales se indicarán en el reglamento de esta ley; así como aquellas plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos exóticos declarados como silvestres por el país de origen; incluye también las plantas vasculares y no vasculares, algas y hongos que hayan sido cultivados en cautiverio provenientes de especímenes silvestres. Se exceptúan de ese conjunto las plantas vasculares que correspondan al concepto de "árbol forestal" y las plantas, hongos y algas de uso agrario, de acuerdo con la definición dada por la ley o la reglamentación que regula esta materia»*.

El artículo 3° de esta ley establece que «Se declara de dominio público la fauna silvestre que constituye un recurso natural renovable, el cual forma parte del patrimonio nacional. Asimismo, se declara de interés público la flora silvestre, la conservación, investigación y desarrollo de los recursos genéticos, especies, razas y variedades botánicas y zoológicas silvestres, que constituyen reservas genéticas, así como todas las especies y variedades silvestres, ingresadas al país que hayan sufrido modificaciones genéticas en su proceso de adaptación a los diversos ecosistemas». Por su parte, el artículo 4° estatuye que «La producción, manejo, extracción, comercialización, industrialización y uso del material genético de la flora y la fauna silvestres, sus partes, productos y subproductos, se declaran de interés público y patrimonio nacional».

Desde el punto de vista de la organización administrativa, a través de esta ley se crea un órgano desconcentrado con personalidad jurídica instrumental esencial en materia de protección del patrimonio natural, que es el «Sistema Nacional de Áreas de Conservación» (SINAC), adscrito al Ministerio de Ambiente y Energía (órgano rector en la materia), cuya función general es la planificación, desarrollo y control de la vida silvestre (artículos 6 y 11) (4).

(4) El artículo 7° de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre especifica las competencias del SINAC, al preceptuar que le corresponde lo siguiente: «a) Establecer las medidas técnicas por seguir para el buen manejo, conservación y administración de la vida silvestre, objeto de esta ley y de los respectivos convenios y tratados internacionales ratificados por Costa Rica. b) Establecer los refugios nacionales de vida silvestre y administrarlos. c) Fomentar el establecimiento de los refugios nacionales de vida silvestre en propiedad mixta o privada. d) Promover y ejecutar programas de educación e investigación sobre el uso adicional de los recursos naturales renovables del país, en el campo de la vida silvestre que le competen, de conformidad con esta ley. e) Promover y ejecutar investigaciones en el campo de la vida silvestre, salvo aquellos que se refieran a recursos genéticos y bioquímicos regulados por la Ley de Biodiversidad. f) Extender, denegar o cancelar los permisos de caza de control, extracción, investigación, colecta científica y académica y cualquier permiso para importar o exportar vida silvestre, sus partes, productos y derivados, así como aprobar, rechazar o modificar los planes de manejo y permisos de funcionamiento de los diferentes establecimientos de manejo de vida silvestres, refugio de vida silvestre y para aquellas actividades de manejo de vida silvestre que lo requieran. g) Financiar las tesis o las investigaciones que permitan el mejor conocimiento de la vida silvestre. h) Proteger, supervisar y administrar, con enfoque ecosistémico los humedales, así como determinar su calificación de importancia nacional o internacional. i) Crear y gestionar los programas de manejo, control, vigilancia e investigación sobre la vida silvestre. j) Apoyar los programas de educación formal e informal de la Comisión Interinstitucional para la Educación y la Conciencia Pública e Investigación en Biodiversidad (Ciecopi). k) Coordinar con los otros entes competentes en la prevención, mitigación, atención y seguimiento de los daños a la vida silvestre. l) Promover la participación responsable de las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección del ambiente. m) Fomentar la conservación de ecosistemas naturales. n) Establecer planes de contingencia para la protección de la vida silvestre, en caso de desastres naturales. ñ) Coordinar acciones con las instituciones, públicas o privadas, nacionales o internacionales para la conservación y el manejo sostenible de la vida silvestre».

Esta ley crea un cuerpo de inspectores de vida silvestre, inspectores forestales, guarda parques y otros funcionarios que, ejercen competencias de policía administrativa, pudiendo detener, transitar, entrar, practicar inspecciones en terrenos públicos o privados y decomisar lo sustraído o extraído (artículos 15 y 16). Debe tomarse en consideración que, a tenor de esta norma legal, el SINAC regula todo lo atinente a la caza, pesca, colecta, extracción y tenencia de la vida silvestre (artículo 14), así como la extracción y colecta de la flora silvestre (artículo 51), mediante el otorgamiento de las licencias, autorizaciones y permisos respectivos.

En el artículo 19, es creado el «Registro Nacional de la Vida Silvestre», como público y de fácil acceso para la inscripción, manejo y control de la vida silvestre en general e, incluso, en manos privadas.

El artículo 82 crea la categoría de los «refugios nacionales de vida silvestre», sobre todo de aquella en vías de extinción, bajo tres modalidades, sea en propiedad estatal, privada o mixta. Los artículos 84 y 85, habilitan al Poder Ejecutivo para establecer refugios nacionales en reservas forestales y, previo acuerdo, en terrenos cuya titularidad sea de otros entes públicos descentralizados (instituciones autónomas, municipios) o de particulares, en este último en caso de mediar oposición debe acudir a la potestad expropiatoria.

4. Ley Orgánica del Ambiente de 1995

La Ley No. 7554 de 4 de octubre de 1995, Ley Orgánica del Ambiente, contiene varias disposiciones relativas al patrimonio natural.

En su artículo 8°, establece la siguiente competencia de los Consejos Regionales Ambientales *«Prevenir y combatir plagas, enfermedades e incendios forestales en los terrenos del patrimonio natural del Estado; además, colaborar en la prevención de plagas, enfermedades e incendios forestales en plantaciones y bosques privados»*.

Resulta importante transcribir los artículos 32 y 33 de esta ley, en cuanto, respectivamente, crean y clasifican las áreas silvestres protegidas y establecen el concepto de «monumento natural», al disponer lo siguiente:

«Artículo 32.– Clasificación de las áreas silvestres protegidas. El Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio del Ambiente y Energía, podrá establecer áreas silvestres protegidas, en cualquiera de las categorías de manejo que se establezcan y en las que se señalan a continuación: a) Reservas forestales. b) Zonas protectoras. c) Parques nacionales. d) Reservas biológicas. e) Refugios nacionales de vida silvestre. f) Humedales (5). g) Monumentos naturales.

(5) Sobre el régimen jurídico de los humedales costeros, la Procuraduría General de la República en el pronunciamiento No. OJ-122-2000 de 6 de noviembre de 2000, señaló:

Esas categorías de manejo y las que se creen en el futuro, serán administradas por el Ministerio del Ambiente y Energía, salvo las establecidas en el artículo 33 de esta ley. Las municipalidades deben colaborar en la preservación de estas áreas.

Artículo 33.– Monumentos naturales. Se crean los monumentos naturales como áreas que contengan uno o varios elementos naturales de importancia nacional. Consistirán en lugares u objetos naturales que, por su carácter único o excepcional, su belleza escénica, o su valor científico, se resuelva incorporarlos a un régimen de protección. Los monumentos naturales serán creados por el Ministerio del Ambiente y Energía y administrados por las municipalidades respectivas».

El ordinal 37 de esta ley establece los modos de adquisición por parte del Estado de aquellos terrenos de propiedad privada que se encuentren en alguna área silvestre protegida, al establecer lo siguiente:

«Artículo 37.– Facultades del Poder Ejecutivo. Al establecer áreas silvestres protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio del Ambiente y Energía, queda facultado para incluir, dentro de sus límites, las fincas o partes de fincas particulares necesarias para cumplir con los objetivos señalados en esta ley y para instrumentarlos de acuerdo con el respectivo plan de manejo o crear las servidumbres legales para la protección ecológica y el cumplimiento de la presente ley.

Cuando se trate de parques nacionales, reservas biológicas o refugios nacionales de vida silvestre estatales, los terrenos serán adquiridos por compra, expropiación o ambos procedimientos, previa indemnización. En los casos de reservas forestales, zonas protectoras, refugios de vida silvestre mixtos y humedales, los predios o sus partes también podrán comprarse o expropiarse, salvo que, por requerimiento del propietario, se sometan voluntariamente al régimen forestal. Esa sujeción será inscrita en el Registro Público de la Propiedad, como una afectación al inmueble, que se mantendrá durante el tiempo establecido en el plan de manejo.

«Las áreas de mangle son inalienables, imprescriptibles e insusceptibles de ocupación privada. Constituyen un componente de los ecosistemas de humedales estuarinos, de los que dependen gran cantidad de especies de fauna terrestre y marina; y donde crece un reducido número de especies vegetales de gran fragilidad (Decreto 22550). Inicialmente con la categoría de reservas forestales y hoy de humedales, los manglares son en la actualidad áreas protegidas, de dominio público, integran el Patrimonio Natural del Estado desde esa calificación y están bajo administración del Ministerio del Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y sus respectivas Áreas de Conservación regionales, regulados en diversas normas (...). Y según el Decreto N° 23247 las áreas que han estado provistas de manglar aun taladas continúan siendo de dominio público. Atinente a lo anterior y a la importancia de los manglares, su régimen de bienes de dominio público e imposibilidad jurídica de inscribirlos a nombre de particulares puede consultarse el dictamen C-102-96».

Las fincas particulares afectadas según lo dispuesto por este artículo, por encontrarse en parques nacionales, reservas biológicas, refugios de vida silvestre, reservas forestales y zonas protectoras, quedarán comprendidas dentro de las áreas protegidas estatales solo a partir del momento en que se hayan pagado o expropiado legalmente, salvo cuando en forma voluntaria se sometan al Régimen Forestal. Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que el pago o la expropiación no se haya efectuado y mientras se efectúa, las áreas quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de los recursos.

Se faculta al Poder Ejecutivo para que, por medio del Ministerio del Ambiente y Energía, realice las expropiaciones, contempladas en este artículo, de conformidad con lo establecido en la Ley de expropiaciones No. 7495, del 3 de mayo de 1995».

El artículo 38 es fundamental al establecer el principio de la irreductibilidad de las áreas silvestres protegidas que hacen parte del patrimonio natural, estableciendo lo siguiente:

«Reducción de las áreas silvestres protegidas. La superficie de las áreas silvestres protegidas, patrimonio natural del Estado, cualquiera sea su categoría de manejo, sólo podrá reducirse por Ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen esta medida».

Esta importante ley, se ocupa de regular en capítulo separado los «recursos marinos, costeros y humedales», definiéndolos [artículos 39 (6) y 40 (7)], declarando de interés público su conservación «por ser de uso múltiple» (artículo 41), estableciendo las medidas para delimitarlos efectivamente (artículo 42), la evaluación del impacto ambiental de cualquier actividad que les pueda afectar (artículo 44) y prohibiendo ciertas actividades (artículo 45) que interrumpan los ciclos naturales de los ecosistemas de humedal o afecten el flujo de aguas marinas o continentales (v. gr. diques, drenajes, desecamientos, rellenos, etc.).

(6) *«Definición de recursos marinos y costeros. Se entiende por recursos marinos y costeros, las aguas del mar, las playas, los playones y la franja del litoral, las bahías, las lagunas costeras, los manglares, los arrecifes de coral, los pastos marinos, es decir praderas de fanerógamas marinas, los estuarios, las bellezas escénicas y los recursos naturales, vivos o no, contenidos en las aguas del mar territorial y patrimonial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y su zócalo insular».*

(7) *Definición de humedales. Los humedales son los ecosistemas con dependencia de regímenes acuáticos, naturales o artificiales, permanentes o temporales, lenticos o loticos, dulces, salobres o salados, incluyendo las extensiones marinas hasta el límite posterior de fanerógamas marinas o arrecifes de coral o, en su ausencia, hasta seis metros de profundidad en marea baja.*

En lo relativo a la «*diversidad biológica*» el artículo 46 de la Ley Orgánica del Ambiente, dispone que el «*El Estado ejercerá la soberanía sobre la diversidad biológica, como parte de su patrimonio natural. Son de interés público las actividades destinadas a conservar, mejorar y, en lo posible, recuperar la diversidad biológica del territorio nacional; también las dirigidas a asegurar su uso sostenible (...)*».

El artículo 47 declara de interés público «*la investigación, la exploración y la comercialización de la diversidad biológica*» y también declara que «*La explotación y la comercialización de la flora y la fauna silvestres como bienes de dominio público, serán reguladas por el Estado*».

Finalmente, el artículo 50, relativo a las «*aguas*» declara que «*El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés general*».

Sobre el tema de las áreas silvestres protegidas, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 2010-021258 de las 14:00 hrs. de 22 de diciembre de 2010, precisó lo siguiente:

«Las Áreas Silvestres Protegidas declaradas por el Poder Ejecutivo, son bienes sujetos al régimen del Patrimonio Natural del Estado, por tener un alto valor para los ecosistemas, especies amenazadas o desde el punto de vista científico son delimitadas por el Poder Ejecutivo; a partir de su declaratoria se pretende dotar a estas zonas geográficas de una vocación conservacionista y proteccionista necesarias para cumplir su función. Como lo ha interpretado esta Sala, este Patrimonio alcanza tanto los terrenos públicos como los privados, sometidos a un régimen jurídico especial aunque pertenezca a un sujeto derecho público o de derecho privado. De conformidad con la legislación contenida en la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley Forestal, estos bienes del Patrimonio Natural del Estado, soportan intereses y restricciones que superan los límites propios de los cantones, para dar lugar a un interés nacional e incluso internacional de protección» (8).

(8) Sobre la administración exclusiva del Ministerio de Ambiente y Energía de las Áreas Silvestres Protegidas, la Procuraduría General de la República, en un asunto donde debía delimitar la competencia municipal para administrar la zona marítimo-terrestre establecida en la Ley de la materia No. 6043, respecto de la más general de administrar el patrimonio natural, en su pronunciamiento No. C-191-96 de 27 de noviembre de 1996, expresó lo siguiente: *Situándonos nuevamente dentro de la normativa de la Ley No. 6043 de 2 de marzo de 1977, nos señala el artículo 73: «Artículo 73.- La presente ley no se aplica a las zonas marítimo terrestres, incluidas en los parques nacionales y reservas equivalentes, las cuales se regirán por la legislación respectiva.» El concepto de «reservas equivalentes» fue aclarado por el dictamen No. C-174-87 de 8 de setiembre de 1987 en el siguiente sentido: «De lo expuesto concluimos: 1) Si bien técnicamente se ha dado a la expresión «reservas equivalentes» connotaciones más restringidas, en nuestro ordenamiento jurídico, y, en concreto en la Ley sobre Zona Marítimo-Terrestre, se ha utilizado para aludir a todas las áreas silvestres protegidas, junto con los parques nacionales que conforman el patrimonio Forestal del Estado: reservas*

biológicas, zonas protectoras, reservas forestales y refugios nacionales de fauna silvestre, las cuales, con carácter inalienables e inembargables, están sometidos a planes específicos de manejo público que garanticen la adecuada protección, conservación y uso racional de los recursos, para un desarrollo sostenido. 2) Que las zonas marítimo-terrestres incluidas en dichas áreas no se rigen por la Ley de la zona marítimo terrestre, sino por la Ley Forestal.» Entonces, trasladando el concepto común de zona marítimo terrestre al establecido por el artículo 75 de la Ley No. 6043, se asevera que los terrenos ubicados sobre la franja de doscientos metros contigua, a ambos lados, de los canales principales que unen los puertos de Moín y Barra del Colorado, y que hubiesen sido objeto de una declaratoria de área silvestre protegida, dejarán de regirse por la Ley No. 6043 para hacerlo por la legislación respectiva, sea la Ley de Conservación de Vida Silvestre, No. 7317 de 30 de octubre de 1992, la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 de 4 de octubre de 1995, o la Ley Forestal, No. 7575 de 5 de febrero de 1996. Así, por ejemplo, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, hace una clasificación, no exhaustiva, de las categorías de manejo bajo las cuales podrán establecerse áreas silvestres protegidas: a) reservas forestales, b) zonas protectoras, c) parques nacionales, d) reservas biológicas, e) refugios nacionales de vida silvestre, f) humedales, y g) monumentos naturales. Todas estas categorías, con excepción de la última, indica el artículo en su párrafo segundo, serán administrados por el Ministerio del Ambiente y Energía. Con este artículo desaparece la división tripartita que prevalecía anteriormente en el entonces Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas: el Servicio de Parques Nacionales para parques nacionales y reservas biológicas, la Dirección General Forestal para reservas forestales y zonas protectoras, y la Dirección General de Vida Silvestre para refugios nacionales de vida silvestre y humedales, fundiéndose todas las competencias de forma genérica en una única entidad, Ministerio del Ambiente y Energía, sin especificación departamental a lo interno para cada categoría de manejo. Tal competencia viene a ser confirmada por el artículo 13 de la Ley Forestal al preceptuar que corresponderá al Ministerio del Ambiente y Energía la administración del patrimonio natural del Estado, «constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio». Será competencia, pues, del Ministerio del Ambiente y Energía administrar las zonas marítimo terrestres incluidas dentro de áreas silvestres protegidas, entre ellas por supuesto, la contigua a los canales principales que detalla el artículo 73 de la Ley No. 6043, por lo que, a ese respecto, desplazarán la competencia de las municipalidades. En la zona atlántica norte de nuestro país se han declarado numerosas áreas protegidas que incluyen, de acuerdo a su localización geográfica, terrenos contiguos a canales principales entre Moín y Barra del Colorado, tales como el Parque Nacional Tortuguero (Decreto No. 1235-A de 7 de setiembre de 1970, Ley No. 5680 de 17 de abril de 1975, Decreto No. 11148-A de 5 de febrero de 1980, Ley No. 6794 de 25 de agosto de 1982 y Decreto No. 24428-MIRENEM de 4 de abril de 1995), la Reserva Forestal Pacuare-Matina (Decreto No. 2886-A de 15 de marzo de 1973), el Refugio Nacional de Vida Silvestre Barra del Colorado (Decreto No. 16358-MAG de 4 de junio de 1985), la Zona Protectora Tortuguero (Decreto No. 19971-MIRENEM de 25 de agosto de 1990), y el Refugio Nacional de Vida Silvestre Dr. Archie Carr (Decreto No. 23256-MIRENEM de 27 de abril de 1994) y que, por tanto, serían de administración exclusiva del Ministerio del Ambiente y Energía. Otro tanto cabe decir de las declaratorias de áreas protegidas sobre terrenos de organismos públicos, entre ellos, las instituciones autónomas como JAPDEVA. Aquí ya no rige el traslado de competencias por aplicación de la Ley No. 6043, sino de las diferentes Leyes Forestales, la actual, No. 7575, y las anteriores, No. 4465 de 25 de noviembre de 1969 y 7174 de 28 de junio de 1990. (...). Consecuentemente, es propio indicar que JAPDEVA o las municipalidades con jurisdicción territorial perderán su competencia en cuanto administración

El artículo 46 establece la soberanía del Estado sobre la diversidad biológica, en los siguientes términos:

«El Estado ejercerá la soberanía sobre la diversidad biológica, como parte de su patrimonio natural. Son de interés público las actividades destinadas a conservar, mejorar y, en lo posible, a recuperar la diversidad biológica del territorio nacional; también las dirigidas a asegurar su uso sostenible. Para ejecutarlas, se tomarán en cuenta los parámetros definidos por el Poder Ejecutivo, así como los siguientes criterios: a) La protección y la conservación de los ecosistemas naturales, la diversidad de las especies, la diversidad genética en el territorio nacional y la vigilancia de las zonas de reproducción; b) El manejo de la diversidad biológica integrado a la planificación de cualquier actividad relativa a los elementos del ambiente; c) La protección y el desarrollo de técnicas reproductoras de especies endémicas, en peligro o en vías de extinción, para recuperar su estabilidad poblacional; d) El uso de la investigación y la monitoria para definir estrategias y programas de protección y manejo de los hábitat o las especies; e) La promoción del fortalecimiento y el fomento de estaciones biológicas para el estudio, la recuperación y el repoblamiento de especies silvestres de flora y fauna; f) La reproducción controlada de especies silvestres con fines científicos, sociales y económicos.»

5. Ley Forestal de 1996

La Ley Forestal, No. 7575 de 13 de febrero de 1996, es quizá el instrumento legal que aborda de forma más general y sistemática el tema del patrimonio natural.

Así el artículo 6, inciso a), le atribuye a la administración forestal la competencia de *«Conservar los recursos forestales del país, tanto en terrenos del patrimonio natural del Estado como en áreas forestales privadas, de acuerdo con esta ley»*. Luego en el inciso c), le asigna la función de *«Prevenir y combatir plagas, enfermedades e incendios forestales en los terrenos del patrimonio natural del Estado; además, colaborar en la prevención de plagas, enfermedades e incendios forestales en plantaciones y bosques privados»*.

El título II de esta ley, se denomina «Patrimonio natural del Estado», por lo menos desde la perspectiva de lo estrictamente forestal, que tiene cinco normas de suma relevancia en la determinación de su naturaleza jurídica y regulación jurídica. Se trata de los artículos 13 a 18 que pasamos a transcribir de seguido:

sobre aquellos terrenos contiguos a los canales, principales o no, que fueren objeto de una declaratoria de área silvestre protegida, trasladándose aquella al Ministerio del Ambiente y Energía, de manera específica al Área de Conservación Llanuras de Tortuguero, creada por el Decreto No. 22997– MIRENEM de 21 de febrero de 1994.

«Artículo 13.– Constitución y administración. El patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio.

El Ministerio del Ambiente y Energía administrará el patrimonio.

Cuando proceda, por medio de la Procuraduría General de la República, inscribirá los terrenos en el Registro Público de la Propiedad como fincas individualizadas de propiedad del Estado.

Las organizaciones no gubernamentales que adquieran bienes inmuebles con bosque o de aptitud forestal, con fondos provenientes de donaciones o del erario, que se hayan obtenido a nombre del Estado, deberán traspasarlos a nombre de este.

Artículo 14.– Condición inembargable e inalienable del patrimonio natural. Los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio natural del Estado, detallados en el artículo anterior, serán inembargables e inalienables; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado por estos terrenos es imprescriptible. En consecuencia, no pueden inscribirse en el Registro Público mediante información posesoria y tanto la invasión como la ocupación de ellos serán sancionadas conforme a lo dispuesto en esta ley.

Artículo 15.– Impedimentos. Los organismos de la Administración Pública no podrán permutar, ceder, enajenar, de ninguna manera, entregar ni dar en arrendamiento, terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que antes hayan sido clasificados por el Ministerio del Ambiente y Energía. Si están cubiertos de bosque, automáticamente quedarán incorporados al patrimonio natural del Estado y se constituirá una limitación que deberá inscribirse en el Registro Público.

Artículo 16.– Linderos. El Ministerio del Ambiente y Energía delimitará, en el terreno, los linderos de las áreas que conforman el patrimonio natural del Estado. El procedimiento de deslinde se fijará en el reglamento de esta ley.

Artículo 17.– Catastro forestal. El Ministerio del Ambiente y Energía coordinará, con el Registro Nacional, el establecimiento de un catastro forestal, cuyo objetivo será regular las áreas comprendidas dentro del patrimonio natural del Estado y las que voluntariamente se sometan al régimen forestal.

Artículo 18.– Autorización de labores. En el patrimonio natural, el Estado podrá realizar o autorizar labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por el Ministro del Ambiente y Energía, quien definirá,

cuando corresponda, la realización de evaluaciones del impacto ambiental, según lo establezca el reglamento de esta ley».

6. Ley de Biodiversidad de 1998

La Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 30 de abril de 1998, se ocupa de regular la materia, particularmente, su conservación, aprovechamiento y uso sostenible (artículo 1°).

El artículo 7, párrafo 2°, entiende por biodiversidad la *«Variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, ya sea que se encuentren en ecosistemas terrestres, aéreos, marinos, acuáticos o en otros complejos ecológicos. Comprende la diversidad dentro de cada especie, así como entre las especies y los ecosistemas de los que forma parte. Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro».*

El artículo 2° dispone que *«El Estado ejercerá la soberanía completa y exclusiva sobre los elementos de la biodiversidad».*

El artículo 6° efectúa una afectación general de la biodiversidad en los siguientes términos: *«Dominio público. Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público. El Estado autorizará la exploración, la investigación, la bioprospección, el uso y el aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad que constituyan bienes de dominio público, así como la utilización de todos los recursos genéticos y bioquímicos, por medio de las normas de acceso establecidas en el capítulo V de esta ley».*

Esta ley tuvo un impacto importante en la organización administrativa dispuesta para la protección del patrimonio natural, aunque específicamente se refiere a la biodiversidad, indica que el órgano encargado de establecerla es el Ministerio de Ambiente y Energía, debiendo actuar a través de la *«Comisión Nacional para la gestión de la biodiversidad»* y el *«Sistema nacional de áreas de conservación»* (SINAC) (artículo 13).

La *«Comisión Nacional para la gestión de la biodiversidad»*, conformada como un órgano desconcentrado en grado máximo con personalidad jurídica instrumental, además de contar con una oficina técnica de apoyo y un Director Ejecutivo, tiene las siguientes competencias (artículo 14): *«1.- Formular las políticas nacionales referentes a la conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad, sujetándose a la convención sobre la biodiversidad biológica y otros convenios y tratados internacionales».*

correspondientes, así como a los intereses nacionales (...) 3.– Formular y coordinar las políticas para el acceso de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado que asegure la adecuada transferencia científico-técnica y la distribución justa de los beneficios que, para los efectos del título V de esta ley, se denominarán normas generales. 4.– Formular la estrategia nacional de biodiversidad y darle seguimiento. 5.– Coordinar y facilitar la realización de un amplio proceso de divulgación, con los sectores políticos, económicos y sociales del país, en torno a las políticas de conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad. 6.– Revocar las resoluciones de la oficina técnica de la Comisión y del servicio de protección fitosanitaria en materia de las solicitudes de acceso a los elementos de la biodiversidad, materia en la que agotará la vía administrativa. 7.– Asesorar a otros órganos del Poder Ejecutivo, instituciones autónomas y entes privados, a fin de normar las acciones para el uso, ecológicamente sostenible, de los elementos de la biodiversidad. 8.– Velar porque las acciones públicas y privadas relativas al manejo de los elementos de la biodiversidad cumplan con las políticas establecidas en esta Comisión (...).»

El artículo 22 de esta ley le otorgará una competencia más general, en lo referente al patrimonio natural, al «Sistema nacional de áreas de conservación» (SINAC), que como vimos fue creado por la Ley de Conservación de la Vida Silvestre de 1992, al disponer lo siguiente:

«Créase el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, en adelante denominado Sistema, que tendrá personería jurídica propia; será un sistema de gestión y coordinación institucional, desconcentrado y participativo, que integrará las competencias en materia forestal, vida silvestre, áreas protegidas y el Ministerio del Ambiente y Energía, con el fin de dictar políticas, planificar y ejecutar procesos dirigidos a lograr la sostenibilidad en el manejo de los recursos naturales de Costa Rica. Conforme a lo anterior, la Dirección General de Vida Silvestre, la Administración Forestal del Estado y el Servicio de Parques Nacionales ejercerán sus funciones y competencias como una sola instancia, mediante la estructura administrativa del Sistema, sin perjuicio de los objetivos para los que fueron establecidos. Queda incluida como competencia del Sistema la protección y conservación del uso de cuencas hidrográficas y sistemas hídricos.»

Las «áreas de conservación» son definidas, en el artículo 28, como «El Sistema estará constituido por unidades territoriales denominadas Áreas de Conservación bajo la supervisión general del Ministerio del Ambiente y Energía, por medio del Consejo Nacional de Áreas de Conservación, con competencia en todo el territorio nacional, según se trate de áreas silvestres protegidas, áreas con alto grado de fragilidad o de áreas privadas de explotación económica. Cada área de conservación es una unidad territorial del país, delimitada administrativamente, regida por una misma estrategia de desarrollo

y administración, debidamente coordinada con el resto del sector público. En cada uno se interrelacionan actividades tanto privadas como estatales en materia de conservación sin menoscabo de las áreas protegidas. Las Áreas de Conservación se encargarán de aplicar la legislación vigente en materia de recursos naturales, dentro de su demarcación geográfica. Deberán ejecutar las políticas, las estrategias y los programas aprobados por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación, en materia de áreas protegidas; asimismo, tendrá a su cargo la aplicación de otras leyes que rigen su materia, tales como la Ley de conservación de la vida silvestre, No. 7317, de 30 de octubre de 1992, y la Ley Forestal, No. 7575, de 13 de febrero de 1996, Ley Orgánica del ambiente, No. 7554, de 4 de octubre de 1995, y la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977. Basado en las recomendaciones del Consejo, el Ministerio del Ambiente y Energía definirá la división territorial que técnicamente sea más aconsejable para las Áreas de Conservación del país, así como sus modificaciones».

Además, esta ley dotará al SINAC de una nueva estructura administrativa conformada por el Consejo Nacional (9) y su Director Ejecutivo. Por su parte, las áreas de conservación, se estructuran en los siguientes órganos: 1) Consejo Regional del Área de conservación, 2) la Dirección Regional del Área de Conservación, 3) El Comité científico-técnico y 4) el órgano financiero. Órganos que tienen competencias limitadas a la respectiva área de conservación.

La Ley de Biodiversidad, efectúa algunas precisiones sobre las denominadas «áreas silvestres protegidas» que conviene tener en consideración, por lo que transcribimos las normas pertinentes de seguido.

(9) Competencias del Consejo Nacional del SINAC (artículo 25): «1.- Definir la ejecución de las estrategias y políticas tendientes a la consolidación y desarrollo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, y vigilar que se ejecuten. 2.- Supervisar y fiscalizar la correcta gestión técnica y administrativa de las Áreas de Conservación. 3.- Coordinar, en forma conjuntamente con la Comisión, la elaboración y actualización de la Estrategia nacional para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, la cual deberá ser ampliamente consultada con la sociedad civil y coordinada debidamente con todo el sector público, dentro del marco de cada una de las Áreas de Conservación. 4.- Definir estrategias y políticas relacionadas con la consolidación y el desarrollo de las áreas protegidas estatales, así como supervisar su manejo. 5.- Aprobar las estrategias, la estructura de los órganos administrativos de las áreas protegidas y los planes y presupuestos anuales de las Áreas de Conservación. 6.- Recomendar la creación de nuevas áreas protegidas que aumenten su categoría de protección. 7.- Realizar auditorías técnicas y administrativas para la vigilancia del buen manejo de las Áreas de Conservación y sus áreas protegidas. 8.- Establecer los lineamientos y directrices para hacer coherentes las estructuras, mecanismos administrativos y reglamentos de las Áreas de Conservación. 9.- Nombrar de una terna propuesta por los consejos regionales, los directores de las Áreas de Conservación. 10.- Aprobar las solicitudes de concesión (...) 11.- Otras funciones necesarias para cumplir con los objetivos de esta y otras leyes relacionadas con las funciones del Sistema».

Artículo 58. – Áreas silvestres protegidas Las áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituidas por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general. Los objetivos, la clasificación, los requisitos y mecanismos para establecer o reducir estas áreas se determinan en la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554, de 4 de octubre de 1995. Las prohibiciones que afectan a las personas físicas y jurídicas dentro de los parques nacionales y las reservas biológicas están determinadas, en la Ley de la Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977. Durante el proceso de cumplimiento de requisitos para establecer áreas silvestres protegidas estatales, los informes técnicos respectivos deberán incluir las recomendaciones y justificaciones pertinentes para determinar la categoría de manejo más apropiada a que el área propuesta debe someterse. En todo caso, el establecimiento de áreas y categorías tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas o campesinas y otras personas físicas o jurídicas, subyacentes o adyacentes a ella.

Artículo 59. – Cambio de categoría El Sistema Nacional de Áreas de Conservación podrá recomendar elevar la categoría de las áreas protegidas existentes; para ello seguirá lo establecido en la Ley Orgánica del Ambiente.

Artículo 60. – Propiedad de las áreas silvestres protegidas Las áreas silvestres protegidas, además de las estatales, pueden ser municipales, mixtas o de propiedad privada. Por la gran importancia que tienen para asegurar la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad del país, el Ministerio del Ambiente y Energía y todos los entes públicos, incentivarán su creación, además, vigilarán y ayudarán en su gestión.

Artículo 61. – Protección de las áreas silvestres protegidas El Estado debe poner atención prioritaria a la protección y consolidación de las áreas silvestres protegidas estatales que se encuentran en las Áreas de Conservación. Para estos efectos, el Ministerio de Ambiente y Energía en coordinación con el Ministerio de Hacienda, deberá incluir en los presupuestos de la República, las transferencias respectivas al fideicomiso o los mecanismos financieros de áreas protegidas para asegurar, al menos, el personal y los recursos necesarios que determine el Sistema Nacional de Áreas de Conservación para la operación e integridad de las áreas silvestres protegidas de propiedad estatal y la protección permanente de los parques nacionales, las reservas biológicas y otras áreas silvestres protegidas propiedad del Estado.

7. Otras leyes

Existen una serie de leyes que hacen una referencia simple al patrimonio natural, pero que hacen parte de ese régimen legal conjunto, así tenemos, las siguientes:

La Ley No. 7593 de 9 de agosto de 1996, Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), la cual, en su artículo 79, en lo que atañe a la expropiación forzosa o imposición de servidumbres, dispone lo siguiente: *«Las autoridades titulares del dominio público permitirán la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en los bienes de uso público; todo conforme a la normativa vigente para las áreas públicas de protección ambiental, denominadas patrimonio natural del Estado; así como la evaluación del impacto ambiental de las obras, los proyectos o las actividades que lo requieran. Los operadores de estas redes deberán cubrir los costos, los eventuales daños y perjuicios que puedan ocasionar la construcción y operación de las redes y cancelar un arrendamiento, cuyo valor será fijado por la Dirección General de Tributación».*

La Ley No. 7744 de 19 de diciembre de 1997, Ley de Concesión y Operación de Marinas y Atracaderos Turísticos, la cual, en su artículo 1°, exceptúa de la concesión los bienes que formen parte del patrimonio natural del Estado, en los términos en que está regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley Forestal, Ley No. 7575 y sus reformas. Al respecto, la Sala Constitucional en la sentencia No. 2013-7934 de las 09:05 hrs. de 14 de junio de 2013, dispuso:

«IX.– A partir de lo expuesto procede acoger el amparo (...) es claro que todavía existen concesionadas áreas que corresponden a PNE. Nótese que si bien en una de las concesiones no se encontró construcción alguna, en la otra si observó un área de construcción cercana a una quebrada. Por otro lado, a la fecha no se encuentra finalizado el nuevo Plan Regulador Costero, el cual debe necesariamente contemplar las áreas de PNE que todavía se encuentran en las áreas concesionadas. Finalmente, a pesar de lo anterior, consta que la Municipalidad acordó renovar ambas concesiones por espacio de 20 años, sin que, pese a que este Tribunal lo solicitó como prueba para mejor resolver se tenga certeza de la afectación actual al PNE. Así las cosas, evidencia la Sala que las autoridades de la Municipalidad de Osa no han adoptado las medidas necesarias y pertinentes en aras de proteger el recurso natural del Estado, por lo se impone estimar el amparo con sus consecuencias».

La Ley No. 8346 de 12 de febrero de 2003, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART), en cuyo artículo 4°, inciso n), establece que informará la actividad de esa entidad, como sistema de comunicación, la obligación de coadyuvar a garantizar las pautas indicadas en el artículo 89 de la Constitución Política, a efecto de desarrollar y conservar el patrimonio natural, histórico, artístico y cultural.

La Ley No. 8543 de 27 de septiembre de 2006, Ley de Creación del Museo de Guanacaste, el cual, en su artículo 4°, le atribuye a ese instituto el deber de fomentar la incorporación del público en la custodia y preservación del patrimonio natural y cultural de la región guanacasteca.

La Ley No. 9036 de 11 de mayo de 2012, Ley que Transforma el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y crea la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural. En su artículo 5°, establece como objetivo del desarrollo rural, la obligación del Estado costarricense, en coordinación de los gobiernos locales y los entes públicos correspondientes, de impulsar políticas, acciones y programas en los territorios rurales, que estén orientados a su desarrollo, de tal forma que se impone la diversificación productiva del medio rural, tomando en cuenta su multifuncionalidad y sus potencialidades productivas, y su contribución a la preservación de la biodiversidad, la prestación de servicios ambientales a la sociedad, el mejoramiento de los espacios y paisajes rurales y la protección del patrimonio natural en los diversos territorios rurales del país. Además, en el artículo 15, inciso b), se establece como funciones del INDER, fomentar la producción y la diversificación económica del medio rural, tomando en cuenta la multifuncionalidad de servicios que brinda a la sociedad, sus potencialidades productivas y su contribución al uso racional de los recursos naturales, a la conservación de la biodiversidad, el mejoramiento de los espacios, paisajes rurales y la protección del patrimonio natural y cultural, en los diversos territorios rurales del país. Finalmente, en el artículo 16, al regular el régimen de los terrenos del Instituto de Desarrollo Rural, se estipula que forma parte del fondo de tierras para el desarrollo agrario, las siguientes: «a) *Las adquiridas o las administradas por el IDA, a excepción de las pertenecientes al patrimonio natural del Estado hasta la fecha de vigencia de esta ley, que no hayan sido adjudicadas o traspasadas, así como las que el Inder adquiera por medios legales, para los fines establecidos por esta ley*» y «f) *Las aptas para el desarrollo rural dentro de las reservas nacionales, no sujetas a dominio particular o de otras instituciones del Estado, las cuales se inscriban a nombre de la institución y no sean parte del patrimonio natural del Estado*».

V. CONCLUSIONES

El régimen jurídico del patrimonio natural en Costa Rica, se encuentra disperso, empero, se denota una clara intención del constituyente y del legislador de ofrecer una regulación jurídica apropiada a los fuertes y serios compromisos asumidos por este país con la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible, la paz con la naturaleza, el turismo ecológico, el uso de energías alternativas o limpias, la carbono-neutralidad y la delimitación temprana de

áreas de conservación o protección que comprenden, aproximadamente, el 25% del territorio nacional.

Una de las razones de la fragmentación en la regulación del patrimonio natural obedece a la dificultad de aprehender esta noción y de precisar qué bienes incluye. Empero, a partir de la tupida regulación normativa que hemos referido es posible arribar a una noción. En efecto, en el caso de Costa Rica, el patrimonio natural está conformado por una serie de bienes, tangibles e intangibles, de propiedad pública, mixta o privada, sometidos a un fuerte e intenso régimen de derecho público, siendo que, en términos generales, comprende las «*bellezas naturales*» (artículo 89 constitucional), las denominadas genéricamente «áreas silvestres protegidas», las que comprenden las reservas forestales, las zonas protectoras, los parques nacionales, las reservas biológicas, los refugios nacionales de vida silvestre, los humedales, los monumentos naturales, la flora y fauna silvestres y la diversidad biológica.

La mayoría de estos bienes se encuentran expresa y claramente afectados por ley al demanio público y, en el caso de comprender propiedad privada, la aspiración legislativa común es que sean transferidos, progresivamente, al dominio público, mediante la expropiación o el avenimiento.

La organización y las competencias administrativas, son diversas, empero, es posible reconducir todo a una rectoría clara ejercida por el Ministerio de Ambiente y Energía en la administración del patrimonio natural. Lo anterior, con la colaboración de órganos especializados técnicamente, tales como el «Sistema Nacional de Áreas de Conservación» y la «Comisión Nacional para la gestión de la biodiversidad». A nivel reglamentario se profundiza y especifica esa organización y competencias, empero por su constante mutabilidad hemos decidido dejar fuera de esta propuesta la reglamentación motorizada que hay en Costa Rica.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO NATURAL EN MÉXICO

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO NATURAL: 1. Definición y características del patrimonio. 2. Patrimonio natural. 3. El agua como patrimonio natural.– III. BASES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES.– IV. REGULACIÓN Y PRINCIPIOS: 1. Antecedentes. 2. Bases legales. 3. Criterios generales. 4. Principios.– V. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO NATURAL (LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS): 1. El patrimonio público 2. El territorio nacional 3. Los bienes nacionales. 4. Los recursos naturales. 5. Las áreas naturales protegidas.– VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. 2. Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas tendrá las atribuciones siguientes.– 3. Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. 4. Comisión Intersecretarial para el Manejo Sustentable de Mares y Costas.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Estudio del régimen jurídico del patrimonio natural en México, con base en los derechos humanos, en las normas constitucionales, en los tratados internacionales, en las leyes federales y estatales y en la jurisprudencia de los tribunales federales.

Palabras clave: patrimonio natural.

ABSTRACT: Study of the legal regime of natural heritage in México.

Key words: natural heritage.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del patrimonio natural ha sido un área poco explorada por la bibliografía mexicana; además, cabe destacar que la regulación es de naturaleza federal y estatal, en virtud de que México tiene un régimen federal.

Es un tema que resulta novedoso, original y de mucha actualidad, principalmente en México, toda vez que no existen muchos estudios sobre el tema.

La bibliografía mexicana es escasa en el tema del patrimonio natural, pues los estudios dedicados a esta materia se encuentran dentro de las obras generales dedicadas al estudio de las áreas naturales protegidas o del derecho al medio ambiente.

Es importante destacar que el 28 de noviembre de 2016, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, que establece las bases generales bajo las cuales tanto el legislador federal como el local deberán expedir las nuevas leyes, que deberán incorporar el concepto de «patrimonio natural».

El trabajo es importante porque actualmente, la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, que es el organismo que tiene competencia en esta materia, administra 176 áreas naturales de carácter federal que representan más de 25,394,779 hectáreas. Estas áreas están divididas en nueve regiones en el país.

Cabe señalar que nuestro estudio solo estará enfocado al marco jurídico federal, en virtud de que cada uno de los 31 estados de la República y la Ciudad de México tienen su propio marco jurídico, por lo que solo realizaremos referencias muy puntuales.

El presente estudio lo realizamos con base en las disposiciones constitucionales, internacionales y legales, aunque también nos apoyamos en la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial federal.

Analizamos, en primer lugar, los aspectos generales del patrimonio, su concepto, sus características, así como lo relativo al patrimonio natural.

En segundo lugar, explicamos las bases constitucionales y convencionales del derecho al medio ambiente y de las áreas naturales protegidas, enfocándonos y principalmente en su fuente, que es el derecho humano al medio ambiente.

En el tercer apartado, señalamos los antecedentes, los criterios y los principios en materia de patrimonio natural.

En el cuarto apartado analizamos la naturaleza jurídica del patrimonio de la nación y su clasificación y elementos, dentro de los cuales destacamos las áreas naturales protegidas.

Y por último, explicamos la organización administrativa y las facultades de los órganos de la administración pública federal encargados de tutelar el patrimonio natural en México.

II. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO NATURAL

1. Definición y características del patrimonio

La palabra patrimonio (1) proviene de la voz latina *patrimonium*, alusiva al *pater*, que en el antiguo derecho romano era, por antonomasia, el sujeto

(1) Patrimonio y lat. *patrimonium*). 2. m. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título. 3. m. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación. 4. m. patrimonialidad.

de derecho; por tanto, *patrimonium* era lo que pertenecía al *pater* o derivaba de él (2).

Al pasar a las lenguas romances, *patrimonium* hacía referencia a los bienes del hijo, heredados del padre o de los abuelos; pero en un sentido más amplio y jurídico, se suele entender como el conjunto de bienes, derechos, poderes, deudas, cargas y obligaciones de una persona, apreciables en dinero; se trata, según la explicación personalista del patrimonio, de una universalidad jurídica, distinta de los derechos y obligaciones que la integran, mismas que pueden incrementarse o reducirse. En su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Joaquín ESCRICHE Y MARTÍN explicaba a mediados del siglo XIX:

Se toma algunas veces por toda especie de bienes, cualquiera que sea el título con que se hayan adquirido; mas en un sentido se toma por los bienes o hacienda de una familia; y aun a veces no significa esta palabra sino los bienes que recaen en una persona por sucesión de sus padres o abuelos. De aquí es que se llaman bienes patrimoniales los inmuebles o raíces que uno tiene heredados de sus ascendientes, a diferencia de los bienes adquiridos o de adquisición, que son los que se ganan por cualquier otro título que no sea el de sucesión de sus mayores. (3).

Cabe señalar que el concepto de patrimonio no es igual en el derecho privado que en el público; desde la perspectiva de este último, según explica el profesor italiano Gustavo INGROSSO, «se aproxima más al concepto económico que considera el patrimonio de una persona como su riqueza estática, en torno a la cual, como punto firme inicial, se envuelve y desarrolla el flujo de la riqueza en movimiento» (4).

Según el artículo 13 de la Ley General de Bienes Nacionales, «Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros».

Lo anterior significa, según el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que «los bienes del dominio público de la Federación son inalienables e imprescriptibles y no están sujetos a acción reivindicatoria o de

5. m. *Der.* Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica. ~ nacional. 1. m. *Econ.* Suma de los valores asignados, para un momento de tiempo, a los recursos disponibles de un país, que se utilizan para la vida económica. ~ neto. 1. m. Conjunto de los bienes pertenecientes a la corona o dignidad real. constituir ~. 1. fr. Sujetar u obligar una porción determinada de bienes para congrua sustentación del ordenando, con aprobación del ordinario eclesiástico.

(2) Véase J. FERNÁNDEZ RUIZ y M. A. LÓPEZ OLIVERA, (2007).

(3) J. ESCRICHE, (1888: 1334).

(4) G. INGROSSO, (1956: 75).

posesión definitiva o provisional, debe lógicamente concluirse que tales bienes sólo pueden ser propiedad de la Federación, y los particulares, las instituciones y organismos públicos sólo pueden adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de esos bienes los derechos regulados por la propia Ley General de Bienes Nacionales y las otras que expida el Congreso de la Unión, dentro de los cuales no se incluye la propiedad» (5).

2. Patrimonio natural

El concepto «patrimonio natural» no aparece en el texto de la Constitución federal; más bien han sido el legislador federal y el legislador local los que lo han introducido en el sistema jurídico mexicano.

La Ley Ambiental y de Protección del Patrimonio Natural del Estado de Michoacán de Ocampo, publicada en el *Periódico Oficial* del Estado el 20 de diciembre de 2007, señala, en su artículo 4, fracción XXVII, que se entiende por «Patrimonio Natural: 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, de acuerdo con la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972».

Por su parte, la nueva Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de noviembre de 2016, establece en su artículo 3, fracción XXVII, que se entiende por «Patrimonio Natural y Cultural: sitios, lugares o edificaciones con valor arqueológico, histórico, artístico, ambiental o de otra naturaleza, definidos y regulados por la legislación correspondiente».

Es claro que esta Ley define erróneamente dos conceptos que tienen elementos totalmente diferentes, ya que el patrimonio natural se refiere a la naturaleza, a las condiciones naturales de un territorio, como las reservas de la biosfera, los monumentos naturales, los parques naturales, así como los santuarios de la naturaleza de gran relevancia estética o científica.

(5) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tomo XX, tesis I.3o.C.462 C, septiembre de 2004, p. 1737.

3. El agua como patrimonio natural

La Constitución federal reconoce, en el artículo 4.º, como un derecho humano, al agua, al establecer que «Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines».

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la diferencia de trato en virtud del uso o destino que se dé a las aguas nacionales no es caprichosa o artificial, pues atiende al hecho notorio de que el líquido es esencial y está involucrado en todas las actividades de la vida.

Así, el agua potable constituye un bien básico, escaso y necesario para la vida y la salud de las personas, por lo cual ha sido considerada como *patrimonio natural común de la humanidad*, como prerrequisito para el cumplimiento de los derechos humanos e incluso, dada su necesidad básica, como un derecho fundamental (artículo 4o. de la Constitución federal) (6).

III. BASES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

Las diferentes leyes, tanto federales como estatales que regulan todo lo relativo al patrimonio natural, tienen su fundamento en el artículo 4.º, de la Constitución federal, que reconoce el derecho humano al medio ambiente.

El artículo 4.º de la constitución federal señala que «Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley».

Este derecho humano al medio ambiente, según los tribunales del Poder Judicial federal, «se desarrolla en dos aspectos: a) en un poder de exigencia

(6) Tesis de jurisprudencia 1a./J. 116/2017 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, p. 123. RUBRO: AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 223 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS QUE PREVÉ LA DIFERENCIA EN RAZÓN DEL USO O DESTINO DE DICHO RECURSO NATURAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. En igual sentido Tesis aislada II.1o.A.110 A, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Noviembre de 2005, p. 824. RUBRO: AGUA POTABLE. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA DOTAR DE ESE SERVICIO, SIN CONTAR CON LOS DICTÁMENES DE FACTIBILIDAD DE LA COMISIÓN DEL AGUA, CARECE DE VALIDEZ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

y un deber de respeto erga omnes a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales); y b) en la obligación correlativa de las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical)».

Al respecto, Edgar Corzo Sosa opina que «el derecho al medio ambiente es un derecho complejo, pues implica varias nociones de derecho en él mismo, y se le puede caracterizar como un derecho de cooperación, en el que tanto el Estado como la sociedad y las personas en lo particular debemos contribuir a su concepción y ejercicio» (7).

Asimismo, de acuerdo con la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable de los Estados y tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Es por ello que el órgano reformador de la Constitución solo reconoció el derecho al medio ambiente en la Constitución, y dejó al legislador federal y local la regulación de los aspectos puntuales vinculados con este derecho, como la protección del patrimonio natural.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó en claro que

Del contenido del derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», así como del principio 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972 y principios 1 y 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, deriva su caracterización como un derecho que a su vez implica un deber, en virtud de que, por una parte, se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a un medio ambiente de calidad tal que les permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, derecho que las autoridades del Estado deben proteger, vigilar, conservar y garantizar; y, por otra, el reconocimiento de este derecho fundamental se vincula con la obligación de los ciudadanos de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras (8).

Es por ello que el Estado mexicano tiene la obligación de realizar las gestiones necesarias para la salvaguarda del medio ambiente, ya que existen normas nacionales e internacionales que defienden y consolidan el derecho

(7) E. CORSO SOSA, (2015: 7).

(8) Tesis Aislada 1a. CCXLIX/2017 (10a.), Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, publicada el 8 de diciembre de 2017 a las 10:20 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*. RUBRO: DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO QUE A SU VEZ IMPLICA UN DEBER.

de las personas a vivir en un medio ambiente sano, que ha dejado de ser un asunto de uno o dos estados, para pasar a ser un tema de carácter mundial; entre esas obligaciones se cuenta la de tutelar el patrimonio natural.

El primer Tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito, señaló en la tesis de rubro MEDIO AMBIENTE. AL SER UN DERECHO FUNDAMENTAL ESTÁ PROTEGIDO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, NACIONAL Y ESTATAL, POR LO QUE LAS AUTORIDADES DEBEN SANCIONAR CUALQUIER INFRACCIÓN, CONDUCTA U OMISIÓN EN SU CONTRA, que:

De los artículos 1 y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», así como el 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público; tan es así, que en el Estado de Michoacán, la Ley Ambiental y de Protección al Patrimonio Natural del Estado, su reglamento y el Programa de monitoreo a vehículos ostensiblemente contaminantes del Estado para el año 2011, están encaminados a salvaguardar dicho derecho fundamental, proteger el ambiente, *conservar el patrimonio natural*, propiciar el desarrollo sustentable del Estado y establecer las bases para —entre otros casos— tutelar en el ámbito de la jurisdicción estatal, el derecho de toda persona a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, el agua y el suelo y *conservar el patrimonio natural de la sociedad*. Por tanto, el derecho particular debe ceder al interés de la sociedad a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental las autoridades deben velar, para que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada (9).

IV. REGULACIÓN Y PRINCIPIOS

1. Antecedentes

El antecedente más reciente de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente es la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación, de 1971, así como la Ley Federal de Protección al Ambiente de 1982.

Pero según Julia Carabias, José Sarukhán, Javier de la Maza y Carlos Galindo

(9) Tesis aislada XI.1o.A.T.4 A (10a.), PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1925.

Las actividades de Miguel Ángel de Quevedo en 1883 marcaron el inicio de una época de preocupación por la conservación de los recursos naturales, promoviendo la protección de los bosques y su fauna, estudiando el estado de las cuencas hidrológicas e ideando mecanismos para su protección; así, a finales del siglo XIX, propició el establecimiento de la primera área protegida con un decreto presidencial: el Bosque Nacional del Monte Vedado del Mineral del Chico, en Hidalgo.

Durante el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas, de 1934 a 1940, Quevedo recibió apoyo para establecer diversas categorías de protección, de acuerdo con la recomendación de la Unión Panamericana, en todas aquellas áreas con bosques, montañas y paisajes relevantes, que contuvieran vestigios históricos o en donde se encontrara abundancia de animales silvestres. Entre 1936 y 1939 fue decretada una gran cantidad de áreas protegidas, que llegaron a cubrir casi 30% del territorio nacional; desgraciadamente, el gobierno nunca destinó presupuesto ni recursos humanos para administrar, operar, vigilar y, en su caso, expropiar las tierras. Por ello, la mayoría de los decretos fueron letra muerta. Además, muchos de los terrenos nacionales que amparaban estos decretos se repartieron para la constitución de ejidos.

También podemos mencionar la protección que se realizó por decreto presidencial, en 1876, del bosque Desierto de los Leones, debido a que sus manantiales surtían de agua a la Ciudad de México.

Este periodo fue muy importante para nuestro país y para la época actual, en virtud de que se crearon la mayoría de los parques nacionales mexicanos que actualmente existen, «siendo aproximadamente 36 Parques Nacionales distribuidos en 17 entidades de la República, y con una superficie aproximada de 800 000 hectáreas» (10).

También podemos señalar el antecedente de la Ley Forestal de 1926, que en su artículo 22 facultaba al gobierno federal para expropiar cualquier terreno que a su juicio debía declararse reserva forestal; mientras que el artículo 39 del Reglamento de la Ley estableció que los terrenos forestales cuya ubicación, configuración, topografía y otras circunstancias constituyan una belleza natural propicia para el recreo público y fomento al turismo, debían declararse por Decreto del Ejecutivo «parques nacionales».

Después de 16 años de vigencia, la Ley fue abrogada por la Ley Forestal de 1942, que además se complementó con su respectivo reglamento, en cuyo artículo 77 se estableció declarar «parques nacionales» los sitios de interés histórico o de gran belleza natural, que era conveniente conservar para asegurar la existencia de la flora y fauna regionales, y servir de esparcimiento público.

(10) R. GUTIÉRREZ NÁJERA, (2014: 167).

2. Bases legales

El legislador ha expedido, con base en el artículo 4.º de la Constitución federal, algunas leyes que desarrollan los principios y el contenido del derecho humano al medio ambiente. Ha expedido las leyes General del Equilibrio Ecológico, Protección al Ambiente; General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano; Federal de Responsabilidad Ambiental y General de Cambio Climático.

Estas leyes señalan sus respectivos artículos que son de orden público y de interés general, lo cual se traduce en la obligatoriedad de sus disposiciones.

Su objeto es propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para la preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas.

3. Criterios generales

Según lo dispuesto en el artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución, son de interés público los actos que establezcan reservas, usos y destinos de áreas. En ese sentido, señala el artículo 6, fracción VI, de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, que es causa de utilidad pública «La protección del Patrimonio Natural y Cultural de los Centros de Población».

Esto quiere decir que una determinada área puede no solamente ser declarada área natural protegida, sino que, de acuerdo con la Ley de Expropiación, también puede ser expropiada, en beneficio de la comunidad.

Además, como México es un país federal, en el cual se dividen las competencias que tienen los Congresos federal y locales en algunas materias, las leyes denominadas generales, como las arriba mencionadas, señalan obligaciones específicas para la federación y para los estados de la República.

Entre las obligaciones de los estados están las de «Formular y aplicar las políticas, así como realizar las acciones en materia de estructuración urbana, gestión del suelo, Conservación del Patrimonio Natural y Cultural y accesibilidad universal, incluyendo la Movilidad» (11).

También se señala que «Los programas de las zonas metropolitanas o conurbaciones, deberán tener: V. La preservación del Patrimonio Natural y Cultural, así como de la imagen urbana de los Centros de Población» (12).

(11) *Ibidem*, artículo 10, fracción XXII, de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

(12) *Ibidem*, artículo 37, fracción V.

Asimismo, «Las tierras agrícolas, pecuarias y forestales, las zonas de Patrimonio Natural y Cultural, así como las destinadas a la preservación ecológica, deberán utilizarse en dichas actividades o fines de acuerdo con la legislación en la materia» (13).

Tanto la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales, sujetos a disponibilidad presupuestaria — señala la Ley —, fomentarán la coordinación y la concertación de acciones e inversiones entre los sectores público, social y privado para la protección del patrimonio natural y cultural de los centros de población (14).

Y finalmente, que «Las autoridades deberán promover la participación social y ciudadana, según corresponda, en al menos las materias siguientes: V. La protección del Patrimonio Natural y Cultural» (15).

4. Principios

Las diferentes leyes que regulan lo relativo al derecho al medio ambiente, como lo referente al patrimonio natural y a las áreas naturales protegidas, establecen una serie de principios bajo los cuales se deben regir las autoridades y los particulares.

Estos principios son los siguientes:

Participación democrática y transparencia. Proteger el derecho de todas las personas a participar en la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas, planes y programas que determinan el desarrollo de las ciudades y el territorio. Para lograrlo se garantizará la transparencia y el acceso a la información pública de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás legislación aplicable en la materia (16).

Sustentabilidad ambiental. Promover prioritariamente el uso racional del agua y de los recursos naturales renovables y no renovables, para evitar comprometer la capacidad de futuras generaciones, así como evitar rebasar la capacidad de carga de los ecosistemas, y que el crecimiento urbano ocurra sobre suelos agropecuarios de alta calidad, áreas naturales protegidas o bosques (17).

Asimismo, el artículo de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente señala los siguientes:

(13) *Ibidem*, artículo 55.

(14) *Ibidem*, artículo 101, fracción VI.

(15) *Ibidem*, artículo 93, fracción V.

(16) *Ibidem*, artículo 4, fracción V

(17) *Ibidem*, artículo 4, fracción IX.

I. Los ecosistemas son patrimonio común de la sociedad y de su equilibrio dependen la vida y las posibilidades productivas del país;

II. Los ecosistemas y sus elementos deben ser aprovechados de manera que se asegure una productividad óptima y sostenida, compatible con su equilibrio e integridad;

III. Las autoridades y los particulares deben asumir la responsabilidad de la protección del equilibrio ecológico;

IV. Quien realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente, está obligado a prevenir, minimizar o reparar los daños que cause, así como a asumir los costos que dicha afectación implique. Asimismo, debe incentivarse a quien proteja el ambiente, promueva o realice acciones de mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático y aproveche de manera sustentable los recursos naturales;

V. La responsabilidad respecto al equilibrio ecológico, comprende tanto las condiciones presentes como las que determinarán la calidad de la vida de las futuras generaciones;

VI. La prevención de las causas que los generan, es el medio más eficaz para evitar los desequilibrios ecológicos;

VII. El aprovechamiento de los recursos naturales renovables debe realizarse de manera que se asegure el mantenimiento de su diversidad y renovabilidad;

VIII. Los recursos naturales no renovables deben utilizarse de modo que se evite el peligro de su agotamiento y la generación de efectos ecológicos adversos;

IX. La coordinación entre las dependencias y entidades de la administración pública y entre los distintos niveles de gobierno y la concertación con la sociedad, son indispensables para la eficacia de las acciones ecológicas;

X. El sujeto principal de la concertación ecológica son no solamente los individuos, sino también los grupos y organizaciones sociales. El propósito de la concertación de acciones ecológicas es reorientar la relación entre la sociedad y la naturaleza;

XI. En el ejercicio de las atribuciones que las leyes confieren al Estado, para regular, promover, restringir, prohibir, orientar y, en general, inducir las acciones de los particulares en los campos económico y social, se considerarán los criterios de preservación y restauración del equilibrio ecológico;

XII. Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar. Las autoridades en los términos de esta y otras leyes, tomarán las medidas para garantizar ese derecho;

XIII. Garantizar el derecho de las comunidades, incluyendo a los pueblos indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad, de acuerdo a lo que determine la presente Ley y otros ordenamientos aplicables;

XIV. La erradicación de la pobreza es necesaria para el desarrollo sustentable;

XV. Las mujeres cumplen una importante función en la protección, preservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y en el desarrollo. Su completa participación es esencial para lograr el desarrollo sustentable;

XVI. El control y la prevención de la contaminación ambiental, el adecuado aprovechamiento de los elementos naturales y el mejoramiento del entorno natural

en los asentamientos humanos, son elementos fundamentales para elevar la calidad de vida de la población;

XVII. Es interés de la nación que las actividades que se lleven a cabo dentro del territorio nacional y en aquellas zonas donde ejerce su soberanía y jurisdicción, no afecten el equilibrio ecológico de otros países o de zonas de jurisdicción internacional;

XVIII. Las autoridades competentes en igualdad de circunstancias ante las demás naciones, promoverán la preservación y restauración del equilibrio de los ecosistemas regionales y globales;

XIX. A través de la cuantificación del costo de la contaminación del ambiente y del agotamiento de los recursos naturales provocados por las actividades económicas en un año determinado, se calculará el Producto Interno Neto Ecológico. El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática integrará el Producto Interno Neto Ecológico al Sistema de Cuentas Nacionales, y

XX. La educación es un medio para valorar la vida a través de la prevención del deterioro ambiental, preservación, restauración y el aprovechamiento sostenible de los ecosistemas y con ello evitar los desequilibrios ecológicos y daños ambientales.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO NATURAL (LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS)

1. El patrimonio público

El concepto de patrimonio público en México se ha ido delimitando a través de diferentes leyes que se han expedido a lo largo de la historia, hasta llegar a la vigente Ley General de Bienes Nacionales.

La nueva Ley General de Bienes Nacionales fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de mayo de 2004, y hace consistir su objeto en establecer, entre otros, los bienes que constituyen el patrimonio de la nación; además, determina el régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal.

Dicha Ley habla del patrimonio de la nación, al señalar en su artículo 1, fracción I, que «La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer: I. Los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación».

Según el *Diccionario de la lengua española*, elemento es, en una de sus acepciones, «cada uno de los componentes de un conjunto». De acuerdo con este concepto, los elementos del patrimonio de la nación son el territorio nacional y los bienes nacionales.

2. El territorio nacional

En primer lugar, debemos decir que todo Estado debe poseer un territorio como supuesto imprescindible de organización de las funciones que le corresponden, de los servicios que atiende y de su competencia para regularizar, coordinar y controlar la acción administrativa, dado que no hay Estado sin territorio.

Nuestra Constitución no da una definición de lo que debemos de entender por territorio; sólo establece lo que el territorio nacional comprende.

En la práctica, el territorio es el punto de referencia geográfico de la jurisdicción del Estado; permite saber hasta dónde se extiende espacialmente la influencia indiscutida del poder de un núcleo social (18).

Así, afirma Ulises Schmill Ordoñez, que «La norma jurídica al regular la conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia jurídica, tiene que especificar el espacio, es decir, el lugar en el que debe cumplirse la conducta». Es decir, «el espacio en el que tiene validez un orden normativo no debe concebirse como la superficie terrestre, es decir, como un plano, sobre el cual se asienta el Estado. La conducta regulada jurídicamente tiene lugar tanto en el plano de la superficie terrestre, como en el espacio aéreo y en el subsuelo. Por lo tanto, el territorio estatal es un espacio tridimensional; no sólo tiene longitud y latitud, sino también tiene profundidad» (19).

En el mismo sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que las expresiones «territorio nacional» o «República mexicana» comprenden no sólo las partes integrantes de la Federación, dentro de las que se encuentran los diversos Estados de la Unión, sino también el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, las aguas de los mares territoriales, e inclusive el espacio situado sobre el mismo territorio nacional (20).

3. Los bienes nacionales

Según el artículo 3 de la Ley General de Bienes Nacionales, son bienes nacionales:

- I. Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

(18) A. HERNÁNDEZ BECERRA, (1981: 53).

(19) U. SCHMILL ORDOÑEZ, (2001: 3651).

(20) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Primera Sala, tomo XVIII, tesis 1a./J. 41/2003, diciembre de 2003, p. 46.

- II. Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley; (21).
- III. Los bienes muebles e inmuebles de la Federación;
- IV. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades;
- V. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y
- VI. Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.

De acuerdo con el catálogo anterior, podemos decir que los bienes nacionales se pueden clasificar en recursos naturales y en bienes de dominio público.

4. Los recursos naturales

Los recursos naturales, en su doble categoría de renovables o de no renovables, son propiedad de la nación o de los particulares.

El régimen legal vigente de los recursos naturales propiedad de la nación hace posible que los particulares puedan explotar, beneficiarse o aprovecharse en general de tales recursos, a través de los procedimientos administrativos de la concesión, permiso, asignación o autorización. A veces se les excluye totalmente (22), pero en el caso de los recursos naturales pueden explotarlos.

Según la Constitución federal y la Ley General de Bienes Nacionales, son recursos naturales:

(21) Artículo 7. Son bienes de uso común:

I. El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional; II.— Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar; III. El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar; IV. Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales; V. La zona federal marítimo terrestre; VI. Los puertos, bahías, radas y ensenadas; VII. Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público; VIII. Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional; IX. Las riberas y zonas federales de las corrientes; X. Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables; XI. Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia; XII. Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia; XIII. Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y XIV. Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

(22) Alfonso NAVA NEGRETE y Enrique QUIROZ ACOSTA, «Aprovechamiento de recursos naturales», Jorge FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2003, p. 21.

- Los de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas.
- Todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria.
- Los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas.
- Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos.
- Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes.
- Los combustibles minerales sólidos.
- El petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.
- El espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.
- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.
- Las aguas marinas interiores.
- Las [aguas] de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar.
- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes
- Las de los ríos y sus afluentes directos e indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional.
- Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República.
- Las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino.
- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas.
- Los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley.
- Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.
- La zona económica exclusiva, que se extiende a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial.

- La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes (Artículo 42, fracción IV, de la CPEUM.).
- Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común (Artículo 132 de la CPEUM.).

5. Las áreas naturales protegidas

El reconocimiento, evolución e incorporación de las áreas naturales protegidas al régimen jurídico mexicano han seguido un lento camino que inició con el Decreto expedido por el presidente Porfirio Díaz, el 1 de mayo de 1899, mediante el cual se protegió el Monte vedado del Mineral del Chico, ubicado en el Estado de Hidalgo, (23) pasando por la publicación de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en 1988, y sus más recientes reformas.

El objetivo central del Estado al declarar una área natural protegida, es proteger ciertas regiones que aún mantienen un estado de conservación natural, buscando su preservación, equilibrio, sustentabilidad, integración, restauración, salvaguarda de especies, investigación científica y aprovechamiento racional de los recursos, a través del diseño de mecanismos de protección en los cuales convergen recursos federales, estatales, municipales y privados, y en los cuales juega un papel muy importante la sensibilización de los pobladores de dichas áreas a fin de que estos apliquen en su vida diaria, los conceptos de preservación y *sustentabilidad* (24).

El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, en su versión actual, fue establecido en 1996, y la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas en 2000. Su competencia, adscrita a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, está basada en una visión humanista y pragmática de la gestión del patrimonio natural mexicano bajo el lema «Conservación con, por y para la Gente». Su misión es «Conservar el patrimonio natural de México mediante las áreas protegidas y otras modalidades de conservación, fomentando una cultura de la conservación y el desarrollo sustentable de las comunidades asentadas en su entorno» (25).

Actualmente, el Artículo 46 de la LGEEPA, reconoce nueve categorías de áreas naturales protegidas, y las clasifica en: Reservas de la Biosfera, Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Áreas de Protección de Recursos Naturales, Áreas de Protección de Flora y Fauna, Santuarios, Parques y

(23) Decreto que establece como bosque nacional el terreno llamado Monte Vedado del Mineral del Chico, distrito de Pachuca en el Estado de Hidalgo, publicado el 1 de mayo de 1899 Sección 5a numero 7382.

(24) W. JIMÉNEZ BARRIOS, (2013).

(25) Véase J. ELBERS, (2011: 71).

Reservas Estatales, Áreas Destinadas Voluntariamente a la Conservación, Zonas de Conservación Ecológica Municipales, así como las demás categorías que establezcan las legislaciones locales.

Reservas de la Biosfera. Se constituyen en áreas relevantes a nivel nacional, representativas de uno o más ecosistemas no alterados significativamente por la acción del ser humano o que requieran ser preservados y restaurados, en los cuales habiten especies representativas de la biodiversidad nacional, incluyendo a las consideradas endémicas, amenazadas o en peligro de extinción.

Parques nacionales. Se constituyen en ecosistemas que se signifiquen por su belleza escénica, su valor científico, educativo, de recreo, su valor histórico, por la existencia de flora y fauna, por su aptitud para el desarrollo del turismo, o bien por otras razones análogas de interés general. Sólo se permite la realización de actividades relacionadas con la protección de sus recursos naturales, el incremento de su flora y fauna y en general, con la preservación de los ecosistemas y de sus elementos, así como con la investigación, recreación, turismo y educación ecológicos.

Monumentos naturales. Consisten en lugares u objetos naturales que por su carácter único o excepcional, interés estético, valor histórico o científico, se resuelva incorporar a un régimen de protección absoluta. Tales monumentos no tienen la variedad de ecosistemas ni la superficie necesaria para ser incluidos en otras categorías de manejo. Únicamente se permite la realización de actividades relacionadas con su preservación, investigación científica, recreación y educación.

Áreas de protección de recursos naturales. Son aquellas destinadas a la preservación y protección del suelo, las cuencas hidrográficas, las aguas y, en general, los recursos naturales localizados en terrenos forestales de aptitud preferentemente forestal.

Áreas de protección de flora y fauna. Se constituyen en los lugares que contienen los hábitats de cuyo equilibrio y preservación dependen la existencia, transformación y desarrollo de las especies de flora y fauna silvestres. Se permite la realización de actividades relacionadas con la preservación, repoblación, propagación, aclimatación, refugio, investigación y aprovechamiento sustentable de las especies mencionadas, así como las relativas a educación y difusión en la materia.

Santuarios. Son aquellas áreas que se establecen en zonas caracterizadas por una considerable riqueza de flora o fauna, o por la presencia de especies, subespecies o hábitat de distribución restringida. Dichas áreas abarcarán cañadas, vegas, relictos, grutas, cavernas, cenotes, caletas, u otras unidades topográficas o geográficas que requieran ser preservadas o protegidas. Solo se permitirán actividades de investigación, recreación y educación ambiental, compatibles con la naturaleza y características del área. Las actividades de aprovechamiento no extractivo quedan restringidas a los programas de manejo,

y normas oficiales mexicanas emitidas por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat).

Parques y reservas estatales, así como las demás categorías que establezcan las legislaciones locales.

Zonas de conservación ecológica municipales, así como las demás categorías que establezcan las legislaciones locales, y

Áreas destinadas voluntariamente a la conservación.

Según lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la finalidad de establecer áreas naturales protegidas es:

I. Preservar los ambientes naturales representativos de las diferentes regiones biogeográficas y ecológicas y de los ecosistemas más frágiles, así como sus funciones, para asegurar el equilibrio y la continuidad de los procesos evolutivos y ecológicos;

II. Salvaguardar la diversidad genética de las especies silvestres de las que depende la continuidad evolutiva; así como asegurar la preservación y el aprovechamiento sustentable de la biodiversidad del territorio nacional, en particular preservar las especies que están en peligro de extinción, las amenazadas, las endémicas, las raras y las que se encuentran sujetas a protección especial;

III. Asegurar la preservación y el aprovechamiento sustentable de los ecosistemas, sus elementos, y sus funciones;

IV. Proporcionar un campo propicio para la investigación científica y el estudio de los ecosistemas y su equilibrio;

V. Generar, rescatar y divulgar conocimientos, prácticas y tecnologías, tradicionales o nuevas que permitan la preservación y el aprovechamiento sustentable de la biodiversidad del territorio nacional;

VI. Proteger poblados, vías de comunicación, instalaciones industriales y aprovechamientos agrícolas, mediante zonas forestales en montañas donde se originen torrentes; el ciclo hidrológico en cuencas, así como las demás que tiendan a la protección de elementos circundantes con los que se relacione ecológicamente el área; y

VII. Proteger los entornos naturales de zonas, monumentos y vestigios arqueológicos, históricos y artísticos, así como zonas turísticas, y otras áreas de importancia para la recreación, la cultura e identidad nacionales y de los pueblos indígenas.

También, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en las zonas marinas mexicanas, se podrán declarar áreas naturales protegidas con objeto de proteger y preservar los ecosistemas marinos y regular el aprovechamiento sustentable de la flora y fauna acuáticas.

En estas áreas se permitirán y, en su caso, se restringirán o prohibirán las actividades o aprovechamientos que procedan, de conformidad con lo que dispone la propia Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,

la Ley de Pesca, la Ley Federal del Mar, las convenciones internacionales de las que México sea parte y las demás disposiciones jurídicas aplicables.

Las autorizaciones, concesiones o permisos para el aprovechamiento de los recursos naturales en estas áreas, así como el tránsito de embarcaciones en la zona o la construcción o utilización de infraestructura dentro de la misma, quedarán sujetas a lo que dispongan los programas de manejo y las declaratorias correspondientes.

Para el establecimiento, administración y vigilancia de las áreas naturales protegidas establecidas en las zonas marinas mexicanas, así como para la elaboración de su programa de manejo, se deberán coordinar, atendiendo a sus respectivas competencias, la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca y la Secretaría de Marina.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57 a 75Bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el área natural protegida se constituye por medio de un decreto o declaratoria que expide el Presidente de la República, los gobernadores de los estados o los presidentes municipales. Para que esto ocurra se deben realizar previamente estudios justificativos y solicitar opiniones tanto a gobiernos locales como a universidades, organizaciones, pueblos indígenas y otros interesados.

Al respecto, el primer Tribunal colegiado en materia administrativa del cuarto circuito señaló, en el criterio de rubro DECRETO PRESIDENCIAL POR EL QUE SE DECLARA ÁREA NATURAL PROTEGIDA CON EL CARÁCTER DE PARQUE NACIONAL, LA REGIÓN CONOCIDA COMO CUMBRES DE MONTERREY, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 17 DE NOVIEMBRE DE 2000. ES UNA NORMA DE NATURALEZA AUTOAPLICATIVA, que:

En el citado decreto se imponen limitaciones, cambios, modificaciones y/o restricciones a los inmuebles localizados en el área que comprende el mencionado parque nacional, esto es, las disposiciones que lo componen restringen los derechos que los gobernados tienen sobre aquéllos y, por tanto, desde su entrada en vigor vincula a los propietarios, poseedores, residentes o titulares de los derechos sobre tierras, aguas y bosques ubicados en la aludida región, situada en los Municipios de Allende, García, Montemorelos, Monterrey, Rayones, Santa Catarina, Santiago y San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, quienes, por tanto, ya no podrán disponer libremente de sus bienes. De ahí que el comentado decreto sea una norma de naturaleza autoaplicativa o de aplicación incondicionada (26).

En la declaratoria de área natural protegida se debe incluir: a) La delimitación precisa del área con zonificación correspondiente; b) Las modalidades

(26) Tesis aislada IV.1o.A.89 A, primer Tribunal colegiado en materia administrativa del cuarto circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, marzo de 2008, p. 1751.

a que se sujetará dentro del área; c) La descripción de actividades que podrán llevarse a cabo en el área correspondiente; d) La causa de expropiación; e) Los lineamientos generales para la administración, el establecimiento de órganos colegiados representativos, la creación de fondos o fideicomisos y la elaboración del programa de manejo del área; y, f) Los lineamientos para la realización de las acciones de preservación, restauración y aprovechamiento sustentable.

Asimismo, la declaratoria deberá publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* y se notificará previamente a los propietarios o poseedores de los predios afectados.

En este punto, cabe señalar que en el estado de Veracruz, la Ley del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente fue declarada inconstitucional, en virtud de que el primer Tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo, consideró, que

De un correcto análisis de los artículos 48 al 62 de la abrogada Ley Estatal del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente para el Estado de Veracruz, que regulan el procedimiento, entre otras modalidades, para el establecimiento, mediante declaratorias, de áreas naturales protegidas, y que tienen como efecto jurídico la privación de la posesión en perjuicio de los propietarios o poseedores de los predios afectados, se desprende que no prevén normatividad alguna que permita oírlos y, por ende, darles la oportunidad de aportar sus pruebas, antes de que se lleve a cabo el acto de privación, consistente en la emisión de la citada declaratoria, lo cual implica la vulneración de la garantía de audiencia tutelada por el artículo 14, párrafo segundo, de la Ley Fundamental, toda vez que en el procedimiento relativo no se consagra, en forma previa, ni aun «posterior» pues, por un lado, la notificación que debe hacerse a los posibles afectados, previamente a la publicación de la declaratoria impugnada en la Gaceta Oficial del Estado, atento lo establecido por el numeral 59 del propio ordenamiento, no significa la observancia del derecho subjetivo público que se estima vulnerado, porque se reduce a una mera notificación o aviso de que un determinado bien inmueble, propiedad de aquéllos, ha sido afectado por el Estado a consecuencia del procedimiento administrativo y, por otro, no se contempla un recurso o medio legal de impugnación del cual pudiera disponer el gobernado para conseguir la modificación o revocación de dicho decreto, ya que aun cuando los artículos 141, 142 y 146 de la ley tildada de inconstitucional, prevén la posibilidad de que los afectados concurren a una audiencia a ofrecer sus pruebas y regulen el recurso de inconformidad, ello no guarda relación con el procedimiento de declaratoria de área natural protegida, sino con aquel que se inicia, cuando se tenga conocimiento de un hecho que importe peligro de contaminación o desequilibrio en el ecosistema del Estado; de ahí que la omisión de contemplar la pluricitada garantía de audiencia, torna inconstitucional la invocada ley (27).

(27) Tesis aislada VII.1o.A.T.55 A, primer Tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI,

El instrumento más importante para la buena gobernanza y administración de un área natural protegida es el programa de manejo, que consiste en un documento donde se detallan las actividades que pueden llevarse a cabo dentro de cada zona. La Semarnat es la dependencia responsable de formular el programa de cada área natural protegida dentro del plazo de un año contado a partir de la publicación de la declaratoria dando participación a los habitantes, propietarios y poseedores de los predios en ella incluidos, organizaciones sociales, públicas o privadas y demás personas interesadas. Asimismo, designa al director del área natural protegida.

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales

Es una dependencia de la administración pública federal. Tiene las siguientes competencias:

I. Fomentar la protección, restauración y conservación de los ecosistemas y recursos naturales y bienes y servicios ambientales, con el fin de propiciar su aprovechamiento y desarrollo sustentable;

II. Formular y conducir la política nacional en materia de recursos naturales, siempre que no estén encomendados expresamente a otra dependencia; así como en materia de ecología, saneamiento ambiental, agua, regulación ambiental del desarrollo urbano y de la actividad pesquera, con la participación que corresponda a otras dependencias y entidades;

III. Administrar y regular el uso y promover el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales que correspondan a la Federación, con excepción de los hidrocarburos y los minerales radioactivos;

IV. Establecer, con la participación que corresponda a otras dependencias y a las autoridades estatales y municipales, normas oficiales mexicanas sobre la preservación y restauración de la calidad del medio ambiente; sobre los ecosistemas naturales; sobre el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y de la flora y fauna silvestre, terrestre y acuática; sobre descargas de aguas residuales, y en materia minera; y sobre materiales peligrosos y residuos sólidos y peligrosos;

V. Vigilar y estimular, en coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales, el cumplimiento de las leyes, normas oficiales mexicanas y programas relacionados con recursos naturales, medio ambiente, aguas, bosques, flora y fauna silvestre, terrestre y acuática, y pesca; y demás materias competencia de la Secretaría, así como, en su caso, imponer las sanciones procedentes;

agosto de 2002, p. 1288. RUBRO: EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE. EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE VERACRUZ, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

VI. Proponer al Ejecutivo Federal el establecimiento de áreas naturales protegidas, y promover para su administración y vigilancia, la participación de autoridades federales o locales, y de universidades, centros de investigación y particulares;

VII. Organizar y administrar áreas naturales protegidas, y supervisar los labores de conservación, protección y vigilancia de dichas áreas cuando su administración recaiga en gobiernos estatales y municipales o en personas físicas o morales;

VIII. Ejercer la posesión y propiedad de la nación en las playas, zona federal marítimo terrestre y terrenos ganados al mar;

XIV. Evaluar la calidad del ambiente y establecer y promover el sistema de información ambiental, que incluirá los sistemas de monitoreo atmosférico, de suelos y de cuerpos de agua de jurisdicción federal, y los inventarios de recursos naturales y de población de fauna silvestre, con la cooperación de las autoridades federales, estatales y municipales, las instituciones de investigación y educación superior, y las dependencias y entidades que correspondan;

XVIII. Llevar el registro y cuidar la conservación de los árboles históricos y notables del país;

XIX. Proponer, y en su caso resolver sobre el establecimiento y levantamiento de vedas forestales, de caza y pesca, de conformidad con la legislación aplicable, y establecer el calendario cinegético y el de aves canoras y de ornato;

XX. Imponer, con la participación que corresponda a otras dependencia y entidades, las restricciones que establezcan las disposiciones aplicables sobre la circulación o tránsito por el territorio nacional de especies de la flora y fauna silvestres procedentes del o destinadas al extranjero, y promover ante la Secretaría de Economía el establecimiento de medidas de regulación o restricción a su importación o exportación, cuando se requiera para su conservación y aprovechamiento.

2. Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas

Tendrá las atribuciones siguientes:

ARTÍCULO 71. Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Se integra con un Comisionado Nacional, una Dirección General de Desarrollo Institucional y Promoción, una Dirección General de Operación Regional, una Dirección General de Conservación para el Desarrollo, una Dirección Ejecutiva de Administración y Efectividad Institucional, una Dirección de Asuntos Jurídicos, una Dirección de Evaluación y Seguimiento, y Direcciones Regionales, y Direcciones de Áreas Naturales Protegidas.

Sus facultades son:

I. Fomentar y desarrollar actividades tendentes a la conservación de los ecosistemas y su biodiversidad en las áreas naturales protegidas, en sus zonas de influencia, en las áreas de refugio para proteger especies acuáticas y otras especies que por sus características la Comisión determine como prioritarias para la conservación;

II. Formular, ejecutar y evaluar los programas de subsidios para fomentar el desarrollo de actividades prioritarias de interés general que permitan proteger, manejar y restaurar los ecosistemas y su biodiversidad a través de las comunidades rurales e indígenas ubicadas en zonas marginadas dentro de las áreas naturales protegidas, en sus zonas de influencia y otras regiones que por sus características la Comisión determine como prioritarias para la conservación;

III. Ejecutar y promover en las áreas naturales protegidas, en sus zonas de influencia, en las áreas de refugio para proteger especies acuáticas y otras especies que por sus características la Comisión determine como prioritarias para la conservación, los programas especiales, productivos o de cualquier otra naturaleza que se prevean en el Presupuesto de Egresos de la Federación, o en otras disposiciones jurídicas;

IV. Formular, promover, ejecutar y evaluar proyectos para la conservación, recuperación de especies y poblaciones consideradas como prioritarias, con la participación, en su caso, de las personas que manejen dichas especies o poblaciones y demás involucrados, así como de otras unidades administrativas de la Secretaría, dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las entidades federativas y municipios;

V. Promover la captación de donativos, aportaciones, asignaciones y demás recursos, en numerario o en especie, que sean necesarios para apoyar las obras, acciones e inversiones que se requieran para la conservación de los ecosistemas y su biodiversidad, así como para la conservación de las especies en riesgo, de conformidad con las disposiciones aplicables;

VI. Proponer a las autoridades competentes la definición de estímulos e incentivos económicos destinados a la conservación de los ecosistemas y su biodiversidad, así como para la atención de las especies y poblaciones en riesgo;

VII. Participar con las autoridades competentes en la promoción y definición de acciones y programas de conocimiento y cultura para la conservación; así como en materia de áreas naturales protegidas, de áreas de refugio para proteger especies acuáticas y especies en riesgo;

VIII. Promover y participar con las autoridades competentes en acciones de capacitación y asistencia técnica en materia de áreas naturales protegidas, de áreas de refugio para proteger especies acuáticas y de especies prioritarias para la conservación, que fortalezcan el crecimiento y desarrollo de las comunidades rurales e indígenas;

IX. Proponer la transferencia de funciones y recursos hacia los gobiernos de las entidades federativas y municipios en materia de áreas naturales protegidas;

X. Promover la participación de la sociedad en materia de áreas naturales protegidas, de áreas de refugio para proteger especies acuáticas y de especies en riesgo;

XI. Integrar y aportar la información que deba incorporarse al Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales en materia de áreas naturales protegidas, áreas de refugio para proteger especies acuáticas y de especies prioritarias para la conservación, así como integrar y actualizar el Registro Nacional de Áreas Naturales Protegidas;

XII. Emitir recomendaciones a autoridades federales, de las entidades federativas y de los municipios, con el propósito de promover la conservación de los ecosistemas y su biodiversidad;

XIII. Elaborar los programas de protección y administrar las áreas de refugio para proteger especies acuáticas;

XIV. Fungir como autoridad designada ante la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas y coordinarse con las unidades administrativas competentes de la Secretaría y otras dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, para aplicar los lineamientos, decisiones y resoluciones derivados de los acuerdos y compromisos adoptados en dicha Convención, con la participación que, en su caso, corresponda a la Unidad Coordinadora de Asuntos Internacionales, y

XV. Las que en materia de áreas naturales protegidas, competencia de la Federación, se establecen en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y su Reglamento en la materia, así como en otras leyes y reglamentos, decretos y acuerdos, salvo las que directamente correspondan al Presidente de la República, al Secretario o a otra unidad administrativa de la Secretaría, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

3. Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (28)

Es un organismo público descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía de gestión, sectorizado en la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Sus atribuciones son las de, entre otras:

I. Coordinar, promover y desarrollar con, la participación que corresponda a otras dependencias y entidades, la investigación científica y tecnológica relacionada con la política nacional en materia de bioseguridad, desarrollo sustentable, protección del medio ambiente; preservación y restauración del equilibrio ecológico y conservación de los ecosistemas y cambio climático, incluyendo los siguientes temas:

a) Política y economía ambientales y del cambio climático;

d) Saneamiento ambiental;

e) Conservación y aprovechamiento sustentable de los ecosistemas y los recursos naturales;

f) Conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre, de especies y ecosistemas prioritarios, así como especies migratorias;

h) Prevención y control de la contaminación, manejo de materiales y residuos peligrosos, sitios contaminados y evaluación de riesgos ecotoxicológicos;

XVII. Participar, en el diseño de mecanismos de financiamiento que permitan llevar a cabo los proyectos de investigación para la conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y control de la contaminación;

(28) Artículo 13, de la Ley General de Cambio Climático.

XIX. Dar a poyo técnico a los estudios que propongan y justifiquen el establecimiento y recategorización de las áreas naturales protegidas de competencia federal, zonas de restauración, así como la elaboración de los respectivos programas de manejo;

4. Comisión Intersecretarial para el Manejo Sustentable de Mares y Costas (29)

El artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece que «El Presidente de la República podrá constituir comisiones intersecretariales, para el despacho de asuntos en que deban intervenir varias Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos».

En tales comisiones podrán participar las entidades de la administración pública paraestatal, en aquellos casos relacionados con su objeto (30).

Dichas comisiones podrán ser transitorias o permanentes, y serán presididas por quien determine el presidente de la República.

Cuando las comisiones intersecretariales obedecen a motivos reales y no a inflación burocrática, permiten más agilidad en los procesos administrativos y mayor eficiencia en las acciones coordinadas.

En el caso de la Comisión Intersecretarial para el Manejo Sustentable de Mares y Costas, se crea con carácter permanente, y su objeto será coordinar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las acciones de las dependencias y entidades de la administración pública federal relativas a la formulación e instrumentación de las políticas nacionales para la planeación, ordenación y desarrollo sustentable de los mares y las costas del territorio nacional.

La Comisión Intersecretarial para el Manejo Sustentable de Mares y Costas se integra por los titulares de las secretarías de Gobernación; Relaciones Exteriores; Marina; Desarrollo Social; Energía; Economía; Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; Comunicaciones y Transportes; Turismo y Medio Ambiente y Recursos Naturales. El titular de esta última secretaría, según lo establecido en el acuerdo que la crea, la presidirá.

A su vez, los integrantes de la Comisión podrán designar a sus respectivos suplentes, quienes deberán tener el nivel de subsecretario o su equivalente. Su designación deberá formularse por escrito y dirigirla al presidente de la comisión.

Los suplentes tendrán las mismas atribuciones que los miembros propietarios, en los términos establecidos en el acuerdo de creación.

(29) Acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2008.

(30) J. FERNÁNDEZ RUIZ, (2006: 617 y 618).

Para el cumplimiento de su objeto, la Comisión tendrá las siguientes funciones:

I. Formular, someter a consideración del Presidente de la República y, en su caso, coordinar las políticas y estrategias nacionales o regionales para la planeación, ordenación y desarrollo integral y sustentable de mares y costas, para su incorporación en los programas y acciones sectoriales que corresponda realizar a cada una de las dependencias, en el ámbito de sus respectivas competencias;

II. Participar en la formulación e instrumentación de los programas de ordenamiento ecológico de los mares y costas;

III. Diseñar y proponer esquemas institucionales para el desarrollo integral y sustentable de los mares y costas, que promuevan la competitividad del país y la conservación de los recursos marinos;

V. Proponer la actualización, el desarrollo y la integración del marco jurídico nacional para la planeación, ordenación y administración integral y sustentable de mares y costas;

VIII. Promover la incorporación de las políticas para la sustentabilidad de mares y costas que formule la Comisión, en los planes y programas territoriales de los estados y municipios del país;

XI. Recomendar a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que resulten competentes, mecanismos de coordinación de acciones para la sustentabilidad de mares y costas, y

VII. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2008.

CORSO SOSA, E.: «Derecho al medio ambiente adecuado como derecho humano. Su configuración normativa», Ma. Del Carmen Carmona Lara y Ana Laura Acuña Hernández (coords.), *La Constitución y los derechos humanos* (2015), México, UNAM.

Elbers, J.: *Las áreas protegidas de América Latina. Situación actual y perspectivas para el futuro* (2011), Madrid, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales-Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1888), Librería de Ch. Bouret, París.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.: *Derecho administrativo y administración pública* (2006), Porrúa, México, 2006.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. y LÓPEZ OLVERA, M. A.: *Derecho administrativo del estado de Hidalgo* (2007), Porrúa-UNAM, México.

- NAVA NEGRETE y Enrique QUIROZ ACOSTA, A. (2003): «Aprovechamiento de recursos naturales», Jorge FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, Porrúa-UNAM, México.
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. (1981): *Estado y territorio. En la teoría general, en el derecho colombiano y en del derecho comparado*, UNAM, México.
- GUTIÉRREZ NÁJERA, R.: *Introducción al estudio del derecho ambiental* (2014), México, Porrúa.
- INGROSSO, G.: *Diritto finanziario* (1956), 2ª ed., Ed. Jovene, Nápoles.
- JIMÉNEZ BARRIOS, W.: «Áreas naturales protegidas en México: Análisis y opinión en el marco de la Ley General de Protección al Ambiente y Equilibrio Ecológico», *Claroscuros en la Educación. Revista electrónica de Educación* (2013), núm. 33, junio. Se puede consultar en <http://palido.deluz.mx/articulos/1229>.
- SCHMILL ORDOÑEZ, U.: «Territorio», *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano* (2001), UNAM-Porrúa, México, t. P-Z.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Primera Sala, tomo XVIII, tesis 1a./J. 41/2003, diciembre de 2003, p. 46.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, tomo XX, tesis I.3o.C.462 C, septiembre de 2004, p. 1737.
- Tesis Aislada 1a. CCXLIX/2017 (10a.), Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, publicada el 8 de diciembre de 2017 a las 10:20 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*. RUBRO: DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO QUE A SU VEZ IMPLICA UN DEBER.
- Tesis aislada IV.1o.A.89 A, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, marzo de 2008, p. 1751.
- Tesis aislada VII.1o.A.T.55 A, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Agosto de 2002, p. 1288. RUBRO: EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE. EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE VERACRUZ, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.
- Tesis aislada XI.1o.A.T.4 A (10a.), PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1925.

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 116/2017 (10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, p. 123. RUBRO: AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 223 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS QUE PREVÉ LA DIFERENCIA EN RAZÓN DEL USO O DESTINO DE DICHO RECURSO NATURAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. En igual sentido Tesis aislada II.1o.A.110 A, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Noviembre de 2005, p. 824. RUBRO: AGUA POTABLE. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA DOTAR DE ESE SERVICIO, SIN CONTAR CON LOS DICTÁMENES DE FACTIBILIDAD DE LA COMISIÓN DEL AGUA, CARECE DE VALIDEZ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL EN PERÚ: BALANCE Y PERSPECTIVAS

RICHARD J. MARTÍN TIRADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PATRIMONIO NATURAL.– II. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL A NIVEL INTERNACIONAL: 1. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972. 2. La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001.– III. RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD NATURAL Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL A NIVEL NACIONAL: ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PATRIMONIO NATURAL: 1. Protección del patrimonio natural en el ámbito constitucional. 2. Concepto de patrimonio natural en el Perú: A) Recursos naturales. B) Diversidad biológica. C) Servicios ecosistémicos.– IV. PROCESO DE LA VALORACIÓN ECONÓMICA DEL PATRIMONIO NATURAL.– V. CONCLUSIONES Y CUESTIÓN ACTUAL DEL PATRIMONIO NATURAL DEL PERÚ.

RESUMEN: Estudio de los elementos que conforman el régimen jurídico del patrimonio natural en Perú.

Palabras clave: patrimonio natural de Perú; protección de la biodiversidad en Perú; valoración económica del patrimonio natural en Perú.

ABSTRACT: Study of the elements that make up the legal regime of the natural heritage in Peru.

Key words: natural heritage of Peru; protection of biodiversity in Peru; economic valuation of natural heritage in Peru.

I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PATRIMONIO NATURAL

El objeto del presente documento, es identificar el estado de la cuestión con respecto al régimen jurídico de Protección del Patrimonio Natural en el Perú. Para tal efecto, se ha previsto identificar en primer lugar, los instrumentos de reconocimiento y protección del patrimonio natural en distintos ámbitos legales: internacional, constitucional, penal y administrativo. A partir de la descripción de este marco normativo, se evaluará el régimen de gestión administrativa del

patrimonio natural, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre la materia, y finalmente, se efectuará un balance con respecto a los avances y retos en materia de gestión del patrimonio natural en el país.

II. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL A NIVEL INTERNACIONAL

1. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972

El patrimonio cultural y el patrimonio natural se encuentran cada vez más amenazados por los riesgos de destrucción, debido a la evolución de la vida social y económica.

En atención a dicha problemática que nos involucra a todos los seres humanos, en el año 1972, en la ciudad de París, se llevó a cabo la 17ma Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. En la referida Conferencia, se firmó la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, la misma que fue ratificada por el Estado Peruano con fecha 24 de febrero de 1982 (1). Para estos fines, se definió al «patrimonio natural» en los siguientes términos:

- 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,*
- b. *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.*
- c. *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 (2).*

En dicho documento, se reconocieron las siguientes obligaciones para los Estados Partes del instrumento internacional en vigor:

(1) UNESCO Instrumentos normativos y países miembros de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. París, 16 de noviembre de 1972. Consultado el 01 de febrero de 2018. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13055&language=S>.

(2) Artículo 2 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

Obligaciones en protección del patrimonio natural a nivel internacional	
a	Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (3).
b	Adoptar una política general en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general (4).
c	Instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural (5).
d	Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural (6).
e	Facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo (7).
f	Los Estados Partes se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural (8).
g	No tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural (9).
h	Realizar un inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural situados en su territorio (10).

(3) Artículo 4 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(4) Inciso a) del artículo 5 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(5) Inciso b) del artículo 5 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(6) Inciso c) del artículo 5 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(7) Inciso d) del artículo 5 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(8) Inciso 2) del artículo 6 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(9) Inciso 3) del artículo 6 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

(10) Inciso 1) del artículo 11 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del año 1972.

Se puede advertir que la definición de patrimonio natural utilizada para los fines de la Convención, incluye a los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas, monumentos geológicos y lugares naturales o las zonas naturales. En otras palabras, por patrimonio natural, se entiende a toda formación que exista sin intervención humana, y que contenga componentes no artificiales y de la cual se pueda identificar algún servicio ambiental. Los Estados Partes de dicha Convención, poseen diversas responsabilidades para la protección eficaz del patrimonio natural. Entre dichas responsabilidades, se puede identificar, la obligación de adoptar una política general, instituir servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, entre otros.

El reconocimiento de dichas obligaciones en el año 1972, obligaba al Perú a crear medidas idóneas que reflejen los compromisos ambientales adquiridos internacionalmente. En tal sentido, se obligaba a crear un sistema integrado de gestión ambiental, en el cual pueda materializarse la protección efectiva del patrimonio natural.

2. La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001

Según Koïchiro Matsuura, Director General de la UNESCO en el periodo de 1999 al 2009, en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001, se eleva dicho concepto, a la categoría de «patrimonio común de la humanidad, tan necesaria para la humanidad como la biodiversidad para los seres vivos» y su salvaguardia se erige en imperativo ético indisoluble del respeto por la dignidad de la persona (11).

La Declaración Universal acompañada de grandes lineamientos para un plan de acción, puede convertirse en una excelente herramienta de desarrollo, capaz de humanizar la globalización. Desde luego, en ella no sólo se prescriben acciones concretas sino más bien orientaciones generales para que los Estados miembros, en colaboración con el sector privado y la sociedad civil, puedan generar políticas innovadoras en su contexto particular.

Los artículos 13 y 14 del mencionado instrumento, reconocen la siguiente obligación para los Estados miembros:

13. Elaborar políticas y estrategias de preservación y realce del patrimonio natural y cultural, en particular del patrimonio oral e inmaterial, y combatir el tráfico ilícito de bienes y servicios culturales.

(11) Prólogo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001.

14. Respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de las poblaciones autóctonas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales. (Subrayado es nuestro)

La UNESCO al publicar las principales orientaciones para la aplicación del instrumento en mención, ha establecido que la diversidad cultural garantiza un amplio espectro de visiones de bienestar dentro de las cuales, las relaciones con la naturaleza pueden ser variadas, específicas, locales y autónomas y que el concepto de hace veinte años sobre «paisaje cultural» *refleja el conocimiento de que la cultura y la naturaleza no pueden separarse dentro del enfoque del patrimonio*, si realmente se va a rendir debida cuenta de la diversidad de manifestaciones culturales, particularmente aquéllas donde se expresa un vínculo estrecho entre los seres humanos y su medio ambiente natural (12).

De un análisis del citado documento, es posible concluir que se trata de un instrumento internacional, que incluye al patrimonio natural y cultural como parte de la «diversidad cultural» mundial. En tal sentido, se advierten orientaciones generales para los Estados Partes, donde se manifiesta el carácter de cada conjunto de bienes y sus respectivas líneas de acción para la protección efectiva, introducen la categoría de patrimonio oral e inmaterial y la contribución de los conocimientos tradicionales a la protección del medio ambiente.

III. RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD NATURAL Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL A NIVEL NACIONAL: ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PATRIMONIO NATURAL

A nivel interno, se advierte que existe un derecho fundamental a contar con un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el mismo que se encuentra reconocido en diversos preceptos de la Carta Fundamental y particularmente, en el artículo 2°, inciso 22 de la Constitución Política del Perú del año 1993. Adicionalmente, en el artículo 66° de la Constitución de 1993, se establece la clasificación de los recursos naturales en renovables y no renovables, a los que se les otorga la categoría de patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67° de la Constitución de 1993, dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales.

(12) UNESCO. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural: Una visión una plataforma conceptual un semillero de ideas un paradigma nuevo. Documento preparado para para la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 26 de agosto – 4 de setiembre 2002.

De otro lado, el artículo 68° de la referida Constitución prescribe: «El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas». En esta línea de argumentación, el artículo 69 señala: «El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía». Por tanto, tenemos los siguientes derechos de contenido ambiental reconocidos en el modelo constitucional peruano:

Derecho al medio ambiente y gestión de los recursos naturales en la Constitución Política del Perú del año 1993	
a	Derecho fundamental constitucionalmente reconocido a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (artículo 2°, inciso 22).
b	Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66°).
c	El Estado determina la política nacional del ambiente (artículo 67°).
d	El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68°).
e	Promoción del Estado del desarrollo sostenible de la Amazonía (artículo 69°).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC (13), ha señalado que el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, se ejerce cuando la persona tiene la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. Ello implica el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. En caso contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría así, carente de contenido. En tal sentido, el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues a través de ellos, los seres humanos desarrollan su vida en condiciones dignas.

La referida sentencia, también reconoce que para el ejercicio de este derecho, el Estado adquiere la obligación ineludible de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su uso y disfrute. Por otra parte, existe la obligación para los particulares, de realizar sus actividades económicas en armonía, de tal manera que no incidan directa o indirectamente con el medio ambiente.

(13) Fundamento 5 del expediente N° 03048-2007-PA/TC de fecha 09 de noviembre de 2007.

En la sentencia recaída en el expediente N° 00343-2007-PA/TC, respecto a la ACR Cordillera Escalera, se considera que al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se prohíbe su exclusivo y particular goce (14). Esta sentencia marca un hito en la jurisprudencia en la legislación ambiental en el Perú, porque se observan los principios reconocidos en la Conferencia de Río+20 sobre desarrollo sostenible (15) y el principio de sostenibilidad (16), estableciendo que la gestión de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasionen la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

En la sentencia bajo comentario, se concluye que la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado y que es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica.

Con respecto al contenido de patrimonio natural, se concluye que no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos relativos al ámbito cultural. Es decir, que nuestra deuda con las generaciones futuras no se agota en aspectos ambientales, que si bien forman parte esencial del concepto de desarrollo sostenible, no se agotan en dicho concepto. Para tal efecto, se analiza la interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución, y se concluye, que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento que los recursos naturales —especialmente los no renovables—, en tanto son patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser orientados en favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00343-2007-PA/TC de fecha 19 de febrero de 2009.

(15) La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil con fecha 20 al 22 de junio de 2012.

(16) Artículo V de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, aprobada con fecha 13 de octubre de 2005.

Para MARTÍN MATEO (17) no se debe reducir la definición de medio ambiente al conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica. Para este autor, el ámbito conceptual del ambiente incluye aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas. En otras palabras, el agua, aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores para la existencia del hombre sobre la tierra.

1. Protección del patrimonio natural en el ámbito constitucional

La Constitución Política de 1993, menciona que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación (18). Al respecto, PULGAR VIDAL (19) menciona que la Constitución de 1993 eliminó la referencia a la «pertenencia» del Estado, (calidad que reconocía la Constitución del año 1979 a los recursos naturales) (20), lo que llevó a muchos autores a pensar en la posibilidad de otorgar derechos de propiedad sobre estos recursos en su fuente, un debate que se zanjó cuando, finalmente, la ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales promulgada en 1997 estableció el dominio del Estado sobre los mismos, y el otorgamiento a los particulares bajo las distintas formas legales posibles, sin que ello permitiera la transferencia de dicho dominio.

Pero, ¿cuál es la consecuencia jurídica del régimen constitucional de los recursos naturales reconocido en la Constitución Peruana de 1993? Según AVENDAÑO (21) el tema en cuestión es evaluar si el Estado puede ceder la propiedad o no a los particulares respecto a los recursos naturales. El jurista nacional menciona que ello no es posible. En tal sentido, se explica que el principal

(17) MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de Derecho ambiental, Madrid. Trivium, 1991, p. 251.

(18) «Artículo 66. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.» (Artículo 66° de la Constitución Política del Perú. Año 1993, cursivas nuestras).

(19) pulgar vidal, Manuel. Promoviendo la gobernanza en el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales. Economía y sociedad N° 77 Lima, 2008.

(20) La derogada Constitución Política del Perú del año 1979, mencionaba que los recursos naturales «pertenecían al Estado», en los siguientes términos:

«Artículo 118. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento de los particulares» (Artículo 118° de la Constitución Política del Perú. Año 1979, cursivas nuestras).

(21) Congreso de la República, exposición de motivos del régimen constitucional del Dr. Jorge Avendaño, Congreso de la República 1997.

derecho real es la propiedad y éste tiene varias características. La propiedad es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Si bien desde el punto de vista del derecho civil, la propiedad es un derecho absoluto y que confiere a su titular todas las facultades, ello no quiere decir, que el propietario de un bien puede hacer lo que quiera. En tal sentido, con los recursos naturales, no se puede ejercer el derecho de propiedad en términos absolutos.

En tal línea de argumentación, AVENDAÑO concluye que el dominio público no es igual que el dominio privado. El Estado puede ser dueño, en primer lugar, a título de dominio privado, o sea igual que un particular, pero el Estado también puede ser titular del dominio público que viene a constituir un régimen jurídico distinto. En este escenario, la doctrina distingue una serie de formas del dominio público. En el caso particular del Perú, el Estado tiene un dominio y como tal, lo puede ceder a los particulares, sin que ello afecte su dominio eminente, y una suerte de conservación del dominio latente sobre el recurso natural pero concediendo el derecho de usar y disfrutar.

En este punto, es pertinente analizar si es posible aplicar la teoría de la propiedad privada aplicada a los bienes de uso público, como sucede con el patrimonio natural y su regulación en la Constitución.

Al respecto, PIMIENTO ECHEVARRI (22) menciona que desde el primigenio dominio *sui generis* utilizado por el juez civil de la primera mitad del siglo XX, hasta la división de la propiedad establecida por la jurisprudencia constitucional y seguida por la contencioso administrativa, existe una constante: la imposibilidad conceptual de aplicar la propiedad privada del Código Civil a los bienes de uso público. De este modo, bajo la concepción del Código Civil Francés que dispone que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de un bien de la manera más absoluta (23) y de otro lado, se tiene el objeto de bien público en el que el propietario no tenía ninguno de los atributos, y menos aún el más importante de todos: la posibilidad de disponer del bien y enajenarlo.

El dominio del Estado sobre los bienes de uso público (entre ellos, el patrimonio natural), no es un derecho de propiedad clásica. No existe un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto del titular.

En tal sentido, de lo expuesto por autores como AVENDAÑO en el Perú, y PIMIENTO en el caso Colombiano, es posible deducir que el Estado ejerce una potestad administradora y de gestión sobre dichos bienes. Una posición vigilante y con facultades de ordenación, supervisión, fiscalización y eventualmente sanción, frente a particulares que dañen o alteren los bienes de uso público.

(22) PIMIENTO ECHEVARRI, Julián. «Teoría de los bienes de uso público» Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, pp. 139-142.

(23) Artículo 415 del Código Civil Francés «El propietario tiene derecho a utilizar y disponer (de las cosas) a su antojo, conforme a las leyes establecidas por la necesidad común».

Tal como lo señala el mandato constitucional en el caso del Perú, la gestión otorgada a particulares de los recursos naturales se realizará mediante un dispositivo legal.

En la experiencia peruana, con la aprobación de la Ley N° 26821 Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales – LOASRN, la misma que forma parte del bloque de constitucionalidad de los recursos naturales, el Estado buscó promover que la gestión de los recursos naturales renovables y no renovables, se exploten en una forma y ritmo que permita mantener su capacidad de regeneración para satisfacer las necesidades del presente, sin poner en peligro las necesidades de las generaciones futuras.

El artículo 4° de la norma en mención, dispone lo siguiente:

Alcance del dominio sobre los recursos naturales.

Artículo 4°. Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Teniendo en consideración, que nuestro objeto de estudio es la regulación del patrimonio natural en el Perú, nos adelantamos a exponer que el patrimonio natural es todo aquel que comprende a los recursos naturales, diversidad biológica y servicios ecosistémicos, y que es importante señalar el marco constitucional y legal general de los recursos naturales, toda vez que es la manera como se califica legalmente a todo patrimonio natural (conjunto de bienes que son susceptibles de estimación económica). De esta manera, se reconoce legalmente el dominio del Estado sobre los recursos naturales, y se fija que el aprovechamiento de éstos será establecido mediante leyes especiales, por lo que se conserva un dominio latente sobre el recurso natural; pero se le concede el derecho de usar y disfrutar a través del otorgamiento de títulos habilitantes a los privados. Ante ello podemos percatarnos de la fiscalización ex ante y ex post que realiza la administración, la cual no pierde la soberanía otorgada por la Constitución para realizar un seguimiento directo al cumplimiento de requisitos legales para la conservación de la calidad de los recursos naturales.

2. Protección del patrimonio natural en el ámbito administrativo y el régimen de sanciones administrativas

En el ordenamiento jurídico peruano, se cuenta con un marco específico de protección. En tal sentido, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, establece en el artículo 85.3, que la autoridad ambiental nacional en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales y descentralizadas, elabora y actualiza permanentemente el inventario de los recursos naturales y de los servicios ambientales que prestan, estableciendo su correspondiente valorización.

Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 1013, se ha aprobado la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, mediante la cual se le confiere como función general el diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría de ella. Más adelante, mediante el Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM, se aprobó la Política Nacional del Ambiente, la misma que establece como uno de sus objetivos principales:

- a. Lograr la conservación de los recursos naturales, diversidad biológica y servicios ambientales en el país.
- b. Fomentar la valoración económica de los servicios ambientales que proporciona la diversidad biológica y en particular, los ecosistemas frágiles incluyendo los bosques húmedos tropicales para la prevención y recuperación del ambiente.

Con fecha 31 diciembre de 2014, mediante la Resolución Ministerial N° 409-2014-MINAM, se aprobó la Guía de Valoración Económica del Patrimonio Natural, la misma que según PULGAR – VIDAL (24), busca cuantificar en términos monetarios, el valor de los bienes y servicios ecosistémicos. La información generada como resultado puede ser utilizada para diversos fines, desde aumentar la conciencia ambiental hasta analizar el costo beneficio de los mismos, pasando por la planificación y el diseño de políticas, entre otros. De esta manera, es posible regular las acciones humanas voluntarias en favor de los ecosistemas peruanos, lo cual no quita que las obligaciones ambientales ya establecidas se mantengan, ya que toda persona, empresa o entidad del Estado debe cumplir con sus deberes.

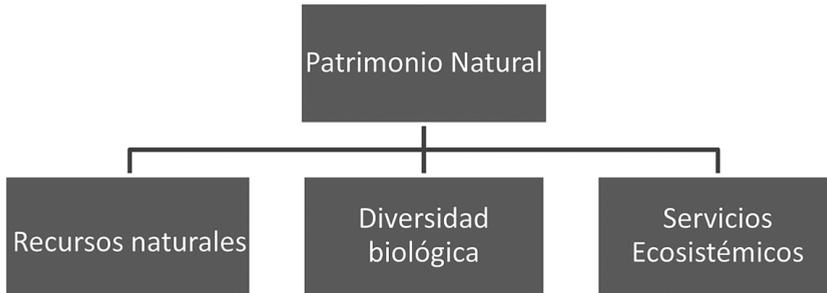
Según la guía citada, se define al patrimonio natural en los siguientes términos:

«Aquel que comprende a los recursos naturales, diversidad biológica y servicios ecosistémicos, los cuales permiten mantener las funciones de los ecosistemas para generar beneficios económicos, sociales y ambientales a los individuos y la sociedad».

De lo expuesto, tenemos que el Perú, ha reconocido a nivel internacional, la importancia y puesta en valor de nuestro patrimonio natural. Luego del reconocimiento, ha implementado su derecho interno de tal manera que existe un reconocimiento constitucional del derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y equilibrado, el que interpretado sistemáticamente con las obligaciones de protección del Estado en armonía con los principios de desarrollo sostenible y sostenibilidad, han permitido hablar en términos legales y económicos de

(24) MANUEL PULGAR – VIDAL OTÁROLA, Prólogo de Guía de valoración económica del patrimonio natural.

protección del patrimonio natural como una obligación primordial reconocida por el Estado. Podemos incluir dentro del concepto abstracto de patrimonio a los siguientes elementos: recursos naturales, diversidad biológica y servicios ecosistémicos. De tal manera, que el concepto amplio de patrimonio natural estaría constituido de la siguiente manera:



A) Recursos naturales

Según la Ley General del Ambiente (25), se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado.

B) Diversidad biológica

De acuerdo con la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica, la definición de este término comprende toda la variabilidad de genes, especies y ecosistemas, así como los procesos ecológicos de los cuales depende toda forma de vida en la tierra.

El Perú se encuentra entre los cuatro países más biodiversos del mundo. El Convenio sobre la Diversidad Biológica – CDB del año 1992, fue ratificado por el Perú en fecha 30 de abril de 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26181. Los objetivos principales del Convenio, fueron (i) la conservación de la diversidad biológica, (ii) la utilización sostenible de sus componentes; y, (iii) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

(25) Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, aprobada con fecha 13 de octubre de 2005.

Podemos interpretar que *el CDB no tiene como único objetivo a la conservación, por lo que al añadir a su «utilización sostenible», se asume en cuenta que los recursos no son intocables; sino que, se debe realizar una gestión integral de ellos, la cual asegure que estén al servicio de las presentes y futuras generaciones.*

Según el CDB, la conservación de la biodiversidad es: «interés común de toda la humanidad». La noción de «interés común» se emplea en el derecho internacional no sólo para describir determinados objetos y recursos, sino también, ciertas actuaciones en relación con tales recursos. Por lo tanto, en el CDB no sería la biodiversidad la de interés común, sino la conservación.

De esta manera, el Estado asumió dos obligaciones generales:

1. Elaborar estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de diversidad biológica; e,
2. Integrar, en la medida de lo posible, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los programas y políticas sectoriales o intersectoriales.

Tal como se ha señalado, la Constitución Política de 1993, establece la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

En este orden de ideas, en gestión de la biodiversidad, el país implementó el ordenamiento legal interno para cumplir con los fines del Convenio y la Constitución de 1993. Así, con fecha 16 de julio de 1997, se promulgó la Ley N° 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento sostenible de la Biodiversidad, y con fecha 06 de noviembre de 2014, mediante Decreto Supremo N° 009-2014-MINAM, se actualizó la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica al 2021 y su Plan de Acción 2014-2018.

Al respecto, analizaremos en líneas generales dicho instrumento de gestión ambiental y evaluaremos los alcances de su desarrollo.

La Estrategia Nacional de Diversidad Biológica (ENDB) comprende seis objetivos estratégicos y trece metas, las cuales buscan detener la pérdida y deterioro de los componentes de la diversidad biológica, mejorar su gestión e incrementar las oportunidades de uso sostenible y la distribución justa y equitativa de sus beneficios (26).

Se desprende de la ENDB que las actividades económicas más rentables del país son aquellas relacionadas con los recursos naturales; entre ellas: la pesca, la extracción de madera de los bosques y el turismo de la naturaleza, las cuales en su conjunto, son actividades que han tenido retos,

(26) Estrategia Nacional de Diversidad Biológica, año 2014, p. 33

oportunidades y experiencias exitosas en su gestión. Es así, que en el Sector Pesca, se establecen medidas de ordenamiento para un mejor control de la actividad; sin embargo, aún persisten problemas por la captura ilegal de fauna marina.

En la tala de madera, se ha implementado una reforma integral que permite fortalecer las capacidades del Estado y de la sociedad civil para conservar y aprovechar sosteniblemente los bosques bajo prácticas de manejo adaptativo y enfoque ecosistémico; de esta manera, se han logrado experiencias muy positivas de concesiones forestales certificadas y de manejo forestal comunitario.

En el turismo natural, actividad económica con potencial para el aprovechamiento sostenible y valoración de la diversidad biológica, se ha registrado durante el año 2017 más de 2 millones de visitantes a las Áreas Naturales Protegidas — ANP. Asimismo, se menciona en la Estrategia, que el auge de la gastronomía, ha exponenciado el turismo gastronómico y se generan una demanda de beneficios a la agrodiversidad.

Oportunidades para la gestión de la diversidad biológica en el Perú.

La participación efectiva de los pueblos indígenas, la gestión articulada con los sectores y regiones, la consolidación y respeto a la tenencia de la tierra, y la consolidación de instrumentos de conservación como son el caso del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado — SINANPE y los Sistemas Regionales de Conservación, son un claro ejemplo de grandes oportunidades para la conservación de la biodiversidad.

Frente a ello, cabe preguntarnos, ¿por qué no ver con esperanza al futuro de la gestión ambiental de la biodiversidad del Perú? Al respecto, existen pequeñas ideas de autogestión que con integración, creatividad y empeño pueden transformar un escenario favorable en un negocio autosostenible netamente rentable.

Adicionalmente, tal como se concluye del Capítulo 3 de la Estrategia, se debe agregar la necesidad de impulsar esquemas de incentivos para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y los servicios ecosistémicos que juegan un papel clave.

En el contexto descrito, se debe incentivar el rol económico-conservador en las comunidades locales que tienen el reto de conservar áreas de bosque. Para ello, es necesario generar oportunidades para el almacenamiento de carbono y la purificación del agua, a través de la conservación de las cabeceras de cuenca, y que, con la regulación del mercado, quien emprenda conservar pueda obtener beneficios económicos por ello.

C) Servicios ecosistémicos

Según la Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos (27), estos son definidos como los beneficios económicos, sociales y ambientales, directos e indirectos, que las personas obtienen del buen funcionamiento de los ecosistemas. Entre ellos se cuenta la regulación hídrica en cuencas, el mantenimiento de la biodiversidad, el secuestro de carbono, la belleza paisajística, la formación de suelos y la provisión de recursos genéticos, entre otros.

A través de la mencionada Ley, se regula la figura de los mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, los cuales se definen como los esquemas o herramientas instrumentos e incentivos para generar, canalizar, transferir e invertir recursos económicos, financieros y no financieros, en los que se establece un acuerdo entre contribuyentes y retribuyentes al servicio ecosistémico, orientado a la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos. En la referida norma se reconocen las siguientes modalidades de retribución:

Modalidades de retribución por los servicios ecosistémicos		
Financiamiento de acciones específicas, directas e indirectas, para la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de los servicios ecosistémicos.	Financiamiento de acciones de desarrollo productivo e infraestructura básica sostenibles en beneficio directo de la población involucrada en el mecanismo.	Otras modalidades acordadas libremente entre las partes, dentro de los alcances de la presente Ley.

En el Perú las áreas protegidas se agrupan bajo la denominación de Áreas Naturales Protegidas (ANP) y se establecen en concordancia con la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26834 y su Reglamento publicado mediante el Decreto Supremo N° 038-2001-AG).

Las Áreas Protegidas del Perú pueden clasificarse de acuerdo a quien las administra en tres grupos:

(27) Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, publicada con fecha 29 de junio de 2014

Clasificación de ANP en el Perú	
1	Las ANP's que pertenecen al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), administradas por el gobierno nacional.
2	Las áreas de conservación regionales (ACR), administradas por los Gobiernos Regionales.
3	Las áreas de conservación privadas (ACP), administradas por personas particulares.

Con fecha 03 de junio de 2016, el Ministerio del Ambiente presentó el Informe Sectorial Ambiente N° 4 denominado «Las Área Naturales Protegidas del Perú: conservación para el desarrollo sostenible», en el cual se incluye el trabajo realizado y los retos para el futuro de las Áreas Naturales Protegidas (ANP), que se constituyen como el más importante patrimonio natural para el país. En dicho documento se desarrollaron temas de trascendencia nacional y de gran impacto contemporáneo para la gestión del patrimonio natural en el país, como es el caso de la amenaza del patrimonio natural frente a las actividades ilegales de minería ilegal en las ANP's y sus zonas de amortiguamiento.

Otros temas igual de importantes tratados en el Informe del MINAM, son la articulación de las ANP's en la gestión integrada de la conservación, la adopción de mecanismos y fuentes de sostenibilidad financiera para el servicio de áreas protegidas del Perú y el turismo como estrategia de desarrollo sostenible en las ANP's.

El tema que especialmente nos interesa para los fines de esta investigación, es el capítulo referido al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en las ANP's. Se parte del reconocimiento del deber del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas — SERNANP, de promover el acceso ordenado y el uso formal de los recursos naturales y la diversidad biológica al interior de las ANP, para lo cual se han establecido dos modalidades:

- (i) Contratos de Aprovechamiento para actividades con fines comerciales;
- y,
- (ii) Acuerdos de Actividad Menor para actividades de subsistencia.

Para aludir al término «Subsistencia» se debe cotejar que el aprovechamiento de un recurso, sea orientado a satisfacer los requerimientos básicos de una unidad familiar, pudiendo ser comercializado a pequeña escala. Asimismo, para el otorgamiento de derechos debe cumplirse con los siguientes criterios:

- a) Identificación del recurso;
- b) Identificación de los beneficiarios directos;
- c) Modalidades; (iv) cuotas de aprovechamiento; y,
- d) Retribución económica o contraprestación.

Además, se debe considerar la categoría y zonificación del ANP, así como los fines y objetivos para los cuales fueron establecidas complementariamente, en su calidad de autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las ANP. En función de ello, el SERNANP emitió la Resolución Presidencial N° 069-2014-SERNANP, gracias a la cual se garantiza la existencia de derechos y deberes efectivos asignados al conjunto de actores involucrados en la actividad:

- (i) los pobladores locales beneficiarios del ANP o «usuarios»;
- (ii) la Jefatura del ANP correspondiente; y,
- (iii) la Dirección General de ANP's

Un tema de suma importancia, desarrollado en el documento, es la oportunidad de una gestión sostenible de las ANP's como oportunidad para la lucha contra la pobreza, para lo cual el informe menciona que a través de los Contratos de Aprovechamiento, se generaron S/. 3 725 926,60 a favor de sus titulares.

Es un ejemplo de que una gestión integrada del patrimonio natural puede generar ingresos para sectores vulnerables en la población y, paralelamente, ser un método de fomento de la conservación del patrimonio natural.

IV. PROCESO DE VALORACIÓN ECONÓMICA DEL PATRIMONIO NATURAL

En diciembre del año 2014, se aprobó la Guía de Valoración Económica del Patrimonio Natural, con la finalidad que el documento se convierta en un referente metodológico para aproximarse a la vinculación de los valores y la importancia de los servicios ecosistémicos en la toma de decisiones y de la gestión sostenible del patrimonio natural del país. Se justificó en que la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (28), señaló que 15 de los 24 servicios ecosistémicos que sustentan el patrimonio natural, están siendo afectados debido al crecimiento de la actividad humana.

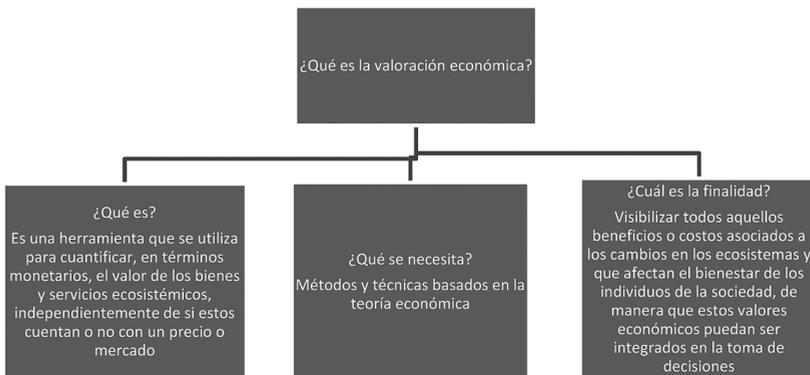
La expresión patrimonio considera un conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica (en el presente caso, a la Nación en representación del Estado Peruano), que son susceptibles de estimación económica, a nivel institucional, para la planificación del desarrollo en los diferentes niveles de gobierno, local, regional y nacional, la necesidad de contar con una guía de valoración económica se torna fundamental.

(28) Millennium Ecosystem Assessment MEA, 2005. Sitio web:<http://millenniumassessment.org/en/index.html>.

El objetivo específico de la valoración económica de los recursos naturales es brindar orientación sobre el alcance y aplicación de la valoración económica del patrimonio natural para que los tomadores de decisiones puedan utilizar este concepto, respecto a la conservación y aprovechamiento sostenible del patrimonio natural.

Con respecto a los objetivos específicos, se busca dar a conocer la importancia de la valoración económica para la toma de decisiones respecto a la conservación y uso sostenible de los servicios de los ecosistemas, mostrar los usos y aplicaciones de los resultados de la valoración económica de los servicios ecosistémicos, brindar un marco teórico de los diferentes métodos utilizados para la valoración económica, entre otros.

La Guía en mención ahonda en la importancia de la valoración económica del patrimonio natural para un mejor manejo del presupuesto y de los sistemas de gestión nacional, regional y local. En tal sentido, para lograr los objetivos expuestos, utilizan el siguiente modelo:



La información generada como resultado de la valoración económica para la toma de decisiones tiene los siguientes fines:

- Aumentar la conciencia ambiental.– Contribuir a crear una conciencia sobre la importancia de la conservación de ecosistemas.
- Análisis costo beneficio.– Con la finalidad de evaluar y selección un proyecto que maximice el bienestar social.
- Planificación y diseño de políticas.– La valoración económica del patrimonio natural permite resaltar los beneficios económicos de su conservación y uso sostenible.
- Regulación ambiental.– La valoración económica puede aportar información para el diseño de instrumentos de regulación ambiental, como por ejemplo incentivos o desincentivos.

- e. Mecanismos de financiamiento La valoración económica del patrimonio natural puede utilizarse para el diseño de mecanismos de financiamiento ambiental o incentivos económicos para la conservación de los ecosistemas y el patrimonio natural en general.
- f. Contabilidad nacional La valoración económica ayuda a conocer el valor monetario del flujo del patrimonio natural, el cual puede ser utilizado en la elaboración de las cuentas ambientales nacionales.

V. CONCLUSIONES Y CUESTIÓN ACTUAL DEL PATRIMONIO NATURAL DEL PERÚ

- A. Tal como se ha podido verificar a la luz de los instrumentos normativos de carácter internacional, nacional y regional, existe un reconocimiento del patrimonio natural como un deber de protección, conservación y ahora, de aprovechamiento en términos ecológicos y económicos sostenible. El Perú no es ajeno a esta tendencia.
- B. La creación en el Perú a partir del año 2008 de un Ministerio del Ambiente, ha permitido un paulatino desarrollo de planes de protección del Patrimonio Natural. Dichas actividades nos pueden conducir en el tiempo, a un trabajo coordinado del sector público con el sector privado.
- C. El régimen del patrimonio natural, se asimila en sus diversos componentes a la protección de los recursos naturales, la biodiversidad y los servicios ecosistémicos, frente a los cuales el Estado posee la potestad de un dominio eminente por ser parte del patrimonio de la Nación. Pero esta potestad no le otorga al Estado un conjunto de derechos absolutos de propiedad, sino que mantiene una vigilancia sostenible sobre el patrimonio, pudiendo ceder los derechos de gestión a privados, siempre y cuando se desarrollen en armonía con la legislación ambiental vigente y sin trasgredir los estándares internacionalmente reconocidos.
- D. El enfoque económico que se le brinda al impulso de la protección del patrimonio natural en el Perú, es el indicado en términos cuantitativos, pues el país es reconocido mundialmente por la biodiversidad y riqueza natural. Sin embargo, se debe fortalecer la acción articulada del Estado en materia de prevención y de conservación de dicho patrimonio.
- E. Existen casos exitosos de manejo forestal y de mecanismos de conservación privada, acompañados de supervisión y gestión nacional en los cuales se ha podido implementar un enfoque económico a la

conservación obteniendo beneficios para los pobladores y gobiernos locales a través del turismo, gastronomía y pesca sostenible.

- F. El Perú puede ser tomado como un ejemplo de emprendimiento en temas de desarrollo económico con componentes ambientales, toda vez que actualmente se cuenta con un marco legal que permite la retribución por servicios ecosistémicos, y la puesta en valoración del patrimonio natural, puede elevar en términos económicos el patrimonio nacional y configurar el tiempo un mercado de interés global para inversionistas.
- G. Los esfuerzos por mantener planes de desarrollo que involucren la conservación del patrimonio natural no se deben agotar en el fortalecimiento institucional del Ministerio del Ambiente creado en el Perú el año 2008, puesto que el problema de la degradación ambiental involucra a toda la comunidad e inciden de sobremanera en los componentes económicos que repercuten en la economía a gran escala y en el manejo de cifras oficiales que se representan en diferentes indicadores de desarrollo para el Perú.

Lima, enero de 2018

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS NATURALES EN PERÚ

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

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

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

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

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

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

I. NOTA INTRODUCTORIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este concepto de clara tendencia *funcional* ha sido comentado y desarrollado por PULGAR-VIDAL a partir del señalamiento de cuatro características sustanciales que permitirían la catalogación de un concreto recurso natural, a saber: «*(i) es un componente de la naturaleza que cumple determinadas condiciones para ser reconocido como tal; (ii) una de las condiciones es la posibilidad de ser aprovechado por ser conocido; (iii) una segunda condición es que, su aprovechamiento se orienta para la satisfacción de necesidades, lo que implica un nivel de valoración que se refleja en; (iv) su valor actual o potencial*» (10). Es más, este autor agrega los clarísimos tintes que componen esta tesis bastante acentuada en nuestro Derecho, indicado que estos caracteres «*evidencian lo que es la esencia de un recurso natural, su valoración económica, en tanto capacidad o potencial de satisfacer necesidades y, es este grado de valoración el que determina su desarrollo normativo. Por ello no existe una receta legislativa para la regulación de lo que "positivamente"*

(9) Esta importante norma legal preceptúa que se «*consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: a. las aguas: superficiales y subterráneas; b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; d. los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f. los minerales; g. los demás considerados como tales.*

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

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

constituyen los recursos naturales. Para la norma peruana, algo tan subjetivo como el paisaje natural, constituye un recurso natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico y por lo tanto, su explotación, como recurso, se sujeta a la obtención del título autoritativo para tal fin» (11).

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, vale decir que la indefinición querida y el funcionalismo que se ha mantenido por casi 25 años, encuentra también respaldo en los silencios que nuestra CP ha mantenido sobre los recursos naturales (aunque estas omisiones no hayan sido obligaciones reales del Constituyente), pues sin indicar que son y cuál es su posición en el esquema de relaciones con la biodiversidad biológica, simplemente se les reconoce como «*patrimonio de la Nación*» y a continuación se entrega su aprovechamiento al concepto de la *soberanía estatal* (ver el artículo 66 de la CP). Es más, lo borroso de la noción se acrecienta cuando el TC en aras de indicar la interpretación de esta citada norma constitucional, sólo repite los textos pertinentes y coloca frases adicionales de poco sentido jurídico (más cercanas a un discurso político), que no permiten mostrar una ruta clara de respuesta (con ciertas luces). Así, el Alto Tribunal estima que «*los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce*» (15).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(19) Esta norma legal muy importante preceptúa que los «*recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos*». Entonces, de saque en Perú se admite la titularidad pública original sobre los recursos naturales (aunque pretenda encubrirse tras un concepto indeterminado normativo como el Patrimonio de la Nación) y, sin mayores titubeos luego, una posible titularidad privada que nace del desarrollo de la libertad de emprendimiento de los particulares interesados y habilitados por las organizaciones administrativas competentes, aplicada sobre elementos específicos que necesitan ser segregados mediante una transformación elaborada e industrializada para generar otros recursos naturales patrimonializables (con rendimientos y sostenibilidad mediante operaciones de mercado).

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

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

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

El TC incluyó esta noción medioeval en un par de resoluciones de una manera aislada, sin valorar sus antecedentes (ni siquiera se mencionan) y con una pobre fundamentación. Sin embargo, a pesar de estas omisiones la figura tuvo un éxito inusitado y se ha mantenido sin discusión o crítica alguna hasta ahora, salvo algunas honrosas excepciones (20). En la primera de las sentencias, el Alto Tribunal señaló que de una manera contradictoria que «*los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(y sus componentes y variantes según uso), el autor PULGAR-VIDAL afirma que los «recursos naturales no pertenecen al Estado en su calidad de propietario, ni en el texto constitucional de 1979 ni en el de 1993 (...) El derecho de propiedad implica la reunión del usus, fructus y abusus, atributos que no reúne el Estado sobre las dependencias del dominio eminential. La naturaleza de estos bienes no tiene calidad de propiedad, ni siquiera para el Estado que simplemente tiene un deber, obligación de guarda y vigilancia (...) El tratamiento constitucional de 1993 y el dominio eminential sobre los recursos naturales, con excepción del tratamiento sobre la tierra, sustentó la manera como el artículo 19 de la Ley de recursos naturales definió el asunto del otorgamiento de derechos sobre ellos, señalando, de manera expresa, que “los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural”. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares» (29).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(33) Ver el artículo 19 de la LOASRN.

1. Las cuestiones previas a la definición que se adopta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. ¿QUÉ SON LOS RECURSOS NATURALES?

1. Los elementos de la definición

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fuelle, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación», o la más gráfica aparecida en el artículo 2 de la LRH que indica al recurso agua como «patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua» (50).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lima, febrero del 2018.

V. ABREVIATURAS

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

VI. BIBLIOGRAFÍA

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

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

EL RÉGIMEN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS EN PERÚ

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

SUMARIO: I. BASE CONSTITUCIONAL.– II. MARCO LEGAL.– III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– IV. DOCUMENTOS DE GESTIÓN Y POLÍTICAS.– V. NIVELES Y FORMALIDADES PARA LA CREACIÓN DE LAS ANPS.– VI CATEGORÍAS DE LAS ANPS DE ADMINISTRACIÓN NACIONAL.– VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ANPS.– VIII. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS AL INTERIOR DE LAS ANPS.– IX. LA INTERVENCIÓN DEL SERNANP PARA EL OTORGAMIENTO DE TÍTULOS HABILITANTES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PRIVADAS AL INTERIOR DE LAS ANPS.

RESUMEN: Exposición del marco legal, organizativo y de gestión de las áreas naturales protegidas en Perú.

Palabras clave: áreas naturales protegidas en Perú; régimen jurídico de las áreas naturales protegidas en Perú.

ABSTRACT: Exposure of the legal, organizational framework and management of natural protected areas in Peru.

Key words: natural protected areas in Peru; legal system of natural protected areas in Peru.

El Perú cuenta con una biodiversidad muy amplia, por ello figura entre los 10 países con mayor diversidad biológica del planeta, dada su gran riqueza genética, especies de flora y fauna, así como ecosistemas continentales y marítimos. De los 104 ecosistemas de vida del mundo el Perú tiene 84, posee el 18,5% de las especies de aves, el 9% de las especies animales, el 7,8% de plantas cultivables, el 13,8% de la flora endémica del planeta, el 27% de las plantas tropicales y 24,00 especies de flora que constituyen el 10% del total mundial, entre otros recursos naturales. Posee 11 ecorregiones, 28 de los 32 tipos de clima, ocho provincias biogeográficas y tres grandes cuencas hidrográficas que contienen 12.201 lagos y lagunas, 1.007 ríos, así como 3.044 glaciares

Gran parte de ese patrimonio natural del país es conservado a través de las ciento ochenta y tres (183) áreas protegidas actualmente existentes, que

comprenden 22.530.983,16 hectáreas distribuidas en costa, sierra, selva y el mar lo que representa el 17,22% del territorio nacional.

En dicho contexto el régimen de las Áreas Naturales Protegidas constituye una de las principales estrategias para la conservación de la diversidad biológica y la promoción del desarrollo sostenible en el país (1).

I. BASE CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 vigente además de consagrar en el inciso 22) de su artículo 2° el derecho constitucional de toda persona «a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida» contiene un Capítulo dedicado al régimen del «Ambiente y los Recursos Naturales» que el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia ha caracterizado como «Constitución ecológica» porque comprende «el conjunto de disposiciones de la cara Fundamental referidos a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente».

En su faceta de derecho fundamental de la persona, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha determinado que dicho derecho esta caracterizado por los siguientes elementos: i) el derecho a gozar del medio ambiente, y ii) el derecho a que el medio ambiente se preserve. Asimismo el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho derecho constitucional participa de las propiedades de: a) los derechos reaccionales que se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente y que b) goza de una dimensión prestacional porque le impone al Estado y a los privados la tarea u obligación de conservar el ambiente equilibrado, así como la prevención y reparación (2).

El artículo 66° de la Constitución establece que los recursos naturales son patrimonio de la nación, que el Estado es soberano en su aprovechamiento y que las condiciones para la utilización de dichas recursos naturales y de su otorgamiento a los privados se deben regular por ley orgánica con las mayorías calificadas que se exige para aprobar en el Congreso dicho tipo de normas, además de la precisión de que la concesión otorga a su titular un derecho real. El artículo 66° dispone que el Estado le corresponde aprobar una política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales.

(1) Sobre el tema: Patrick WIELAND FERNANDINI, «Introducción al Derecho Ambiental», Colección lo esencial del derecho, PUCP, Lima, 2017, pg. 135 y ss.

(2) STC recaída en el Exptd N° 0048-2004-AI/TC, FFJJ N° 17, STC recaída en el Exptd N° 01848-2011-AA de 19/10/2011 FFJJ N° 10, y STC recaída en el Exptd N° 00470-2013-PA/TC de 8/5/2913, FFJJs 12 al 16.

Respecto de las áreas naturales protegidas la Constitución peruana consagra un precepto que se refiere específicamente a dicha materia, tal es el caso del artículo 68° que establece la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, que en conjunto con los otros artículos constitucionales que hemos reseñado conforman el parámetro constitucional del régimen para la protección de las áreas protegidas en el Perú.

II. MARCO LEGAL

La determinación de áreas para la conservación de la naturaleza comenzó en el Perú en la década de los 40' del siglo pasado con la declaración de zonas reservadas en los ríos Pacaya y Samiria para la producción y criadero de la especie hidrobiológica Paiche. Asimismo en 1961 se creó en el departamento de Cajamarca el primer Parque Nacional en la Provincia de Cutervo con una extensión de 2.500 hectáreas.

Nuestro país ha suscrito diversos Tratados Internacionales referidos a la protección de los espacios naturales y/o especies que los habitan, tal es el caso de:

- La Convención para la protección de la flora, la fauna y de las bellezas escénicas de los países de América, también conocida como Convención de Washington de 1940 y ratificada por el Perú en 1946.
- La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), ratificada en 1974 mediante el Decreto Ley N° 21080.
- La Convención Internacional para la regulación de la Caza de la Ballena de 1946 suscrita en Washington ratificada mediante Decreto Ley N° 22375 y su Protocolo complementario de 1956 también ratificado mediante Decreto Ley N° 22737 de 1979.
- La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la Unesco suscrita en París en 1972, que compromete la protección de los lugares o las zonas naturales que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal amenazadas o que tengan un valor universal excepcional, ratificada mediante Resolución Legislativa No 23349.
- El Convenio relativo a humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas de 1971, debidamente ratificado en el año 1991 por el Perú.
- El Convenio de las Naciones Unidas sobre diversidad biológica de 1992, que tiene como objetivo asegurar la diversidad, el uso sostenible

de los recursos naturales y una distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización, ratificado por el Perú en el año 1993.

- El Protocolo de Conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del Pacífico Sudeste, suscrito con la finalidad de proteger en las zonas costeras los ecosistemas frágiles, vulnerables o de valor natural único y la flora y fauna amenazadas por agotamiento y extinción, valorando racionalmente el equilibrio que debe existir entre la conservación y el desarrollo, ratificado en 1995 mediante la Resolución Legislativa No 26468.
- La Convención para la conservación de las especies migratorias de animales silvestres suscrita en Bonn, ratificada por el Perú en el año 1999 mediante Decreto Supremo N° 002-97-RE.

Las disposiciones legales que establecen el ordenamiento jurídico del régimen de las áreas naturales protegidas son las siguientes:

- La Ley N° 26821, denominada Ley Orgánica de los recursos naturales de junio de 1997, que en consonancia con el precepto constitucional anteriormente reseñado, norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables «procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y el ambiente y el desarrollo integral de la persona humana» (art. 2°), que define a los recursos naturales como «todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado...», estableciendo a continuación una relación de los mismos (art. 3°) y cuyo art. 12° que transcribimos a continuación se refiere específicamente a las áreas naturales protegidas:

«Conservación de recursos naturales a través de delimitación de áreas, declaración de especies en extinción, reserva o vedas.

- *Artículo 12°.— El obligación del Estado fomentar la conservación de áreas naturales que cuentan con importante diversidad biológica, paisajes y otros componentes del patrimonio natural de la nación, en forma de Áreas Naturales Protegidas en cuyo ámbito el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales estará sujeto a normatividad especial.*
- *La protección de recursos vivos en peligro de extinción que no se encuentran dentro de Áreas Naturales protegidas se norma en leyes especiales. Las declaraciones de reserva o de veda se realizan por Decreto Supremo».*

- La Ley N° 26834 también de junio de 1997, que contiene el marco legal específico de las Áreas naturales protegidas y su respectivo reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que las define como «los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país», señalando que «constituyen Patrimonio de la Nación» y asignándole la calidad de bienes de Dominio Público, tema que será objeto de análisis mas adelante en esta ponencia. El citado marco legal crea el denominado «Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) conformado por el conjunto de áreas naturales protegidas y las instituciones públicas de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y municipal), instituciones privadas y las poblaciones locales que participan en la gestión y desarrollo de dichas áreas, articulando y potenciando el conjunto de las ANPs mediante la gerencia eficaz de las mismas, asimismo establece las categoría de áreas naturales protegidas, las reglas para su creación, gestión y administración y los instrumentos de manejo, entre otros temas.
- La Ley N° 28611, denominada Ley General del Medio Ambiente de octubre del 2005, que en el Capítulo dedicado a la conservación de la diversidad biológica, ratifica que mediante el establecimiento de ANPs «el Estado asegura la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, así como la historia y cultura del país» (art. 107°), ratifica el carácter de dominio público de las citadas áreas, de su establecimiento con carácter definitivo y declara el derecho de la sociedad civil a participar en su gestión (art. 108°), dispone que las ANPs deben figurar en la base de datos del Sistema Nacional de Información Ambiental (art. 109°) y registrarse ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (5ta Disposición Final) y proclama el reconocimiento de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas y nativas ancestrales sobre las tierras que poseen dentro de las ANPs y sus zonas de amortiguamiento (art. 110°).
- El Decreto Legislativo N° 1079 de junio de 2008, que dispone medidas para garantizar el patrimonio de las ANPs, reglamentado mediante el Decreto Supremo N° 008-2008-MINAM, para lo cual establecen cuatro principios que deben regir todas las actuaciones que lleven a cabo las entidades administrativas competentes sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables ubicados en ANPs: i) Prevención, ii) Dominio eminential; iii) Protección administrativa y iv) Gobernanza ambiental y se regulan medidas para reforzar las acciones de control

y vigilancia de los elementos que conforman el patrimonio de las ANP de administración nacional, en especial la protección y recuperación de los especímenes, productos y subproductos de flora y fauna silvestre

III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) es el organismo público técnico especializado del Gobierno Nacional, adscrito al Ministerio del Medio Ambiente, específicamente creado para: dirigir el SINANPE en calidad de ente rector y asegurar su funcionamiento como sistema unitario; proponer al Ministerio del Ambiente la política nacional en materia de ANPs, como parte de la política nacional del ambiente; proponer también la Estrategia Nacional de las Áreas Naturales Protegidas o Plan Director para su aprobación mediante Decreto Supremo; gestionar y aprobar los instrumentos de gestión y planificación de las ANPs de administración Nacional; otorgar derechos de uso y aprovechamiento a través de concesiones, autorizaciones y permisos; supervisar y monitorear las actividades que se realicen en las ANPs y sancionar las infracciones que se cometan, entre otras varias funciones con el objetivo de garantizar el patrimonio de las ANPs (3).

El SERNANP es conducido por un Consejo Directivo que tiene a su cargo el establecimiento de las políticas y la dirección general de la entidad y cuyos integrantes son designados mediante resoluciones supremas, emitidas con participación del Presidente de la República y del Ministerio del Medio Ambiente. El Presidente del Consejo Directivo del SERNANP es el titular y la máxima autoridad ejecutiva de la citada entidad, tiene a su cargo las funciones ejecutivas y de representación ante las autoridades públicas y privadas, nacionales o del exterior.

Pero si el SERNANP es la entidad administrativa dedicada esencialmente a la gestión y conservación de las ANPs, el SINANPE constituye el eje de toda la organización administrativa referida a las ANPs.

El SINANPE esta conformado por los tres (3) componentes claves del régimen: a) el físico, porque comprende al conjunto de las ANPs existentes en el país; b) el social, porque comprende a los diversos actores involucrados en la temática, es decir a las instituciones públicas de los gobiernos nacional, regional y municipal, las instituciones privadas y las poblaciones locales, que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión y

(3) Segunda disposición complementaria y final del Decreto Legislativo 1013 que aprueba la ley de Organización y Funciones del Ministerio del Medio ambiente (pub: 14/5/2008) y Reglamento de Organización y Funciones del SERNANP aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008 – MINAM.

desarrollo de dichas áreas; y c) el componente legal que sirve de sustento para dicha organización.

La rectoría del SINANPE esta a cargo del SERNANP pero además cuenta con un Consejo de Coordinación integrado por nueve (9) miembros con funciones de coordinación, concertación e información, que aprueba la adecuada planificación y manejo de las ANPs. Dicho Consejo es presidido por el jefe del SERNANP y cuenta entre sus integrantes con funcionarios públicos competentes en temas de medio ambiente o que se relacionan con las ANPs, un representante de los Gobiernos Regionales, uno de las universidades, uno de las organizaciones no gubernamentales y otro por las organizaciones empresariales privadas. En los casos que los asuntos a tratar durante las sesiones del Consejo de Coordinación versen sobre áreas con presencia de poblaciones campesinas y nativas, recursos arqueológicos o sobre la autorización o aprovechamiento de recursos hidrobiológicos o minero-energéticos, el marco legal establece que deben poder participar en dicho Consejo un representante de las Direcciones especializadas de los Ministerios del Poder Ejecutivo vinculados a la promoción y/o el desarrollo de las actividades vinculadas a los citados recursos.

Cada una de las ANP, a excepción de las Áreas de Conservación Privada, cuenta con un Jefe de Área designado por SERNANP y con el apoyo de un Comité de Gestión que sirve de espacio para la participación ciudadana y de concertación al estar integrado por representantes de los sectores público y privado que a nivel local tengan interés o injerencia en la respectiva ANP. El Comité de Gestión cumple funciones principalmente propositivas, consultivas y de apoyo a la gestión de la Jefatura de las ANPs, para velar por su buen funcionamiento, la ejecución de sus Planes y el cumplimiento de la normatividad vigente, entre varias otras importantes funciones (4).

El Jefe de cada ANP designado por SERNANP es la máxima autoridad dentro de su ámbito, responsable de conducir la administración, gestión, control y supervisión de la gestión, liderar la elaboración del respectivo Plan maestro, así como velar por su implementación y actualización; de emitir opinión técnica sobre actividades que causen impactos y de conducir el monitoreo de los recursos naturales, entre otras varias funciones.

Finalmente, los Guardaparques son parte del personal técnico de una ANP bajo la dirección del Jefe de la misma, encargados de ejecutar las diversas actividades que implican el manejo y protección del área, en especial las funciones de fiscalización, control y monitoreo de cualquiera que visite o realice algún tipo de actividad en la ANP para verificar el cumplimiento de

(4) El régimen y las competencias de los Comités de Gestión de las ANPs es establecido por los arts. 14° a 17° de la Ley de ANPs y los arts. 15° a 21° de su Reglamento.

los dispositivos legales aplicables, las políticas institucionales aplicables y el respectivo Plan de Trabajo.

IV. DOCUMENTOS DE GESTIÓN Y POLÍTICAS

Los dos principales previstos por el marco legal de las ANPs son: (i) el Plan Director aplicable al conjunto y (ii) los Planes maestros que se aprueban para cada ANP.

El denominado Plan Director de las ANPs es el instrumento máximo de orientación y planificación del desarrollo a largo plazo (10 años) para el conjunto de las ANPs, cualquiera sea su nivel, establece sus componentes estructurales y las relaciones entre los diferentes niveles y categorías de las ANPs, así como la articulación de éstas en relación al territorio del cual forman parte, formulando las medidas que se requiera para potenciar y garantizar su valor ambiental, social y económico. Requiere ser aprobado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Ambiente, con el visto bueno del Jefe del SERNANP y con la opinión favorable del Consejo de Coordinación del SINANPE (5). Corresponde al Jefe del SERNANP en su calidad de ente rector formular un informe anual ante el Consejo de Coordinación del SINANPE, mediante el cual se da cuenta y evalúa el grado de aplicación de las estrategias contenidas en el Plan Director.

El plan Maestro es el documento de planificación estratégica del mas alto nivel para la gestión de cada una de las ANPs (y de sus Zonas de Amortiguamiento), se elaboran como consecuencia de procesos necesariamente participativos (6), revisables cada cinco (5) años y deberán definir cuando menos: i) la zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área; ii) la organización, objetivos, planes específicos y programas de manejo; iii) los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento y iv) las estrategias para la implementación de los Convenios Internacionales asumidos por el Estado peruano en materia ambiental (7).

(5) El Plan Director vigente que contiene la estrategia nacional de las ANPs fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2009-MINAN. www.sernanp.gob.pe/plan-director.

(6) Conforme al Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM que dicta disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las ANPs el proceso es esencialmente participativo, mediante el cual las personas naturales y jurídicas, individual o colectivamente, tienen el derecho y la oportunidad de manifestar sus intereses, demandas y opiniones, dentro del marco legal, no pudiendo excluirse a ningún actor que manifieste formalmente su interés de participar en el mencionado proceso (numeral 1.5 del artículo 1°)

(7) A pesar de la importancia de contar con un Plan Maestro para cada una de las ANPs Bruno MONTEFERRI señala que a la fecha en que escribe mas del 50% de las citadas áreas

Lo Planes Maestros de las ANPs de administración nacional son elaborados y aprobados por el SERNANP, mientras que en el caso de Áreas de Conservación Regional corresponde su aprobación al respectivo Gobierno Regional sujetándose a los lineamientos generales establecidos por el SERNANP y contando con la opinión previa de carácter vinculante de dicha entidad. Los Planes Maestros de las Áreas de Conservación Privada son elaborados por sus propietarios y aprobados también por el SERNANP por un plazo de cinco (5) años renovables.

V. CLASES Y FORMALIDADES PARA LA CREACIÓN DE LAS ANPS

El marco legal distingue tres (3) niveles (clases o tipos) de ANPs según el carácter público o privado de las mismas o de su carácter nacional o regional:

- Las Áreas de Administración Nacional;
- Las Áreas de Administración Regional; y
- Las Áreas de Conservación Privada.

En el texto original del reglamento de la Ley de ANPs se preveía la posibilidad que las municipalidades podrían crear «Áreas de Conservación Municipal», siempre que el Plan Director nacional de las ANPs permitiera su participación en acciones complementarias. Sin embargo la experiencia demostró que algunas municipalidades crearon dichas áreas sin cumplir los requisitos legales, muchas veces motivadas por razones de simple oportunismo política, con el deliberado propósito de prohibir por esa vía la realización de alguna actividad económica (minería, industrial, etc.), razones que llevaron a que mediante el Decreto Supremo N° 015-2007-AG se suprimiera dicha potestad.

Las Áreas de Conservación Regional como su nombre lo indica son administradas por los Gobiernos Regionales, tienden a ser áreas que teniendo importancia para conservar la diversidad biológica de interés regional y local, no llegan a tener la calificación para poder ser declaradas como áreas de administración nacional (8).

no cuentan con un Plan Maestro porque su elaboración o actualización exige una inversión considerable en términos de tiempo y dinero, en: «Áreas naturales protegidas: los efectos jurídicos de su establecimiento sobre predios de propiedad privada», publicado en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 6, Lima 2008.

(8) Los requisitos que deben cumplir para su evaluación las propuestas para la creación de Áreas de Conservación Regional han sido regulados en la Directiva aprobada por Resolución Presidencial N° 205-2010-SERNANP de 26 de octubre del 2010 y por las denominadas «Disposiciones complementarias para la evaluación de propuestas para el establecimiento de Áreas de Conservación Regional» aprobadas por Resolución Presidencial N° 144-2015-SERNANP de 23 de julio del 2015.

Las Áreas de Conservación Privada son aquellos predios de propiedad privada que por sus características ambientales, biológicas, paisajísticas u otras análogas, representativas del lugar donde se ubican, aportan a la diversidad biológica, incrementan la oferta para investigación científica y la educación, así como de oportunidades para el desarrollo del turismo especializado (9). El propietario puede celebrar voluntariamente un convenio con el Estado para el reconocimiento formal del citado tipo de área con el objeto de preservar la diversidad biológica en parte o la totalidad de dicho predio, por un período no menor de 10 años. Las condiciones especiales de uso del predio aceptadas por el propietario deben inscribirse en los registros públicos correspondientes y constituyen una carga vinculantes tanto para el que las impuso como para los subsiguientes adquirientes del citado predio. En caso que el propietario incumpliera sus obligaciones perderá dicho reconocimiento

La creación de cualquier clase de ANP requiere de la opinión previa favorable de SERNANP, entidad que en el caso que se proyecte la creación de una ANP de administración nacional procederá a evaluar la importancia de los sitios propuestos recogiendo información: i) ecológica, para determinar los ecosistemas presentes en el sitio; ii) económica, para identificar los usos actuales y actividades potenciales en el sitio y iii) social, para determinar los principales actores sociales involucrados, a efectos de realizar procesos transparentes de consulta a la población local interesada.

Respecto de las formalidades legales para la creación de una ANP se establecen las siguientes:

- Para la creación de ANPs de administración nacional o regional, o la categorización definitiva de Zonas Reservadas, se requiere de la expedición de un Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, es decir la mas alta instancia de deliberación y coordinación del Poder Ejecutivo a efectos de que todos los Ministerios desde la perspectiva de sus competencia eminentemente sectoriales puedan opinar sobre las bondades, prevenciones y/o inconvenientes a tomar en cuenta cuando se propone la creación de una concreta ANP. Esa misma razón es la que sirve de fundamento que las ANP de administración regional también requieran de la aprobación del Poder Ejecutivo y no sea suficiente una disposición de carácter regional.
- Para el establecimiento de Zonas Reservadas, que son aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como ANPs, requieren la realización de estudios complementarios para determinar,

(9) Las denominadas «Disposiciones Complementarias para al reconocimiento de las Áreas de Conservación Privada» han sido aprobadas por el SERNANP mediante Resolución Presidencial N° 199-2013-SERNANP de 31 de octubre del 2013.

entre otras, la extensión que les corresponderá como tales, se requiere la aprobación mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. A pesar de no tener la calidad de ANP forman parte del SINANPE (10).

- Para el reconocimiento de Áreas de Conservación Privada se requiere la expedición de una resolución del Ministerio del Ambiente, a solicitud del propietario del predio.

Según datos oficiales del SERNANP en el Perú actualmente existen 76 ANP de administración nacional que conforman el SINANPE y que abarcan 19.456.495.59 hectáreas, es decir más del 15% de la superficie nacional. También existen 18 áreas de conservación regional y 122 áreas de conservación privada (11). El Perú cuenta con un total de total de 216 ANPs

VI. CATEGORÍAS DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS DE ADMINISTRACIÓN NACIONAL

El régimen legal dispone (art. 21º) que en razón de la naturaleza y objetivos de cada tipo o clase de ANP, se le asigna una de las dos Categorías que determinan su condición legal, finalidad y los usos permitidos (12):

a) Áreas de Uso Indirecto: Son aquellas en las que no se permite la extracción de recursos naturales (renovables y no renovables) así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Solo por excepción se permite la explotación de los citados recursos cuando estén destinados exclusivamente a la subsistencia de personas y comunidades ubicadas antes de su creación como ANP. También excepcionalmente respecto de recursos no renovables se permite su explotación dentro de esta categoría de uso indirecto, cuando

(10) De conformidad con la Resolución Presidencial N° 324-2014-SERNANP de 31 de diciembre del 2014 que aprueba las «Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de ANPs en materia de establecimiento de ANPs de administración nacional y del proceso de categorización de zonas reservadas» si como producto del proceso de categorización de una Zona Reservada se determina que no reúne las condiciones que hacen viable su conversión formal en una ANP de administración nacional, deberá iniciarse el proceso para su desafectación.

(11) Información que obra en la página web institucional de SERNANP: www.sernanp.gob.pe/que-es-un-anp. La relación completa de ANPs en el Perú puede revisarse en: <http://www.sernanp.gob.pe/documents/10181/165150/LISTADO+ACTUALIZADO+ANP-Yaguas.+xls.pdf/740a399f-ef52-45f5-a886-05e67917cf4b216>

(12) La Sociedad Peruana de derecho Ambiental en su «Manual explicativo de las Ley 26834, ley de áreas naturales protegidas» explica que: «.. como las ANPs tienen distinta naturaleza y cumplen distintos objetivos para la conservación No sería posible establecer el mismo nivel de protección en todas ellas...», puede revisarse en: http://spda.org.pe/wpfb-file/20051014131053_.pdf/

existan derechos adquiridos establecidos por la legislación de la materia, con carácter previo a la creación de la ANP. En las ANPs categorizadas como de uso indirecto se permite la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en las zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. Se consideran áreas de uso indirecto: Los Parques Nacionales, Santuarios Naturales y los Santuarios Históricos.

b) Áreas de Uso directo: Son aquellas que si permiten el aprovechamiento o extracción de los recursos naturales, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y lugares y para aquellos recursos, definidos en el Plan Maestro respectivo del Área. Se consideran ANPs de uso directo las Reservas nacionales, Reservas Paisajísticas, Refugios de Vida Silvestre, Reservas Comunes, Bosques de Protección, Cotos de Caza y Áreas de Conservación Nacionales.

En relación a las ANPs de Administración Nacional la ley de la materia (art. 22°) y su reglamento (art. 49° y ss.) establecen que en función de sus objetivos de manejo pueden clasificarse en las siguientes categorías, o subclases:

a) Áreas de Uso Indirecto:

a.1.– Parques Nacionales.– Son áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. Tienen por finalidad la protección con carácter intangible de la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características estéticas, paisajísticas y culturales que resulten asociadas

a.2.– Santuarios Nacionales.– Son áreas en las que se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna silvestre, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico, por su importancia nacional.

a.3.– Santuarios Históricos.

Son áreas que protegen con carácter intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno natural de ámbitos con especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o porque en ellos se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia nacional.

b) Áreas de Uso Directo:

b.1.– Reservas Nacionales.– Áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre.

b.2.– Reservas Paisajísticas.– Son áreas en las que se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales,

permitiéndose usos científicos y turísticos y hasta la caza deportiva, esta última sujeta a ciertas condiciones.

b.3.– Refugios de Vida Silvestre.– Son áreas que requieren de la activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies.

b.4.– Reservas Comunales.– Son áreas destinadas a la conservación de la flora y la fauna silvestre en beneficio de las poblaciones locales y comunidades campesinas o nativas, pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayormente agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedales.

b.5.– Bosques de Protección.– Son áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riveras de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger de la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran.

b.6.– Cotos de Caza.– Son las áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de caza deportiva.

La ley de las ANPs (art. 23º) dispone que independientemente de la categoría asignada, cada área deberá ser zonificada de acuerdo a sus requerimientos y objetivos. El Reglamento precisa (art. 60º) que la Zonificación constituye una herramienta de planificación que responde a las características y objetivos de manejo de las APNs, conforme se establezca en los respectivos Planes Maestros de cada una. Mediante la zonificación se pueden establecer limitaciones y restricciones a las actividades orientadas al aprovechamiento de los recursos naturales o la habilitación de infraestructura al interior de las ANPs sobre la base de consideraciones técnicas debidamente sustentadas en el Plan Maestro como el documento de planificación competente. Sólo en el caso de que alguna ANP no cuente con dicho Plan Maestro, se faculta a SERNANP para que en aplicación del principio precautorio pueda establecer provisionalmente la zonificación como medida indispensable para responder a las necesidades de protección y uso público compatible con su naturaleza, previo expediente técnico justificatorio.

Se prevé 7 clases de zonas aplicables al espacio interior físico de las ANPs:

- Zonas de protección estricta.
- Zona silvestre.
- Zona de uso turístico y recreativo.
- Zona de aprovechamiento directo.
- Zona de uso especial.
- Zona de recuperación.
- Zona histórica cultural.

Las ANPs conforme se determinen en sus respectivos Planes Maestro pueden contar con una o más zonas designadas bajo la misma zonificación.

Las denominadas Zonas de Amortiguamiento (13) son aquellos espacios adyacentes a las ANPs que por su naturaleza y ubicación requieren de un tratamiento especial porque cumplen la muy importante función de contribuir a la preservación de las citadas áreas (14). Al igual que la Zonificación, la delimitación territorial de la zona de amortiguamiento corresponde al respectivo Plan Maestro de las ANPs, pero en tanto no se apruebe el citado Plan se faculta a SERNANP para que de manera provisional establezca de manera temporal la extensión de la Zona de Amortiguamiento. De conformidad con el art. 25° de la Ley de ANPs solo las ANPs de administración nacional pueden contar con Zonas de Amortiguamiento, no así las áreas de conservación regional ni las áreas de conservación privadas.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ANPS

Conforme hicimos referencia al tratar del régimen constitucional peruano los recursos naturales tienen la calidad de patrimonio de la nación (art. 66°), caracterización que por disposición de la Ley N° 26834 de ANPs también se le extiende a estos espacios (art. 1°). Pero asimismo tanto la citada ley de ANPs (art. 4°), como su reglamento (art. 1.2) y la Ley General del Medio Ambiente (art. 108.1) les asigna en forma expresa el régimen de los bienes de dominio público, que por mandato del artículo 73° de la Constitución Peruana tienen carácter de inalienables e imprescriptibles, es decir fuera del tráfico y del comercio, e implícitamente inembargables (15).

(13) Gloria Lucía ÁLVAREZ PINZÓN, «Las áreas protegidas en Colombia», Universidad Externado, Bogotá 2011, p. 50, dice que las zonas de amortiguamiento conforman espacios de transición entre las zonas protegidas y el entorno y que su función es minimizar las repercusiones de las actividades humanas que se realizan en los territorios aledaños a las áreas protegidas.

(14) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: «...las zonas de amortiguamiento no son intangibles, puesto que es permitido que en ellas se realicen actividades, en la medida de que cuenten con el permiso previo otorgado por la autoridad competente, una vez realizada la evaluación de impacto ambiental que haya determinado que el proyecto propuesto, dentro de márgenes razonables, sea compatible con el mantenimiento de las características ecológicas de los humedales en cuestión», STC Expdt 0021-2003-AI de 24/6/2004, FFJJ N° 13.

(15) Sobre el tema de los bienes de dominio público y los recursos naturales ver nuestro trabajo: «Evolución y formación del concepto de bienes del Estado (privados y de dominio público) en el ordenamiento jurídico peruano» (pp. 503 y 511 y la bibliografía allí citada) y el del Profesor Ramón HUAPAYA: «El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (y una visión desde el derecho administrativo de los bienes

Como consecuencia de la aplicación del régimen de protección exorbitante de los bienes de dominio público a las ANPs es que en el marco legal de desarrollo se establecen dos ordenes de restricciones: i) La propiedad sobre las ellas no podrá ser, en todo o en parte, «adjudicadas en propiedad a los particulares» (inalienabilidad), con excepción de las Áreas de Conservación privadas que mantienen su calidad de bien de propiedad privada; y ii) Cuando incluyan en su interior predios de propiedad privada u otros derechos reales adquiridos con anterioridad al otorgamiento de la condición de ANP, puede permitirse el uso regulado de las mismas y el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en ellas, en armonía con los objetivos y fines que determinaron su creación.

Una segunda característica adicional a la aplicación de la categoría de dominio público a las ANPs, es que la ley de la materia dispone que su condición de área natural «debe ser mantenida a perpetuidad» (art. 1º), «con carácter definitivo» (art. 3º), a excepción nuevamente de las Áreas de Conservación Privada que como sabemos su propietario se compromete a mantener dicha condición por un período no menor de 10 años, renovables a solicitud del mismo. La autoobligación impuesta por el Estado de preservar a perpetuidad el carácter natural de las ANPs tiene como una de sus manifestaciones jurídicas que la citada Ley de ANPs establece que «La reducción física o modificación legal de las áreas del SINANPE, sólo podrá ser aprobada por ley...» (art. 3º), requisito mas exigente que el establecido por la misma ley para su creación, que como sabemos no requiere de una ley para disponer crear una ANP, sino de una norma de rango infralegal, como el Decreto Supremo, pero aprobado por la mas alta instancia del Poder Ejecutivo (16).

VIII. LA SITUACION DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS AL INTERIOR DE LAS ANPS

El carácter de patrimonio nacional de las ANPs y que se les aplique el régimen jurídico de los bienes de dominio público no implica el desconocimiento de los derechos de propiedad privada que se puedan haber generado en su interior antes de su creación, pero que en principio los titulares privados de dichos derechos deberán sujetarse a las limitaciones y restricciones establecidas

públicos)», p. 395 y ss.), ambos publicados en el colectivo: «El dominio público en Europa y América Latina», Fernando LÓPEZ RAMON/Orlando VIGNOLO CUEVA, Coordinadores, *Red Internacional de Bienes Públicos y Circulo de Derecho Administrativo*, Lima 2015.

(16) La denominada en Europa «doctrina de la vinculación de los Estados a sus propias declaraciones de zonas protegidas» ha sido referida por Fernando López Ramón en «De los parques nacionales a la conservación de la biodiversidad», en *Revista de Administración Pública* N° 200, Madrid 2016, pp. 223 y 224.

en: i) el dispositivo legal de su creación; ii) en el respectivo Plan Maestro de la ANP, o iii) mediante una resolución específica de la Jefatura del SERNANP (17). En caso que se tenga intención de realizar la venta de propiedad privada al interior de una ANP el reglamento de la ley de ANPs establece el propietario debe otorgar una primera opción de compra al Estado a través del SERNANP, quien podrá ejercer dicha opción o incluso el derecho de retracto (art. 47°).

Sin embargo normas que regulan la elaboración de los Planes Maestros de las ANPs de administración nacional y de las ACR (18), son más garantistas porque disponen que durante dicho proceso y para la determinación de su zonificación «debe obligatoriamente considerar que el establecimiento de ANPs no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas» y que la zonificación que obre en los Planes Maestros no podrán establecerse Zonas de Protección Estricta (ZPE) y Zonas Silvestres (ZS), salvo consentimiento escrito del titular del derecho

En el caso de las Áreas de Conservación Regional – ACR las Directivas aprobadas por el SERNANP que regulan los requisitos para evaluar las propuestas para la creación de dichas áreas (19), disponen que las ACR deben ser establecidas en principio en tierras del Estado y sitios donde no se hayan otorgado derechos exclusivos y excluyentes, porque en caso de proyectar establecerse en zonas donde existen dichos derechos se deben respetar los derechos adquiridos (incluye todo tipo de derecho real inclusive aquellos referidos a concesiones), lo cual requiere que previamente los Gobiernos Regionales realicen tres acciones: i) elaborar una lista georreferenciada de los derechos reales y títulos reales existentes al interior de la propuesta de ACR y de las actividades que realizan; ii) deben publicar en el Diario Oficial y en diario de circulación local la ubicación, extensión, mapa del área propuesta y sus coordenadas UTM para que en un plazo de 30 días a partir de dicha publicación los privados que quieran acreditar otros derechos adquiridos puedan solicitar su incorporación a la citada lista, y iii) suscribir en cada caso con el respectivo titular de un

(17) En el Perú no se conocen casos en los que los propietarios de predios privados o de otros derechos adquiridos con carácter previo a la constitución de una ANP demanden al Estado pretendiendo el pago de indemnizaciones por las privaciones y limitaciones que puedan experimentar sus derechos con motivo de la creación de una ANP. Hace referencia a un proyecto de ley en España para modificar la regulación de los Parques nacionales que contienen una virtual cláusula indemnizatoria a favor de los propietarios afectados: Fernando López Ramón, «Trayectoria del Régimen Jurídico de los Parques Nacionales en España», *Revista Ambiente* N° 106, marzo 2014, p. 87.

(18) El Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM que dicta disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las ANPs, arts. 1.5 y 4.2.

(19) Las denominadas «Disposiciones complementarias para la evaluación de propuestas para el establecimiento de Áreas de Conservación Regional» aprobadas por Resolución Presidencial N° 144-2015-SERNANP de 23 de julio del 2015.

derecho privado una denominada «Carta de Entendimiento» determinando la manera como se ejercerá el derecho adquirido una vez establecida la ACR, documento que será vinculante para las partes, formará parte del expediente técnico que se elabore para formular la propuesta de creación y podrá ser inscrita en el Registro Público respectivo a solicitud del particular.

Finalmente, se dispone que la zonificación que posteriormente se apruebe para la ACR que se pueda crear deberá ser consistente con los usos definidos en las referidas Cartas de Entendimiento y que en consonancia con las normas que regulan la elaboración de los planes maestros, respecto de los predios de propiedad privada y/o que contengan derechos adquiridos o preexistentes en la ACR no se podrán establecer Zonas de Protección Estricta (ZPE) y Zonas Silvestres (ZS), salvo consentimiento escrito del titular del derecho.

En nuestra opinión las reglas que hemos reseñado para compatibilizar la creación de ACR con los derechos de propiedad y otros derechos privados de carácter real (concesiones, etc.) preexistentes a su creación, han sido dictadas por parte del Gobierno a fin de evitar que se repitan situaciones como las generadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso más conocido como «cordillera escalera» en la que el citado órgano jurisdiccional constitucional dispuso la paralización inmediata de las actividades de exploración que venían desarrollando empresas petroleras a pesar de que contaban con los respectivos títulos habilitantes otorgados por las autoridades competentes con anterioridad a la creación de la ACR en cuestión, hasta que se aprobará formalmente el respectivo Plan Maestro y se pudiera verificar la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación petrolífera con los objetivos de dicha ACR Cordillera Escalera (20).

IX. INTERVENCIÓN DEL SERNANP EN EL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE TÍTULOS HABILITANTES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PRIVADAS EN LAS ANPS

Como se ha reseñado en esta ponencia el SERNANP cumple muy importantes funciones en orden a la regulación, gestión, otorgamiento de títulos habilitantes para el desarrollo de actividades al interior y de garantizar que las ANPs cumplan con el objetivo de poder aportar sus beneficios ambientales, sociales y económicos a la sociedad.

Además de las típicas funciones de fiscalización (vigilancia y supervisión) y sanción para verificar el cumplimiento del ordenamiento territorial en las actividades que se realicen al interior de las ANPs, a SERNANP se le atribuye otros

(20) Nos referimos a la STC recaída en el Expdt. N° 03343-2007-PA/TC 19/2/2009.

mecanismos de policía administrativa con el objeto de prevenir que se pueda poner en riesgo el cumplimiento de los fines para los que ha sido creada una ANP, que consideramos importante reseñar en la parte final de esta ponencia.

Nos referimos en específico a dos tipos de opiniones técnicas previas, en relación a las ANP de administración nacional y/o sus zonas de amortiguamiento o en las ACR, que por mandato legal tienen carácter vinculante para las autoridades de nivel nacional, regional o local correspondientes: i) la emisión de la Compatibilidad y ii) la Opinión Técnica Previa Favorable (21) (22).

La Compatibilidad es definida como aquella opinión técnica previa vinculante que consiste en la evaluación que realiza el SERNANP de las solicitudes que le formulen las autoridades competentes para suscribir contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, con carácter previo al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales y/o habilitación de infraestructura (23) en las ANPs, tomando en cuenta la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área natural en cuestión.

La denominada Opinión Técnica Previa Favorable es la segunda modalidad de Opinión Técnica Vinculante de SERNANP que consiste en la evaluación del contenido de la modalidad del instrumento de gestión ambiental exigido por la legislación respectiva correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de una ANP, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del área en cuestión.

En síntesis la autoridad competente para aprobar el respectivo instrumento de gestión ambiental referido a una ANP esta obligada a: i) previo a su elaboración solicitar al SERNANP que emita opinión técnica sobre los términos

(21) Reguladas por los arts. 27° y 28° de la Ley de ANPs, el inciso f) del numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, ley de creación, organización y funciones del Ministerio de Ambiente, pero con mas detalle en el art. 116° del Reglamento de la ley de ANPs, según texto modificado por el art. 1° del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM publicado el 16 de febrero del 2011.

(22) Adolfo JIMÉNEZ JAÉN: «El régimen jurídico de los espacios naturales protegidos», Mc Graw Hill, Madrid 2000, pg 20, hace referencia a un régimen similar existente en una Comunidad Autónoma de España señalando que aunque los informes preceptivos no constituyen formalmente autorizaciones, contienen una declaración de voluntad basada en la contradicción o no de la actividad que pretende realizarse con los fines de la creación de un Espacio Natural Protegido y que por tanto son determinantes para la autoridad competente para emitir el acto administrativo definitivo que no puede modificar dicha opinión.

(23) El art. 174° y ss. del Reglamento de la Ley de ANPs establece los requisitos que deben cumplir la construcción, habilitación y uso de infraestructura con cualquier tipo de material, al interior de las citadas áreas.

de referencia para su elaboración y ii) contar con la Opinión Técnica Previa favorable de SERNANP.

Los actos administrativos de las autoridades que otorguen autorizaciones, licencias, concesiones, permisos u cualquier otro derecho habilitante, así como sus renovaciones para la realización de actividades de aprovechamiento de recursos naturales o la habilitación de infraestructura al interior de las ANPS, sin contar con la respectiva Opinión Técnica Previa Vinculante de SERNANP, son considerados nulos de pleno derecho de conformidad con el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 de procedimiento Administrativo General y genera responsabilidad administrativa para los funcionarios que los emitieron, sin perjuicio de las posibles responsabilidades de tipo civil o penal (24).

Lima, enero del 2018

(24) Así lo prevé la tercera disposición complementaria, final y transitoria del Reglamento de la Ley de APPs y el art. 2° del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM que precisa la obligación de solicitar opinión técnica vinculante en defensa del patrimonio natural de las ANPs, publicado en el *Diario Oficial* el 30 de marzo del 2010.

LA TÉCNICA DE LOS INFORMES VINCULANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS EN EL DERECHO PERUANO

RAMÓN HUAPAYA TAPIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. SU VINCULACIÓN CON LOS RECURSOS NATURALES. SU CARÁCTER DOMINIALISTA. REVISIÓN DE ESTA TEORÍA TRADICIONAL.– III. LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS. CONCEPTO. CLASES Y TIPOLOGÍA. TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN: 1. Planificación administrativa obligatoria de las ANP. 2. Categorización de las ANP. 3. Zonificación de las Áreas Naturales Protegidas.– IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS.– V. BREVE EXCURSO SOBRE LAS MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA GESTIÓN DE ANP.– VI. LA NECESARIA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE LAS ENTIDADES CON COMPETENCIAS RESPECTO AL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN ANP: LA TÉCNICA DE LOS INFORMES VINCULANTES DE SERNANP EN LA LEGISLACIÓN PERUANA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA INTANGIBILIDAD Y DE LAS FINALIDADES DE LAS ANP: 1. La opinión técnica vinculante de SERNANP como técnica jurídica de coordinación para la protección de las ANP.– VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: El presente estudio busca acercarse a un estudio del régimen de Espacios Naturales Protegidos en el Perú a través de una breve descripción de su naturaleza jurídica, su régimen legal y la organización administrativa dirigida a su protección. En forma específica se pretende estudiar una de las fórmulas necesarias para su protección, que es la técnica de emisión de opiniones vinculantes para compatibilizar algunas actividades económicas extractivas con tales espacios naturales protegidos y sus zonas de amortiguamiento.

Palabras clave: Derecho del Medio Ambiente; Espacios Naturales Protegidos; procedimiento administrativo; organización administrativa; actos administrativos.

ABSTRACT: This investigation seeks to approach a study of the regime of Protected Natural Spaces in Peru through a brief description of its legal nature, its legal regime and the administrative organization aimed at its protection. Specifically, it is intended to study one of the necessary formulas for its protection, which is the technique of issuing binding opinions to reconcile some extractive economic activities with such protected natural spaces and their buffer zones.

Key words: Environmental Law; Natural Protected Spaces; administrative procedure; administrative organization; administrative Decisions.

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por objeto llevar a cabo un estudio sobre el régimen jurídico de las Áreas Naturales Protegidas en el Perú (en adelante, «ANP» o «áreas naturales protegidas»), con la finalidad de ahondar en el estudio de su régimen jurídico desde el marco constitucional peruano, detallar su forma de constitución, el régimen jurídico administrativo de su protección, así como el alcance del establecimiento de estos espacios dentro de la propiedad privada, y finalmente identificar las modalidades de participación privada en la gestión de áreas protegidas en nuestro país.

Asimismo, se estudiarán diversos aspectos tales como la organización administrativa para el manejo de estas áreas y su evolución hasta el actual sistema adscrito al Sector Ambiente.

Finalmente, se examinará la función de los informes técnicos vinculantes necesarios para obtener autorización de aprovechamiento de recursos naturales dentro de las Áreas Naturales Protegidas, como técnica que refleja la obligación del Estado de coordinar entre sus diferentes entidades competentes para salvaguardar la integridad de las ANP con la realización de actividades extractivas o de construcción de infraestructura donde sea posible, sin que ello implique menoscabar o afectar la integridad del espacio natural protegido.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. SU VINCULACIÓN CON LOS RECURSOS NATURALES. SU CARÁCTER DOMINIALISTA. REVISIÓN DE ESTA TEORÍA TRADICIONAL

Como un punto de partida para acercarnos al marco constitucional bajo el cual se ha desarrollado el régimen de las ANP en el Perú, efectuaremos una revisión general que parte de analizar el tratamiento constitucional que le ha sido asignado a los recursos naturales en nuestro texto constitucional. Precisamente, el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993, establece lo siguiente:

«Artículo 66.– Los recursos naturales, renovables y no renovables, “son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal». (Énfasis agregado).

Como se puede apreciar, los recursos naturales — sean estos renovables o no— son considerados por la Constitución peruana como patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú, supremo intérprete de la Constitución, ha buscado desarrollar el contenido de la citada norma constitucional para definir el alcance de lo que constituye la expresión «patrimonio de la Nación», pero lo ha hecho de manera confusa en su línea jurisprudencial, pues de un lado en algunas sentencias acude a lo que se ha denominado en nuestro país la teoría del «dominio eminente» (1) para explicar dicha expresión, mientras que en otras sentencias considera que cuando hace referencia a «patrimonio de la Nación», estamos frente a bienes que integran el dominio público.

A modo de ejemplo, en la sentencia del Expediente N° 048-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala que,

«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. En ese sentido, los recursos naturales — como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. *El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente*, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento» (2). (Énfasis agregado).

Del mismo modo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0003-2006-PI/TC, se precisa el referido desarrollo, conforme a lo siguiente (3):

«(...) Los recursos naturales reposan jurídicamente en el dominio del Estado, como expresión jurídico— política de la Nación. Reconocer que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66° de la Constitución), *significa que es bajo su ius imperium y supervisión que debe desarrollarse su aprovechamiento y goce*». (Énfasis agregado).

Sin embargo, sorprendentemente, la anteriormente citada Sentencia del Expediente N° 048-2004-AI/TC, establece en sus fundamentos jurídicos N° 98

(1) Ya criticada en su momento por VERGARA (1988), cuyas críticas compartimos in totum.

(2) Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0048-2004-PI/TC.

(3) Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0003-2006-PI/TC.

a N° 101, que los recursos naturales forman parte del dominio público (4). Cabe citar los mencionados fundamentos, los cuales precisan lo siguiente:

«98. “Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación —no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo— configuran lo que se denomina una «propiedad especial»^[20]. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible”, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil.

Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío.

99. “En el caso, se está ante un dominio público que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil”. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44° de la Constitución. El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional siempre que mantengan un equilibrio dinámico con la conservación de los recursos naturales, el medio ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

100. “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 en una concepción patrimonialista del dominio privado”. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre (Fundamento 14), con criterio esclarecedor formula lo siguiente: «[...] en efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato».

101. “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

(4) Sin embargo, cabe referir que la aproximación del Tribunal Constitucional es a un sentido «propietarista» o «dominical» del dominio público, derivado de la posición de HAURIUO (donde se señala que existe una propiedad del Estado regida por el derecho administrativo (véase, por todos, PIMIENTO, 2015). Cabe señalar sin embargo, que existe otra aproximación a la naturaleza del dominio público, la cual es denominada como tesis «funcionalista», mediante la cual el Estado no ostenta una calidad de propietario, sino un número de potestades de guarda y custodia sobre los bienes del dominio público que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Sobre el tema, en Perú, véase (VÁSQUEZ, 2008, 275-276).

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». (Énfasis, agregado).

Pese a esta indefinición jurisprudencial, como ya lo hemos señalado en otro lugar, entendemos que el artículo 66 de la Constitución refleja un sistema dominialista en cuanto a la naturaleza de los recursos naturales, en la medida que se aparta de la teoría del «dominio eminente», y por el contrario, refleja las características de protección y régimen jurídico del dominio público (5).

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que en nuestro país, a la par de la confusión jurisprudencial, es la propia legislación la que también, al desarrollar el artículo 66 de la Constitución, pregona la tesis del dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales. Así, la Ley 26821, denominada «Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales» (6), que desarrolla legislativamente los alcances del artículo 66 de la Constitución, establece que el Estado tiene un «dominio eminential» sobre los recursos naturales, el cual se traduce en el ejercicio de funciones de «soberanía» sobre tales recursos (7). Ahora bien, nosotros siguiendo a VERGARA (1988), consideramos que el empleo del «dominio eminente» es innecesario para categorizar a los recursos naturales.

Sin embargo, más allá de estas críticas iniciales, lo cierto es que nuestra legislación de desarrollo constitucional, ciertamente vincula en cuanto al régimen jurídico a los recursos naturales y a las ANP. De un lado, la Ley 26821 (en su artículo 12, que establece que el Estado fomenta la creación de ANP (8)), y de otro lado, la propia Ley 26834 (9) (Ley de ANP) precisa en su artículo 1 que «Las Áreas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación. Su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse

(5) HUAPAYA (2015, 395-417). En sentido similar, pero con una mayor amplitud de fundamentos e interesantes aportes para el debate, HERNÁNDEZ (2017, 317-360)

(6) Publicada el 25 de junio de 1997.

(7) Ley 26821. Artículo 6.– 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

(8) Ley 26821. Artículo 12.– Es obligación del Estado fomentar la conservación de áreas naturales que cuentan con importante diversidad biológica, paisajes y otros componentes del patrimonio natural de la Nación, en forma de Áreas Naturales Protegidas en cuyo ámbito el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales estará sujeto a normatividad especial. La protección de recursos vivos en peligro de extinción que no se encuentren dentro de Áreas Naturales Protegidas se norma en leyes especiales. Las declaraciones de reserva o veda se realizan por Decreto Supremo. Las leyes especiales a que hace referencia el párrafo anterior precisarán las sanciones de carácter administrativo, civil o penal de los infractores

(9) Publicada el 4 de julio de 1997.

la restricción de los usos directos.» Pero lo más sorprendente no acaba allí, puesto que aun cuando en su artículo 1 se señala que las ANP son patrimonio de la Nación, luego el artículo 4 señala que las ANP son parte del dominio público (10).

Desde que nuestra legislación sigue recurriendo a los términos anteriormente citados de «patrimonio de la Nación» y «dominio eminente» para hacer referencia a las ANP, e inclusive declara solemnemente que éstas forman parte del dominio público, resulta necesario hacer énfasis en el tratamiento constitucional que les ha sido asignado a las Áreas Naturales Protegidas, sobre todo para fundamentar su existencia fuera de las teorías y términos citados anteriormente, y definir su naturaleza y régimen jurídico dentro de las instituciones del derecho administrativo.

Para ello, es preciso partir del artículo 68° de nuestra Constitución vigente, el cual establece lo siguiente:

«Artículo 68°.— El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de Áreas Naturales Protegidas».

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de esta obligación atribuida al Estado, conforme a lo siguiente:

«(...) Tal obligación implica que los actos que puedan representar un nivel de riesgo para las Áreas Naturales Protegidas, requieran, para efectos de su aprobación, una participación conjunta de los distintos organismos estatales que tienen por función la conservación y protección de dichas áreas, de modo tal que, mediante labores preventivas, dicho riesgo quede reducido al mínimo» (11).

A nuestro entender, el texto constitucional relativo a las ANP obliga al Estado a la conservación de las ANP mediante su establecimiento. Pero la labor del Estado no sólo queda en ello, sino que obliga a su conservación, la cual debe hacerse de forma *coordinada* entre las varias instituciones competentes para administrar los recursos naturales relacionados con industrias extractivas, así como con otras actividades como la construcción de infraestructura, la promoción de viviendas y el turismo. Esta tarea de coordinación, sobre la

(10) Ley 26834. Artículo 4.— Las Áreas Naturales Protegidas, con excepción de las Áreas de Conservación Privadas, son de dominio público y no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares. Cuando se declaren Áreas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes. La administración del Área Natural Protegida promoverá la suscripción de acuerdos con los titulares de derechos en las áreas, para asegurar que el ejercicio de sus derechos sea compatible con los objetivos del área.

(11) Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia N° 0021-2003-AI/TC.

cual volveremos luego, se realiza en varios niveles y sectores de actividad económica, así como a través de diversos instrumentos de gestión.

Ahora bien, fuera de tales roles tutelares, la Constitución nada dice respecto de la naturaleza jurídica de las ANP. Sin embargo —como ya lo hemos detallado—, la Ley 26834 (LANP), establece que las ANP son patrimonio de la Nación y además, forman parte del dominio público.

Desentrañar estas expresiones, es importante. Porque en nuestro país, por pura cultura exegética, se repite acríticamente que las ANP forman parte del dominio público (por ejemplo, MEJORADA: 2008; MONTEFERRI: 2008). Inclusive, la propia legislación (a nivel reglamentario) detalla que el carácter de «dominio público» está vinculado básicamente a la inalienabilidad y a la intangibilidad de tales áreas (12), en una relación funcional, más que propietarista.

Es que en nuestro medio, fuera de algunos casos aislados (MARTÍNEZ VÁSQUEZ: 2000; JIMÉNEZ: 2014), no se ha dado una real discusión respecto a los alcances de las teorías del dominio público, y a si nuestro país ha abrazado una visión propietarista de dicha institución (como lo hace confusamente la jurisprudencia constitucional, fundamento jurídico 29, STC Exps. Acumulados 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI/TC) o una funcional (como lo propone la doctrina).

Más allá de la discusión conceptual, es interesante analizar el concepto de «dominio público» que maneja la LANP. Porque, de su redacción (artículos 4 y 5), resulta que estamos frente un régimen de dominio público más que singular, puesto que permite la existencia de propiedad privada dentro de las ANP (e inclusive permite la preexistencia de derechos patrimoniales privados dentro de éstas).

Por ello, para finalizar esta parte, consideramos que es válido hacer eco de las críticas tempranas que LÓPEZ RAMÓN (1980: 230 y ss.) hizo sobre la consideración de las ANP como bienes del dominio público. Precisamente, dicho autor hizo un análisis de contraste de las teorías del dominio público, el derecho positivo español y las ANP, para determinar que en realidad, las ANP no encajan dentro de una concepción funcionalista del dominio público (vale decir, no son bienes afectos a un uso público o a un servicio público), y tampoco (al abarcar propiedad privada, comunal y pública), pueden ser consideradas enteramente como expresión de un elemento subjetivo público que las haga pertenecer al dominio estatal.

Por ende, ¿qué naturaleza pueden tener las ANP? O mejor dicho ¿cómo entender la naturaleza de «dominio público» a la que alude la legislación nacional?

(12) Véanse artículos 1.2 y 1.3 del Reglamento de la LANP, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

A nuestro entender, nuevamente es preciso recurrir a las interesantes tesis que el profesor LÓPEZ RAMÓN ha consolidado en su profundo estudio renovador sobre la teoría de las cosas públicas (LÓPEZ RAMÓN: 2011, 2012). En dicho estudio, se propone una «escala de publicidad» de las cosas públicas, dividiéndolas entre cosas comunes, bienes de dominio público, bienes patrimoniales y bienes de interés público. Interesa este último concepto sobre el cual el jurista aragonés señala lo siguiente:

«La última categoría de las cosas públicas está integrada por bienes que tanto pueden ser de propiedad pública como de propiedad privada. El aspecto determinante del carácter público de los mismos es la incidencia en su régimen jurídico de un relevante interés general determinante de la conservación del bien y de su disfrute colectivo como objetivos primordiales. La presencia del interés público se formaliza en los casos más significativos mediante un acto administrativo que declara la pertenencia del bien al género previamente diseñado en la legislación. En estos bienes, la Administración “patrimonializa” el valor correspondiente al interés público cuya permanencia, tutela y valorización le corresponde asegurar» (LÓPEZ RAMÓN, 2012: 48).

Entonces, como en el caso de las ANP estamos frente a bienes que pueden ser de titularidad pública o privada. Sin embargo, cualquiera sea el titular, existe un interés general o público en conservar dicho bien y además asegurar su disfrute colectivo. Es por ello que estamos frente a una categoría funcional que permite la protección de estos bienes al margen de quien sea su propietario. Es lo mismo que pasa con el patrimonio cultural. (Véase, LÓPEZ RAMÓN, 2012: 49-50; HUAPAYA, 2017: 380-386).

Creemos entonces que cuando nuestra legislación entiende que las ANP forman parte del dominio público, es que estamos frente a una categoría distinta al demanio. A nuestro entender, estamos frente a una protección funcional por el interés público vinculado a la conservación y garantía del disfrute colectivo de tales ANP a fin de efectivizar el derecho fundamental de las personas al medio ambiente y concretizar los deberes de tutela del ambiente y de las ANP que impone el artículo 68 de la Constitución al Estado. Por tanto, jurídicamente, las ANP en realidad son bienes de interés público, al margen de su titularidad, y por tanto, son objeto de especial protección por nuestra legislación.

III. LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS. CONCEPTO. CLASES Y TIPOLOGÍA. TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN

Las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico,

así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. (13) Tal como indica LÓPEZ RAMÓN (1980:92), concurren en dicha definición los tres elementos que definen a un espacio protegido: a) el físico, o reunión de una serie de circunstancias que hacen referencia a las condiciones naturales del territorio en cuestión, b) el formal, o declaración expresa por parte de la autoridad competente, para que el territorio quede protegido; y c) el teleológico, o finalidad a la que responde esta declaración y la consiguiente creación de la institución. Nótese además que la definición legislativa contenida en el artículo 1 de la LANP se amolda también a la caracterización de las ANP como bienes de interés público, ya que su conceptualización normativa revela expresamente la finalidad de conservación de tales espacios, así como el aseguramiento de su disfrute por una generalidad de personas y por las generaciones venideras.

El artículo 2º de la LANP establece los objetivos de creación de una ANP. Estos son los siguientes:

a. Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, dentro de áreas suficientemente extensas y representativas de cada una de las unidades ecológicas del país.

b. Mantener muestras de los distintos tipos de comunidad natural, paisajes y formas fisiográficas, en especial de aquellos que representan la diversidad única y distintiva del país.

c. Evitar la extinción de especies de flora y fauna silvestre, en especial aquellas de distribución restringida o amenazadas.

d. Evitar la pérdida de la diversidad genética.

e. Mantener y manejar los recursos de la flora silvestre, de modo que aseguren una producción estable y sostenible.

f. Mantener y manejar los recursos de la fauna silvestre, incluidos los recursos hidrobiológicos, para la producción de alimentos y como base de actividades económicas, incluyendo las recreativas y deportivas.

g. Mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permita desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos y servir de sustento para investigaciones científicas, tecnológicas e industriales.

h. Mantener y manejar las condiciones funcionales de las cuencas hidrográficas de modo que se aseguren la captación, flujo y calidad del agua, y se controle la erosión y sedimentación.

(13) Cfr. Ley N° 26834, artículo 1º. Conviene recordar que el antiguo Código del Medio Ambiente (Decreto Legislativo 613 de 1990), definía a las ANP de la siguiente forma: «Son áreas naturales protegidas las extensiones del territorio nacional que el Estado destina a fines de investigación, protección o manejo controlado de sus ecosistemas, recursos y demás riquezas naturales» (artículo 50).

i. Proporcionar medios y oportunidades para actividades educativas, así como para el desarrollo de la investigación científica.

j. Proporcionar oportunidades para el monitoreo del estado del medio ambiente.

k. Proporcionar oportunidades para la recreación y el esparcimiento al aire libre, así como para un desarrollo turístico basado en las características naturales y culturales del país.

l. Mantener el entorno natural de los recursos culturales, arqueológicos e históricos ubicados en su interior.

m. Restaurar ecosistemas deteriorados.

n. Conservar la identidad natural y cultural asociada existente en dichas áreas.

En el Perú, conforme a lo previsto en la legislación vigente, existen tres niveles de ANP que son: (i) las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional; (ii) las Áreas de Conservación Regional; y, (iii) las Áreas de Conservación Privada (14).

Las ANP (de administración nacional y de administración regional) son declaradas como tales mediante Decreto Supremo (15) emitido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Estas áreas son establecidas con carácter definitivo y eventualmente si es que se quiere efectuar la reducción física o modificación de estas áreas, esto sólo puede hacerse por Ley.

Es necesario también indicar que existe la categoría de las denominadas «Zonas Reservadas», definidas como aquellas áreas que reuniendo las condiciones para ser consideradas como Áreas Naturales Protegidas, requieren la realización de estudios complementarios para determinar, entre otras, la extensión y categoría que les corresponderá como tales (artículo 13 LANP). Las Zonas Reservadas entonces son una «categoría de cierre» de las ANP, puesto que la propia Ley 26834 señala que les son aplicables los conceptos y disposiciones relativas a las ANP (con excepción del carácter definitivo de su delimitación), y forman parte del SINANPE. Ciertamente, las Zonas Reservadas son protegidas también, en aplicación del principio precautorio, a fin de evitar que sufran daños en el proceso que dure su categorización definitiva como ANP.

(14) No existen en el Perú Áreas de Conservación Municipal (o establecidas por nivel local). Inicialmente fueron previstas en el Reglamento de la LANP, pero su base normativa fue derogada en el año 2007.

(15) El Decreto Supremo es una norma de rango reglamentario expedido por el Presidente de la República. Sin embargo, en el Perú se usa también para contener actos administrativos singulares (como en éste).

Técnicas administrativas para la protección y conservación de las ANP.

La protección y conservación que el Estado debe realizar sobre las ANP se realiza a través de varias técnicas jurídicas, siendo las principales la planificación, la categorización, la zonificación y la coordinación.

Es preciso tener en cuenta que en el Perú existe el SINANPE o Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, sistema administrativo dirigido a que las distintas instituciones estatales que cuenten con competencia en materia de protección y tutela de las ANP puedan coordinar el ejercicio de tales competencias. El ente rector del SINANPE es el SERNANP – Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, organismo público adscrito al Ministerio del Ambiente (por mandato del Decreto Legislativo N° 1079).

1. Planificación administrativa obligatoria de las ANP

Existen dos planes administrativos sumamente importantes para la protección de las ANP. Uno de horizonte de mediano plazo (debe ser actualizado cada diez años) que es el Plan Director nacional de todas las ANP. Y otro de corte temporal y específico (cinco años de duración), denominado Plan Maestro, que se aprueba para cada ANP.

El Plan Director define los lineamientos de políticas y planeamiento estratégico, así como el marco conceptual para un gerenciamiento eficaz y la constitución y operación a largo plazo (diez años) de las Áreas Naturales Protegidas y del SINANPE, formulando las medidas para conservar y complementar la cobertura ecológica requerida. Constituye el instrumento máximo de planificación y orientación del desarrollo de las Áreas Naturales Protegidas, cualquiera sea su nivel. El Plan Director se aprueba mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Agricultura, con el visto bueno del Jefe del INRENA y con opinión favorable del Consejo de Coordinación del SINANPE. El Plan Director actualmente vigente ha sido aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2009-MINAM (publicado el 3 de setiembre de 2009).

El Plan Maestro es el documento de planificación estratégica de más alto nivel para la gestión del Área Natural Protegida. El proceso de elaboración del Plan Maestro es liderado, de manera concertada con el Comité de Gestión de la ANP, por el Jefe de la ANP correspondiente, con la colaboración de los gobiernos regionales y locales, los pobladores locales debidamente organizados, y las instituciones públicas y privadas vinculadas al Área Natural Protegida. En lo pertinente, deben incluir estrategias mediante las cuales se implementen los compromisos asumidos por el Estado Peruano en materia de conservación de la diversidad biológica y desarrollo humano.

En el Plan Maestro por lo menos se define la zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área; la organización, objetivos, pla-

nes específicos requeridos y programas de manejo; así como los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento. El Plan Maestro tiene una duración de 5 años.

Tipología de las ANP.

El presente cuadro resumen (extraído del vigente Plan Director de las ANP) nos muestra los diferentes tipos de ANP existentes en nuestro ordenamiento, a saber:

Cuadro 2: Áreas Naturales Protegidas del Perú

		GRADUALIDAD DE OPCIONES DE USO PRINCIPALES	
		Uso Indirecto	Uso Directo
SINANPE	Áreas definitivas de nivel nacional	Parques Nacionales	Refugios de Vida Silvestre
		Santuarios Nacionales	Reservas Paisajísticas
		Santuarios Históricos	Reservas Nacionales
			Reservas Comunales
		Cotos de Caza	
		Bosques de Protección	
	Áreas transitorias en estudio	Zonas Reservadas	
	Áreas de nivel regional		Áreas de Conservación Regional
	Áreas para el Sector Privado	Áreas de Conservación Privada	

La LANP y su Reglamento, especifican los alcances de esta división competencial de las ANP. Es preciso indicar que la LANP fue dada en la década de los 90 del pasado siglo, en el entorno de una administración fuertemente centralista, y que en los hechos renegaba de todo proceso de regionalización o de descentralización competencial. Ello llevó a que la actual legislación sea una de tipo fuertemente centralista, sin que se enfatice en la transferencia de competencias siquiera a los Gobiernos Regionales (que son instancias de gobierno descentralizado políticamente menores frente al Gobierno Nacional, unitario, del Perú).

En tal sentido, las ANP se dividen en áreas de administración nacional (del Gobierno Nacional, a través del SERNANP) y de administración regional. Adicionalmente, se considera dentro de esta categoría a las Zonas Reservadas (espacios naturales con aptitud de ser considerados ANP pero que todavía no han sido clasificadas y categorizadas como tales) y a las Áreas de Conservación Privada (ACP).

a) Áreas Naturales Protegidas de administración nacional

Son aquellas áreas bajo la administración directa del SERNANP cuya creación se realiza por Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura. En caso sean áreas de protección de ecosistemas marinos o que incluyan aguas continentales donde sea posible el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos dicho Decreto Supremo también lo refrenda el Ministro de la Producción.

La doctrina nacional conviene en que la forma de constitución por Decreto Supremo y de modificación sólo por Ley favorece a la seguridad jurídica (SOLANO: 2013, 153-154).

La mayoría de ANP del Perú son catalogadas dentro de la categoría competencial de «administración nacional».

b) Áreas de Conservación Regional

Son creadas mediante Decreto Supremo aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura. Estas se establecen sobre áreas que si bien tienen importancia para la conservación de la diversidad biológica no califican para ser declaradas como áreas de nivel nacional por lo cual el interés para su conservación corresponde a un nivel departamental o regional. Los Gobiernos Regionales se encargan de su administración y manejo, bajo orientación técnica del SERNANP. Tales Gobiernos Regionales aprueban sus Planes Maestros, siguiendo los criterios del Plan Director nacional. A la fecha existen seis (6) ACR.

Estas áreas pueden ser incorporadas por el SERNANP al SINANPE cuando se establezca que poseen importancia o trascendencia nacional.

c) Áreas de Conservación Privada

Son áreas de propiedad individual o colectiva con valores para la conservación de la diversidad biológica. El propietario de estas áreas decide imponerle cargas o condiciones de uso para conservar dichos predios a fin de solicitar su reconocimiento como tales al gobierno el cual se lleva a cabo a través de Resolución Ministerial del Ministerio de Agricultura y tiene una duración mínima de 10 años.

En estas áreas, el propietario del predio designa a la persona que ejerce su administración y ello debe ser comunicado por escrito al SERNANP y se compromete a una serie de obligaciones; siendo el incumplimiento de las

mismas causal de pérdida de reconocimiento de su predio como área de conservación privada. Cabe precisar que, el desarrollo de actividades turísticas y recreativas en esta área no implica el pago de retribución económica alguna por el aprovechamiento del paisaje natural como recurso.

2. Categorización de las ANP

A cada Área Natural Protegida se le asigna una categoría que determina su condición legal, finalidad y usos permitidos, contemplando una posibilidad de usos que se clasifica conforme a la siguiente división, establecida en el artículo 21 de la LANP:

— Áreas de Uso Indirecto: Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas para ello. En ellas no se permite la extracción de recursos naturales, ni modificaciones y transformaciones del ambiente natural. (16) Son las ANP más protegidas, y que mantienen condiciones de intangibilidad apreciables.

Son áreas de uso indirecto: (i) Parques Nacionales; (ii) Santuarios Nacionales; y, (iii) Santuarios Históricos.

El artículo 22 de la LANP establece que los *Parques Nacionales* son áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas. Por ejemplo, el Parque Nacional del Manu o el Parque Nacional Pacaya-Samiria.

De otro lado, la misma norma, refiere que los *Santuarios Nacionales* son áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico. Por ejemplo, los Manglares de Tumbes (bosques secos).

Finalmente, los *Santuarios Históricos* son áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país. Por ejemplo, el Santuario Histórico de Machu Picchu.

— Áreas de Uso Directo: Son aquellas zonas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales,

(16) Cfr. Ley N° 26834, literal a) del artículo 21°

en aquellas zonas y lugares y para los recursos definidos por el plan de manejo del área. De existir otros usos o actividades que se desarrollen, estos deberán ser compatibles con los objetivos del área. (17).

Son áreas de uso directo: (i) Reservas Nacionales; (ii) Reservas Paisajísticas; (iii) Refugios de Vida Silvestre; (iv) Reservas Comunales; (v) Bosques de Protección; y, (vi) Cotos de Caza.

El artículo 22 de la LANP define a estas ANP de la siguiente manera: Las *Reservas Paisajísticas* son áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales. Los *Refugios de Vida Silvestre* son áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies.

De otro lado, las *Reservas Nacionales* son áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente. Así también las *Reservas Comunales* son áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedades.

Finalmente, los *Bosques de Protección* son áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área. Y los *Cotos de Caza* son áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva.

Ahora bien, no debe perderse de vista que las ANP son espacios delimitados pero que ocupan una continuidad de espacio geográfico con las zonas que no forman parte de las ANP. Debido a ello, a fin de evitar que se produzcan afectaciones al núcleo de las ANP, el artículo 25 de la LANP establece la

(17) Cfr. Ley N° 26834, literal b) del artículo 21°

necesidad de definir *Zonas de Amortiguamiento* que circunden al núcleo del ANP. Éstas son definidas como aquellas zonas adyacentes a las Áreas Naturales Protegidas del Sistema, que por su naturaleza y ubicación requieren un tratamiento especial para garantizar la conservación del área protegida. El Plan Maestro de cada área define la extensión que corresponda a su respectiva Zona de Amortiguamiento. Finalmente, la norma bajo mención es clara al prescribir que las actividades que se realicen en las Zonas de Amortiguamiento (sobre todo cuando se trate de industrias extractivas) no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines del Área Natural Protegida. Ahora bien, también es preciso tener en cuenta que las Zonas de Amortiguamiento no forman parte del ANP, y por tanto, es posible realizar actividades económicas, pero que no puedan afectar el núcleo del espacio natural protegido ni su extensión. Es por ello que tales Zonas revisten importancia y por ello, como veremos luego, el artículo 116 del Reglamento de la LANP exige necesariamente que el SERNANP intervenga y opine de manera vinculante en cuanto a la compatibilidad de tales actividades económicas con los fines del ANP.

En tal sentido, si bien es cierto es posible realizar actividad económica en las Zonas de Amortiguamiento, dichas actividades deben pasar por una evaluación específica de compatibilidad y opinión técnica favorable por parte del SERNANP, la cual expresa una técnica de coordinación administrativa en cuanto al ejercicio de las competencias administrativas para habilitar a los particulares a desarrollar actividades económicas dentro de éstas áreas adyacentes a la ANP. Ello será materia de análisis más detallado en otra sección del presente trabajo.

3. Zonificación de las Áreas Naturales Protegidas

La zonificación es una herramienta que desarrolla a nivel micro los objetivos y presupuestos de la planificación de las ANP. Para ello, éstas son zonificadas en atención a las características y objetivos de manejo de las Áreas Naturales Protegidas. Es por ello que toda ANP requiere de una Zona de Amortiguamiento y de una zonificación interna, que se aprueba con cada Plan Maestro o en su defecto, puede establecerse en forma provisional.

El artículo 23 de la LANP, establece que, independientemente de la categoría asignada a cada ANP, cada área deberá ser zonificada de acuerdo a sus requerimientos y objetivos, pudiendo tener zonas de protección estricta y acceso limitado, cuando así se requiera.

Así, las Áreas Naturales Protegidas pueden ser zonificadas de acuerdo a las siguientes modalidades:

- Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o

ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica. Esto es típico de Parques Nacionales ubicados en zonas selváticas vírgenes, aun no explotadas o donde haya accedido el hombre moderno, por ejemplo, en el Parque Nacional del Manu o en el Parque Nacional Pacaya-Samiria.

- Zona Silvestre (S): Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados. Nuevamente, es el caso de ANP ubicadas en la selva, donde es posible realizar algunas actividades ecoturísticas.
- Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados. Por ejemplo, es el caso de la Reserva Nacional de Paracas, ubicada en Ica (al sur de Lima), donde se puede realizar actividades turísticas, recreativas e incluso existen instalaciones hoteleras.
- Zona de Aprovechamiento Directo (AD): Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo sólo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al artículo 21 de la LANP.
- Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original. Por ejemplo, esto sucede con las Reservas Comunes, como la de vicuñas en Pampa Galeras (Ayacucho).

- Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza.
- Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales. Por ejemplo, es el caso del Santuario Histórico de Machu Picchu, en Cusco, Perú.

IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

La evolución de la organización administrativa encargada de la protección de las ANP es reciente, y encuentra sus raíces en los años 50 del siglo pasado, cuando empezaron a emitirse Decretos Supremos para la protección de ciertas áreas geográficas a fin de conservar y proteger la flora y la fauna asociada a éstas. SOLANO (2005: 37 y ss.) nos cuenta dicha historia normativa, a partir de la emisión del Decreto Supremo N° 2 del año 1958, y luego con la emisión del Decreto Ley N° 14552 del año 1963, que en rigor fue la primera ley forestal del Perú, y que dispuso la creación del Servicio Forestal y de Caza como organismo público adscrito al Ministerio de Agricultura, encargado de la determinación y preservación de Reservas Forestales, Parques Nacionales y Bosques Nacionales.

Posteriormente, otro hito en la evolución fue la emisión en el año 1975 del Decreto Ley N° 21147, denominado Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el cual estableció las bases de protección de las ANP, las clasificó como bienes del dominio público, y además, continuó con su labor de protección mediante una Dirección especializada del Ministerio de Agricultura. Posteriormente, se constituyó el INFOR – Instituto Nacional Forestal y de Fauna, el cual desde 1980 a 1987 (fecha en que fue desactivado), funcionó como organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Agricultura encargado de la protección de las ANP. Posteriormente, las funciones del INFOR fueron devueltas al Ministerio de Agricultura.

Avanzando en la evolución normativa, tenemos el hito del Código del Medio Ambiente de 1990 (Decreto Legislativo 613), el cual reguló por primera vez a las ANP fuera de la organización forestal y de fauna (artículos 50 a

58). Posteriormente, fueron dos Decretos Leyes los que sentaron las bases de la moderna administración de las áreas naturales protegidas: de un lado, el Decreto Ley N° 25902, Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura (de noviembre de 1992), que dispuso la creación del INRENA – Instituto Nacional de Recursos Naturales, como organismo público encargado de promover el uso racional y la conservación de los recursos naturales con la activa participación del Sector Privado y del público en general. De otro lado, tenemos al Decreto Ley N° 26154 (publicado el 30 de diciembre de 1992), que dispuso la creación del FONANPE – Fondo Nacional para Áreas Naturales Protegidas por el Estado, constituido como un fondo fiduciario intangible destinado a la conservación, protección y manejo de las áreas naturales protegidas por el Estado, constituido con los recursos provenientes de las donaciones de la Cooperación Técnica Internacional destinados a este fin y los recursos complementarios que le sean transferidos por el sector público y privado. Dicho Decreto Ley además, dispuso la creación de una Fundación pública sujeta al derecho privado, denominada como PROFONANPE. El artículo 2 del citado Decreto Ley establece que se trata de una institución de derecho privado sin fines de lucro y de interés público y social que goza de existencia legal y personería jurídica propia con arreglo a las normas de dicho Decreto Ley, y que se rige por sus Estatutos y en forma supletoria por las normas del Código Civil.

Conviene destacar la forma de la organización administrativa creada para las ANP en el Perú a fines del año 1992. De un lado, el Ministerio de Agricultura siempre ha tenido un rol activo en la protección de las ANP, a partir de la legislación de protección del patrimonio forestal, de la flora y de la fauna. Es por ello que bajo su sector, se creó el INRENA, como organismo público descentralizado (categoría peruana similar al de un «organismo autónomo» español) encargada de la administración y gestión de las ANP (ciertamente, con más funciones, puesto que se encargaba, entre otros temas, de recursos hídricos, así como de flora y fauna). Asimismo, conviene tener en cuenta que ya a dicha fecha, el Decreto Supremo N° 010-90-AG (del Ministerio de Agricultura), había dispuesto la creación de un Sistema Administrativo denominado SINANPE (Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas), con la finalidad de aglutinar las diferentes organizaciones administrativas existentes relativas a las diferentes especies de ANP. Es por ello que, en principio, durante los 90, el INRENA se encargó básicamente de aglutinar las competencias relativas a las ANP y a mejorar el desorden administrativo existente. Tuvo que ser la Ley 26834 (LANP) la que vino a poner orden en la organización administrativa, centralizando las competencias en el INRENA, colocándolo en la cúspide del SINANPE, y encargándole las funciones de rectoría de dicho sistema administrativo.

Cabe señalar que dicho SINANPE es un sistema administrativo de suma importancia, ya que fue creado con fines de coordinación entre el INRENA y

las diferentes entidades públicas con competencias transversales que puedan afectar a las ANP (artículos 9, 10 y 11 de la LANP). De tal suerte que la propia LANP estableció que el SINANPE tuviera un Consejo de Coordinación que se reúna tres veces al año, a fin de coordinar, planificar y concertar actividades relativas a las ANP conjuntamente con el INRENA.

Así las cosas, el INRENA constituyó un típico ejemplo de organismo autónomo, encargado de funciones de policía, pero sujeto al régimen de derecho administrativo común (salvo en lo laboral, donde sus funcionarios estuvieron sujetos al régimen laboral privado). Sus funciones eminentemente fueron de dirección y gestión de las ANP a la luz de la Ley de la materia, pero también fueron de coordinación mediante el SINANPE. Cabe indicar que en nuestro país la descentralización administrativa funcional ha hecho mucho éxito, al menos dentro de la Administración General del Estado, bajo la idea de que los servicios administrativos funcionan mejor si es que se constituyen organizaciones personificadas independientes, confiadas a la gestión de cuerpos de funcionarios técnicamente competentes y políticamente imparciales (SANTAMARÍA: 2009, 588, recordando a Maurice HAURIUO, también véase, BAENA DEL ALCÁZAR: 1964).

Asimismo, otra característica interesante del sistema peruano de protección de las ANP es la presencia del PROFONANPE como una fundación privada en mano pública (SANTAMARÍA PASTOR: 2009, 628 y ss.), la cual tiene la peculiaridad de ser un patrimonio destinado a un fin público (la protección y conservación de las ANP) pero gobernada por una organización mixta, un Consejo Directivo integrado por representantes del sector público y privado. Interesa además destacar que dicha Fundación ha sido creada por Ley, y además, que expresamente su norma de creación prescribe que *«El PROFONANPE en la celebración de sus actos y contratos se regirá por la legislación común a las personas de derecho privado no siéndole aplicable a sus actividades las restricciones, limitaciones y prohibiciones establecidas para las entidades conformantes del Sector Público Nacional, así como las normas de similar naturaleza dispuestas por la legislación presupuestal y leyes especiales»*.

Con todo, resulta interesante analizar desde la perspectiva de la organización administrativa a los organismos administrativos encargados de la protección de las ANP, sea desde el sistema administrativo funcional (SINANPE) o los organismos públicos especializados encargados de su administración (INRENA y PROFONANPE).

La organización administrativa vigente.

En el año 2008, en el Perú se creó el Ministerio del Ambiente, a fin de centralizar y reorganizar transversalmente la organización administrativa dispersa (organizada de forma sectorial) en materia de protección, defensa,

conservación y fomento del medio ambiente. Esto implicó no solamente la creación de dicho Ministerio, sino también la creación de un esquema novedoso de instituciones públicas adscritas a dicho Ministerio, bajo la modalidad de organismos autónomos descentralizados funcionalmente, pero con una estructura más cercana a las modernas «Agencias estatales» españolas.

Así, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, que creó el Ministerio del Ambiente, dispuso la creación del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal adscrito al Ministerio del Ambiente. Dicha norma le otorgó el carácter de ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), constituyéndolo como su autoridad técnico-normativa. Cabe indicar además que dicha norma, fusionó la antigua «Intendencia Nacional de Áreas Naturales Protegidas» del INRENA, absorbiendo sus funciones bajo la modalidad de un Servicio Especializado (agencia estatal). El Decreto Legislativo 1013, en adición a las funciones de la LANP, le atribuyó las siguientes funciones:

a) Dirigir el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y asegurar su funcionamiento como sistema unitario.

b) Aprobar las normas y establecer los criterios técnicos y administrativos, así como los procedimientos para el establecimiento y gestión de las Áreas Naturales Protegidas.

c) Orientar y apoyar la gestión de las áreas naturales protegidas cuya administración está a cargo de los gobiernos regionales y locales y los propietarios de predios reconocidos como áreas de conservación privada.

d) Establecer los mecanismos de fiscalización y control y las infracciones y sanciones administrativas correspondientes; y ejercer la potestad sancionadora en los casos de incumplimiento, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto.

e) Asegurar la coordinación interinstitucional entre las entidades del gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión de las áreas naturales protegidas.

f) Emitir opinión previa vinculante a la autorización de actividades orientadas al aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructura en el caso de las áreas naturales protegidas de administración nacional.

g) Emitir opinión sobre los proyectos normativos referidos a instrumentos de gestión ambiental, considerando las necesidades y objetivos de las áreas naturales protegidas.

En la actualidad entonces, el SERNANP gestiona las áreas protegidas a nivel nacional (18), y gestiona la calidad de ente rector del SINANPE. Téngase en cuenta además que el PROFONANPE sigue existiendo, y no fue afectado por la reforma del sector ambiente.

Conviene tener en cuenta además el Decreto Legislativo N° 1079, norma que reforzó las competencias de SERNANP, precisando que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través de la institución antes referida.

El SERNANP, cuenta con un Consejo Directivo, que si bien está presidido por el Jefe del SERNANP, se encuentra conformado por cuatro miembros más designados en base a sus calificaciones profesionales y reconocida trayectoria. Cuenta con personalidad de derecho público, presupuesto propio y ejerce sus potestades públicas con arreglo al derecho administrativo.

Asimismo, a un nivel más concreto, conviene tener en cuenta que cada Área Natural Protegida cuenta con un Jefe quien es la máxima autoridad en el ámbito de su jurisdicción y es responsable de dirigir y supervisar la gestión del área protegida y cuenta con el apoyo de un equipo profesional, personal administrativo y guardaparques, dedicados a cumplir los objetivos de conservación establecidos en los documentos de planificación de la ANP.

Finalmente, es preciso tener en cuenta las funciones específicas de coordinación de la unidad y protección del Sistema de las ANP que posee el SERNANP. La técnica administrativa de la coordinación, busca asegurar la coherencia entre la diversidad de organizaciones administrativas con competencias compartidas en el ámbito de lo público (SÁNCHEZ MORÓN: 1992; DE LA MORENA). Es por ello que la función coordinadora de SERNANP es sumamente importante, especialmente a la luz de estas funciones específicas previstas en su norma de creación:

- Asegurar la coordinación interinstitucional entre las entidades del gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión de las áreas naturales protegidas.
- Emitir opinión previa vinculante a la autorización de actividades orientadas al aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de

(18) Como ya hemos indicado, en el año 2008 se aprobó mediante Decreto Legislativo N° 1013 la fusión del INRENA con el SERNANP adscrito al Ministerio del Ambiente. Asimismo, a través del Decreto Supremo N° 030-2008-AG, se aprobó la fusión del INRENA con el Ministerio de Agricultura. Concluidos ambos procesos de fusión, el INRENA se extinguió, conforme se puede apreciar en lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 030-2008-AG.

infraestructura en el caso de las áreas naturales protegidas de administración nacional.

- Emitir opinión sobre los proyectos normativos referidos a instrumentos de gestión ambiental, considerando las necesidades y objetivos de las áreas naturales protegidas.

De todas las funciones reseñadas interesa especialmente la última, prevista y desarrollada en el artículo 116 del Reglamento de la LANP y el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, las cuales prevén la necesidad de que el SERNANP opine previamente en forma vinculante, antes del otorgamiento de la autorización de actividades dirigidas al aprovechamiento de recursos naturales o habilitación de infraestructura sobre ANP de administración nacional.

A nuestro criterio, dicha emisión de opinión vinculante constituye una técnica administrativa dirigida a salvaguardar la integridad del SINANPE y de las propias ANP, y expresa la existencia de competencias compartidas para el otorgamiento de autorizaciones para realizar actividades extractivas o constructivas sobre ciertas zonas de las ANP. Como veremos más adelante, dicha técnica de la opinión vinculante, constituye un mecanismo de protección de las ANP de primer orden frente a las industrias extractivas o a posibles excesos que permitan la destrucción o la afectación de las ANP.

V. BREVE EXCURSO SOBRE LAS MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA GESTIÓN DE ANP

Conforme a lo establecido en el artículo 17° de la LANP, el Estado reconoce y promueve la participación privada en la gestión de las Áreas Naturales Protegidas para lo cual se podrá suscribir u otorgar, sea por el SERNANP o por las autoridades competentes a nivel nacional, regional o municipal, según convenga: (i) Contratos de Administración del área; (ii) Concesiones para la presentación de servicios económicos dentro del área; (iii) Contratos para el aprovechamiento de recursos del sector; (iv) Convenios para la ejecución de proyectos o programas de investigación y/o conservación; (v) Autorizaciones y permisos para el desarrollo de actividades menores; y/u (vi) Otras modalidades que se establezcan por la legislación.

Contratos de Administración.

En virtud de este contrato el ejecutor asume las funciones de manejo y administración de la ANP, mientras que el Jefe de la ANP conserva a su cargo las funciones de control y supervisión. Se entiende entonces que no hay una «privatización» de la ANP, sino únicamente una cesión de la gestión operativa de la ANP a un sujeto privado bajo la supervisión de la autoridad administrativa (WIELAND: 2017, 145). El SERNANP es la autoridad competente para otorgar

y supervisar los contratos de administración en representación del Estado en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, así como aprobar sus modificaciones o su resolución.

Los contratos de administración contienen cláusulas que impiden la cesión de posición contractual o la novación y se otorgan por un mínimo de cinco y un máximo de veinte años contados a partir de la fecha de suscripción. La ejecución de estos contratos se analizara de manera integral cada 5 años o cada vez que el Plan Maestro sea revisado o reformulado.

Cabe precisar que no son objeto de Contratos de Administración las Áreas Naturales Protegidas que hayan sido declaradas por la UNESCO, como Sitios de Patrimonio Mundial.

De manera muy acotada, es posible suscribir Concesiones para el uso turístico de las ANP. De hecho, la LANP las permite. Sin embargo, el énfasis en nuestro país ha sido emplear los Contratos de Administración. (Una profundización sobre las modalidades distintas de aprovechamiento en SOLANO y otros: 2011).

VI. LA NECESARIA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE LAS ENTIDADES CON COMPETENCIAS RESPECTO AL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN ANP: LA TÉCNICA DE LOS INFORMES VINCULANTES DE SERNANP EN LA LEGISLACIÓN PERUANA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA INTANGIBILIDAD Y DE LAS FINALIDADES DE LAS ANP

Ahora bien, con respecto al régimen de las ANP en el Perú, es importante enfatizar un aspecto específico de su protección, que funciona de forma preventiva y estrechamente vinculado con la función coordinadora: nos referimos a la facultad de SERNANP de emitir opiniones técnicas vinculantes con carácter previo a la realización de actividades extractivas o de construcción de infraestructura en las ANP, las ACR o en sus Zonas de Amortiguamiento.

Ciertamente, más allá de la potestad sancionadora, creemos que la auténtica función protectora de las ANP por parte del SERNANP se ejerce mediante esta técnica de las opiniones técnicas vinculantes que entendemos (junto a CIERCO: 2017, 1644-1645) asociada a la coordinación administrativa entre entidades que tienen competencias distintas (de un lado las autoridades sectoriales habilitantes para realizar actividades sobre recursos naturales y habilitación de infraestructura y de otro el SERNANP). La asociamos a la coordinación administrativa puesto que su contenido muestra la necesidad que tienen los organismos públicos que otorgan títulos habilitantes en materia de industrias extractivas (minería, hidrocarburos, electricidad, etc.) así como en materia

de infraestructuras, de recabar esta suerte de «aprobación» (manifestada por medio de una «opinión técnica vinculante») por parte del SERNANP antes de pretender realizar cualquier tipo de actividad al interior de las ANP, ACR o sus Zonas de Amortiguamiento. Esto es así porque el legislador ha querido que ambas instituciones coordinen antes de ejercer sus respectivas competencias en salvaguarda del alto interés público existente en la protección de las ANP. En buena cuenta, gracias al marco normativo que se analizará, tales autoridades sectoriales deben coordinar previamente con SERNANP para que ésta les brinde su conformidad previa y vinculante, antes del otorgamiento de cualquier título habilitante (19) para realizar actividades extractivas o habilitación de infraestructura.

Ciertamente, este rol de SERNANP nos parece de suma importancia a fin de proteger a las ANP de una tendencia extractivista de las autoridades sectoriales, que en varias ocasiones han conferido autorizaciones, concesiones o títulos habilitantes sin contar con dicha opinión técnica favorable de SERNANP, lo cual ha devenido en el otorgamiento de derechos manifiestamente incompatibles con las finalidades de protección de las ANP.

Debido a ello, tanto las disposiciones de la LANP, el Decreto Legislativo 1079 y el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, han establecido la obligatoriedad de contar con una opinión técnica previa vinculante del SERNANP tanto para el otorgamiento de títulos habilitantes como para la habilitación de infraestructura al interior de las ANP. Recuérdese que básicamente la necesidad de la opinión se da para las ANP de uso directo (puesto que en las de uso indirecto las actividades económicas extractivas son incompatibles con la finalidad de protección) y para las Zonas de Amortiguamiento.

Ahora bien, con respecto al aprovechamiento de recursos naturales dentro de Áreas Naturales Protegidas, resulta esencial tomar en cuenta que la LANP prescribe que dicho aprovechamiento en primer lugar, está asociado a la necesidad de la obtención de una autorización o habilitación de la autoridad sectorial competente para realizar la actividad extractiva o de explotación de recursos naturales. Pero dicha autorización sólo será otorgada si resulta compatible con la categoría de área protegida, la zonificación asignada a la misma y el Plan Maestro aplicables a dicho espacio protegido. Tal y como lo establece el artículo 27° de la LANP, en donde se señala que:

(19) En Perú, últimamente ha hecho suerte el uso de la expresión «título habilitante» para hacer una referencia genérica a las autorizaciones, permisos, licencias y concesiones para realizar actividades de interés general o de servicio público. Sobre el tema véase ARROYO JIMÉNEZ (2004), mientras que una fundada crítica al empleo del término la tenemos en LAGUNA DE PAZ (2006: 34).

«Artículo 27.– El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área».

Dicha norma concuerda necesariamente con lo dispuesto en el artículo 28 de la misma LANP (20), así como lo previsto en el artículo 13° de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de recursos naturales (21) y el artículo 22° de la Ley N° 26839 (22), Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, pues ambos establecen disposiciones similares sobre este punto en búsqueda de un aprovechamiento sostenible que sea compatible con la categoría y zonificación asignada a cada ANP.

Del mismo modo, corresponde tomar en cuenta lo establecido en el artículo 115 del Reglamento de la LANP a través del cual se precisa que el aprovechamiento de recursos naturales no renovables se encuentra permitido únicamente cuando el Plan Maestro aprobado así lo contemple, estando el mismo sujeto a normas de protección ambiental y a limitaciones y restricciones previstas en los objetivos del ANP, su zonificación y categorización, así como los criterios que puedan establecerse mediante Resolución Jefatural del SERNANP.

Finalmente, las normas antes señaladas concuerdan con lo establecido en el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, norma que establece la necesidad de que cualquier autoridad (nacional, regional o local), antes de otorgar derechos que habiliten al aprovechamiento de recursos naturales o de habilitación

(20) Ley 26834. Artículo 28.– Las solicitudes para aprovechar recursos naturales al interior de las Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regionales, se tramitarán ante la autoridad sectorial competente y sólo podrán ser resueltas favorablemente si se cumplen las condiciones del artículo anterior. La autorización otorgada requiere la opinión previa favorable de la autoridad del SINANPE.

(21) Ley 26821. Artículo 13.– Las leyes especiales que regulen el aprovechamiento sostenible de recursos naturales precisarán el sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dichos recursos e incorporarán mecanismos de coordinación con los otros sectores a fin de evitar que el otorgamiento de derechos genere conflictos por superposición o incompatibilidad de los derechos otorgados o degradación de los recursos naturales.

La ley especial determina el Sector competente para el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento sostenible, en el caso de recursos naturales con varios usos. Los sectores involucrados en su gestión deberán emitir opinión previa a la decisión final del sector correspondiente.

(22) Ley 26839. Artículo 22.– El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas, y cualquier otra actividad que se realice dentro de las mismas, sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría y la zonificación asignada, así como con los planes de manejo del área. Estas actividades no deben poner en riesgo el cumplimiento de los fines y objetivos primarios para los cuales se estableció el área.

de infraestructura dentro de la ANP, recabe la opinión técnica previa vinculante de SERNANP. Inclusive, esta norma es radical cuando señala que si se otorga un título habilitante sin contar con la mencionada opinión técnica previa vinculante, dicho derecho será nulo de pleno derecho (artículo 2).

1. La opinión técnica vinculante de SERNANP como técnica jurídica de coordinación para la protección de las ANP

Ahora bien, la técnica empleada por las normas antes descritas, se consolida en los textos de los artículos 116 del Reglamento de la LANP y el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM. Conforme a estas disposiciones, SERNANP debe emitir una opinión técnica previa vinculante para que se puedan realizar actividades dirigidas al aprovechamiento de recursos naturales y/o habilitación de infraestructura al interior de una ANP de administración nacional, ACR o sus respectivas Zonas de Amortiguamiento. Dichas «opiniones» se contraen a dos momentos: (i) la opinión de Compatibilidad que consiste en la evaluación de la posibilidad de concurrencia de una actividad con relación al ANP, su categoría, zonificación, Plan Maestro y sus objetivos de creación. Dicha compatibilidad se otorga con carácter previo al otorgamiento de derechos o títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales y/o habilitación de infraestructura en las ANP, ACR o sus Zonas de Amortiguamiento; y, (ii) la denominada «Opinión Técnica Previa Favorable» («OTF») que se otorga en dos momentos: (a) antes de la elaboración de los Términos de Referencia para la elaboración de un Instrumento de Gestión Ambiental de una actividad, obra o proyecto que se realizará dentro de una ANP, y (b) durante la evaluación del contenido del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente a dicha actividad, obra o proyecto que se realizará dentro de una ANP a fin de determinar su viabilidad ambiental con respecto a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión de la ANP, ACR o su Zona de Amortiguamiento.

Así, el artículo 116 en su primera parte (debidamente concordada con el Decreto Supremo 004-2010-MINAM) regula lo que se conoce como «emisión de Compatibilidad». Dicha Compatibilidad debe ser solicitada a SERNANP por la entidad sectorial competente que pretenda otorgar los derechos dirigidos al aprovechamiento de recursos naturales y/o habilitación de infraestructura dentro de una ANP, ACR o su Zona de Amortiguamiento. Esta opinión de Compatibilidad es definida como una «Opinión Técnica Previa Vinculante» y deberá ser otorgada por el SERNANP antes del otorgamiento del título habilitante sectorial para aprovechamiento de recursos naturales y/o habilitación de infraestructura.

De otro lado, el artículo 116 del Reglamento de la LANP establece que el SERNANP también debe pronunciarse en dos momentos posteriores, que son:

(i) la opinión técnica favorable a los términos de referencia del instrumento de gestión ambiental, (ii) la opinión técnica favorable al instrumento de gestión ambiental, según se detalla a continuación:

- (i) Opinión Técnica respecto a los Términos de Referencia: Es aquella opinión técnica vinculante que se emite sobre los términos de referencia del estudio de impacto ambiental, antes de la aprobación del mismo. Ello, en virtud a lo establecido en el artículo 44 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo No.019-2009-MINAM.
- (ii) Opinión Técnica Previa Favorable: Es aquella opinión técnica vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o su Zona de Amortiguamiento, o de un área de conservación regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión de la ANP (QUEIROLO NICOLINI, 2015).

En doctrina nacional se discute sobre el carácter de dicha opinión técnica previa vinculante regulada por el artículo 116 del Reglamento de la LANP (SOLANO: 2013; MONTEFERRI: 2008; SALAZAR NIÑO: 2010). Un sector de la práctica administrativa ha entendido que la opinión es un «acto de administración» puesto que contiene una opinión producto de la función consultiva y que no es un «acto decisorio». Algún sector de la doctrina ha puesto énfasis en el concepto de «opinión» dándole un contenido de mero informe preparatorio de la voluntad administrativa definitiva a las opiniones de SERNANP. Sin embargo, como indica acertadamente CIERCO, cuando se habla de un informe u opinión vinculante, hablamos de algo distinto al mero informe consultivo, hablamos en realidad de una «especie rara», de un concepto jurídico distinto (CIERCO: 2002, 233-279; 2017: 1656; también, GONZÁLEZ NAVARRO: 1997: 804).

Ciertamente, estamos frente a una declaración de voluntad de juicio pero dotada de fuerza vinculante o decisoria con respecto a una parte o porción del procedimiento administrativo dentro de la cual se produce. El informe u opinión vinculante resulta entonces teniendo una fuerza decisoria que incide en la competencia del órgano decisor, de manera tal que el autor del informe (que es emitido de modo previo a la emisión del acto administrativo definitivo) resulta compartiendo la competencia decisoria con el emisor del acto administrativo definitivo (CIERCO: 2017, 1657). De otro lado, dado que la figura del Informe vinculante no tiene autonomía propia en la regulación normativa del procedimiento, el alcance de su fuerza vinculante puede revestir diferentes modalidades (CIERCO: 2017, 1658-1659).

Por ejemplo, el alcance de la Compatibilidad está limitado a dar una opinión sobre la factibilidad del desarrollo de una actividad futura (sea extractiva de recursos naturales o de habilitación de infraestructura) con los instrumentos de planificación y objetivos del ANP, ACR o su Zona de Amortiguamiento. Básicamente, dicha compatibilidad se genera como un «subprocedimiento» dentro de la tramitación del título habilitante sectorial. Por ejemplo, en el sector eléctrico, cuando se solicita una concesión temporal ante el Ministerio de Energía y Minas, la Dirección General de Electricidad (órgano competente para instruir y tramitar los procedimientos de otorgamiento de concesiones eléctricas temporales y definitivas) se encarga de solicitar la opinión de Compatibilidad ante el SERNANP como un subtrámite dentro del procedimiento de otorgamiento de concesión. Si el SERNANP otorga la compatibilidad, el trámite de la concesión sigue su camino sin problemas. Sin embargo, si el SERNANP niega dicha compatibilidad, el carácter vinculante de dicha negativa implica que la autoridad sectorial deberá denegar el otorgamiento del título habilitante solicitado, al margen de que el solicitante haya cumplido con los alcances de la normativa sectorial, puesto que al evaluarse la compatibilidad futura de la actividad a ser desarrollada, ésta no calza con los objetivos de planificación y protección de la ANP. De tal suerte que ésta opinión negativa, al tener fuerza vinculante, impide el trámite del título habilitante, procedimiento que debe ser rechazado al margen de que el interesado haya cumplido con todos los requisitos de la legislación eléctrica.

De otro lado, en cuanto a la OTF a ser emitida respecto a los Términos de Referencia de los Instrumentos de Gestión Ambiental («IGA») y al contenido de los IGA correspondientes, también resulta ser vinculante, en el sentido que si el SERNANP estima que el instrumento de gestión ambiental no garantiza medidas de prevención y mitigación de posibles daños al ANP, ACR o su Zona de Amortiguamiento, emitirá una opinión negativa que llevará a que la autoridad ambiental competente deniegue la aprobación de los TDR del IGA o del IGA mismo (WIELAND: 2017, 143).

De esta manera, tanto la Compatibilidad como la OTF tienen un efecto vinculante específico, en cuanto al desarrollo de la actividad, el cual, con CIERCO (2017: 1659). Si la opinión es favorable entonces continúa el procedimiento «principal» de otorgamiento de título habilitante o de aprobación de los TDR o del IGA. Si la opinión en cambio, es desfavorable, impide el trámite «principal», el cual tendrá que ser denegatorio debido a que no se podrá continuar con el mismo.

Ello lleva a preocuparse por la naturaleza jurídica de la opinión vinculante, cuestión que ciertamente no es de «paja» o menor, como lo indica CIERCO (2017: 1658). Lo que es claro es que en las opiniones de SERNANP reguladas por el artículo 116 del RLANP y el Decreto Supremo 004-2010-MINAM no

son informes ilustrativos o producto de una mera función «consultiva». Tales opiniones no son pues meros actos administrativos de trámite no decisorios (es decir, meros juicios ilustrativos), sino que son actos administrativos que, en caso ser negativos o desfavorables, impiden continuar con el procedimiento «principal», puesto que generan un efecto negativo sobre la decisión final del mismo.

¿Estamos entonces en el caso de la compatibilidad y de la OTF frente a actos administrativos parcialmente definitivos o por el contrario frente a actos de trámite cualificados (puesto que impiden continuar con el procedimiento «principal»)¿ ¿O se trata en realidad de un «acto complejo» puesto que ambas «voluntades» comparten la decisión del asunto?

En la primera «tesis» partiríamos de entender que estamos frente a dos actos administrativos que deben ser diferenciados: de un lado, la compatibilidad u OTF como opinión vinculante, y de otro lado, el pronunciamiento de la autoridad administrativa respecto del título habilitante o de los TDR y el IGA respectivo. El primero sería un acto parcialmente definitivo, mientras que el segundo sería recién el acto definitivo que cierra el procedimiento «principal».

En cuanto a la segunda tesis, CIERCO (2017) sostiene que en caso de opiniones vinculantes emitidas dentro de un procedimiento distinto al de la opinión se está frente a un acto complejo (que expresa la reunión de dos voluntades, la de SERNANP y de la otra autoridad administrativa: que otorga el título habilitante o que aprueba los TDR o el IGA). Apoyar la tesis del acto complejo implicaría que ambos actos son parte de un mismo procedimiento o que ambos actos conjuntamente son parte de una misma decisión.

Nuestra legislación nada dice al respecto, y tampoco el TUO de la LPAG ayuda mucho para determinar si adoptamos una u otra solución.

Por tanto, sostenemos que habría dos caminos, no excluyentes frente a dicha tesitura:

- (i) En caso se opte por la tesis de la autonomía de los actos, puede sostenerse válidamente la impugnabilidad autónoma de la compatibilidad y del OTF en caso sean desfavorables para la realización de la actividad o los TDR y el IGA, entendiendo que se trata de actos de trámite que impiden continuar el procedimiento principal (a la luz del artículo 215.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – TUO de la LPAG), ante el propio SERNANP. Ahora bien, esta solución ha sido planteada en algunos casos y acogida por SERNANP. Sin embargo, tiene problemas operativos para ser realizada: normalmente SERNANP no notifica sus opiniones a los administrados sino que las envía a las autoridades que le pidieron su opinión. Asimismo, hay un escollo dogmático: los Informes, al ser actos de trámite, normalmente no son impugnables en forma autónoma. Sin embargo, ya hemos dicho que las opiniones vinculantes no son meros

informes ilustrativos, sino que son otra cosa (CIERCO: 2017, 1661-1662). Y por ende, podrían ser considerados sea actos parcialmente definitivos o actos de trámite cualificados.

En todo caso, esta opción no excluye la posibilidad de impugnar posteriormente el acto «definitivo» de la autoridad sectorial, lo cual generaría ciertamente un estado de incertidumbre, porque potencialmente podrían abrirse dos «vías administrativas paralelas» de cara a una futura impugnación en la vía del proceso contencioso-administrativo.

- (ii) En caso se opte por la tesis del «acto complejo», habría que esperar a que se emita la resolución definitiva del procedimiento «principal» (sea la denegatoria del título habilitante o de la aprobación del IGA) para poder «impugnar» el acto en base al cuestionamiento de la negativa por parte de SERNANP. El problema de esto es ¿cómo la autoridad administrativa del expediente «principal» puede resolver sobre lo dicho por el SERNANP? Una solución a ello ha sido efectuada por el Servicio Nacional de Certificación y Evaluación Ambiental – SENACE que, en el marco del procedimiento de aprobación de la Certificación Ambiental Global (creado por la Ley 30327), tramita un procedimiento de apelación único contra opiniones desfavorables de las entidades que integran sus procedimientos dentro de dicha certificación ambiental global, resolviéndolas pero «escuchando» previamente a la autoridad cuestionada, la cual puede emitir su parecer antes de resolver el trámite de la apelación, el cual debe ser meritudo y valorado por el SENACE al momento de resolver (23). Ciertamente, esta es una solución ya empleada en España (bajo la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, como explican CIERCO: 2017, 1662 y BASSOLS COMA: 2003, 477-495) y que sería la solución más coherente para la impugnación de las opiniones vinculantes bajo el sistema del SERNANP. Sin embargo, la falta de solución normativa en el Reglamento de la LANP deja una sensación de vacío que lamentablemente no tiene una solución unívoca si aplicamos el régimen del procedimiento administrativo general.

Con todo, este tema es sumamente interesante, pero debe dejarse en claro algo: la función coordinadora de SERNANP es sumamente importante para la protección y conservación de las ANP en un entorno de favorecimiento a las industrias extractivas. Por ende, no es baladí ocuparse de un tema sumamente importante como es la naturaleza jurídica de estas «opiniones vinculantes», su impugnabilidad y su encuadre dentro de la teoría general del acto y el

(23) Solución anotada ya por QUEIROLO NICOLINI (2017).

procedimiento administrativo. Pero eso lo dejamos a ulteriores reflexiones sobre la materia.

VII. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2004): Libre empresa y títulos habilitantes. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. XVIII + 603 pp.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano (1964): «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central», en *Revista de Administración Pública*, N° 44, mayo-agosto 1964, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Páginas 59-119.
- BASSOLS COMA, Martín (2003): «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integradas», en MONTORO CHINER, María Jesús (Coordinadora): *La Justicia Administrativa*, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, Barcelona, Atelier, pp. 477-495.
- CIERCO SEIRA, César (2002): «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», en esta REVISTA, N° 21, Zaragoza, Instituto Aragonés de Administración Pública, pp. 233-279.
- (2017): Los Informes, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1639-1681.
- DANOS, Jorge (2018): «El régimen de las Áreas Naturales Protegidas en el Perú», ponencia inédita presentada para publicación en el *Libro sobre Áreas Naturales Protegidas de la Red Internacional de Bienes Públicos*, Texto promanuscrito, 22 páginas.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1997): *Derecho Administrativo Español*, Tomo III. El acto y el procedimiento administrativos, Navarra, EUNSA, 1333 pp.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo (2017): *Bienes de Dominio Público y su régimen de propiedad*, Lima, Editorial Rodhas, 470 pp.
- HUAPAYA, Ramón (2015): «El régimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (Una visión desde el derecho administrativo de los bienes públicos)», en LÓPEZ-RAMÓN, Fernando y Orlando VIGNOLO CUEVA (Coordinadores): *El Dominio Público en Europa y América Latina*, Lima, Red Internacional de Bienes Públicos – Círculo de Derecho Administrativo, pp. 395-417.
- HUAPAYA, Ramón (2017): «Las técnicas administrativas de protección del patrimonio cultural arqueológico en el ordenamiento jurídico peruano», en LÓPEZ-RAMÓN, Fernando (Coordinador): *El Patrimonio Cultural en Europa*

- y *Latinoamérica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 379-402.
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto (1999): «Régimen de la propiedad estatal en nuestro sistema jurídico nacional», en *Revista Themis*, N° 39, Lima, Asociación Themis, pp. 205-212.
- (2014): *Comentarios a la Ley y al Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 647 pp.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006): *La autorización administrativa*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 378 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1980): *La conservación de la naturaleza: Los Espacios Naturales Protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 436 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2011): «Teoría jurídica de las cosas públicas», en *Revista de Administración Pública*, N° 186, septiembre-diciembre 2011, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 9-51.
- (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 317 pp.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Francisco (2000): «¿Qué es el Dominio Público?», en *Revista Themis*, N° 40, Lima, Asociación Themis, pp. 263-276.
- MEJORADA, Martín (2008): «Defensa de Bienes en Áreas Naturales Protegidas», en *Revista Derecho y Sociedad*, N° 30, Lima, Asociación Civil Derecho & Sociedad, pp. 257-271.
- MONTEFERRI SILES, Bruno (2008): Áreas Naturales Protegidas: los efectos jurídicos de su establecimiento sobre predios de propiedad privada, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Lima, Círculo de Derecho Administrativo, pp. 338-361.
- PIMIENTO, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes públicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 770 pp.
- QUEIROLO-NICOLINI, Flavia (2015): «Informe Escrito de Expediente Único para obtener la titulación de Abogada. Expediente sobre otorgamiento de derecho minero “Angella 12”», PUCP, Facultad de Derecho. Cito por versión pro-manuscrito, 32 pp.
- (2017): «¿Y, ahora, cuándo podré defenderme? La problemática en torno a la opinión del SERNANP en el marco de la formulación de petitorios mineros», en Blog «Naturaleza Jurídica». Entrada de fecha 17 de enero de 2017. Web consultada el 13 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2017/01/17/y-ahora-cuando-podre-defenderme-la-problematica-en-torno-a-la-opinion-del-sernanp-en-el-marco-de-la-formulacion-de-petitorios-mineros/>

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1992): «La coordinación administrativa como concepto jurídico», en *Revista Documentación Administrativa*, N° 230-231, abril-septiembre 1992, IV. Administración y Constitución: El principio de coordinación, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 11-30.
- SALAZAR NIÑO, Elvis (2010): «Áreas Naturales Protegidas y Procedimiento Ordinario Minero: De la Oportunidad para la Evaluación de Compatibilidad y la Delgada Cuerda entre la Opinión Vinculante y el Acto Administrativo», en *Revista Derecho y Sociedad*, N° 35, Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, pp. 30-35.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General*, Segunda edición, Tomo I, Madrid, Iustel, 742 pp.
- SOLANO, Pedro (2005): *La esperanza es verde. Áreas Naturales Protegidas en el Perú*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 292 pp.
- SOLANO, Pedro y otros (2011): *Manual de Instrumentos Legales para la Conservación Privada en el Perú*, cuarta edición, Lima, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 326 pp.
- SOLANO, Pedro (2013): «Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú», en *Revista Derecho PUCP*, N° 70, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, pp. 143-164.
- VÁSQUEZ REBAZA, Walter (2008): «Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A propósito de sus definiciones en la nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento», en *Revista Derecho y Sociedad*, N° 30, Lima, Asociación Civil Derecho & Sociedad, pp. 272-283.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1988): «El dominio eminente y su aplicación en materia de minas», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N° 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 87-110.
- WIELAND, Patrick (2017): *Introducción al Derecho Ambiental*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 203 pp.

LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS FORESTALES EN EL PERÚ

VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA FORESTAL EN EL PERÚ.– II. LOS RECURSOS FORESTALES COMO PARTE DEL CONCEPTO JURÍDICO DE AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.– III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE: LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.– IV. TÍTULOS HABILITANTES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS FORESTALES.– V. PLANES DE MANEJO: GENERAL Y OPERATIVO.– VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este artículo provee una visión panorámica de las políticas públicas para solucionar la problemática forestal en el Perú. De otro lado, analiza los fundamentos constitucionales de la protección del ambiente y sus recursos forestales. Por último, explica los títulos habilitantes y los planes de manejo ambiental que son requeridos por la legislación forestal.

Palabras clave: recursos forestales; ley forestal; ambiente; títulos habilitantes; plan de manejo; instrumentos de gestión ambiental; fiscalización.

Abstract: The following article provides an overview of the environmental policies in Peru in order to solve the central issues of forestry management. Furthermore, it explains the constitutional basis for the protection of the environment and its forest resources. According to the forest regulations, this paper also describes the classes of forest concessions and the environmental management plans (environmental licensing) that are required.

Key words: forest resources; forestry law; forestry regulation; environment; environmental protection; forest concessions; management plans; management environmental instruments.

I. PROBLEMÁTICA FORESTAL EN EL PERÚ

Los bosques son ecosistemas arbóreos complejos que integran factores biológicos y bioclimáticos que permiten el desarrollo de numerosas formas de vida y proveen bienes y servicios necesarios para la vida y el desarrollo de

las civilizaciones (1). En el caso peruano, la superficie forestal representa más de la mitad del territorio nacional (2).

En ese sentido, tenemos que la mayor extensión del territorio nacional representa un espacio en el que se desarrollan y proveen gran cantidad de especies y servicios ambientales para la vida de la población peruana y del mundo, por lo que corresponden puntualizar los problemas por los que atraviesan nuestros bosques.

El Plan Nacional de Acción Ambiental, la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y la Política Nacional Agraria han identificado los problemas principales que enfrentan los recursos forestales y se han planteado medidas concretas para solucionarlos en pro de una protección de los bosques y el manejo sostenible de los mismos; siendo los más resaltantes la mala gestión de los recursos forestales —mal uso y aprovechamiento de los recursos forestales—, la deforestación y degradación ambiental —por factores como el cambio climático, por ejemplo (3).

A pesar de que la mayor parte de la extensión del territorio peruano está cubierta por bosques, la actividad forestal no contribuye en forma significativa a la economía del país, dado que esta logra alcanzar sólo el 1.1% del PBI nacional. Tenemos que, al 2014, se identifican 16.8 millones de hectáreas de bosques de producción permanente, que pueden ser destinadas a la producción forestal mediante concesiones. De esta extensión, la superficie de concesiones operativas bajo planes de manejo llega a 4,3 millones de hectáreas y las comunidades nativas poseen cerca de 13 millones de hectáreas de bosques bajo dominio, de las cuales una parte es aprovechada comercialmente junto con inversionistas privados empresarios, y son la segunda fuente más importante de producción de maderas amazónicas, después de las concesiones (4).

(1) Plan Nacional de Acción Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2011-MINAM del 9 de julio del 2011.

(2) Política Nacional Agraria, aprobada por Decreto Supremo N° 002-2016-MINAGRI del 18 de marzo del 2016.

(3) PÉREZ VILLACORTA, Rosario del Pilar. 2014. *Estructura de las redes de corrupción en el proceso de extracción y comercialización de madera extraída de concesiones forestales otorgadas en la provincia de Coronel Portillo, región Ucayali, entre los años 2008 y 2011*. Tesis para optar el Grado de Magister en Ciencia Política y Gobierno Mención en Políticas Públicas y Gestión Pública. Lima: PUCP, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5633/PEREZ_VILLACORTA_ROSARIO_DEL_PILAR_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1 Fecha de consulta: 23 de enero de 2018.

(4) Política Nacional Agraria, aprobada por Decreto Supremo N° 002-2016-MINAGRI del 18 de marzo del 2016.

Sin embargo, en el contexto de uso de los recursos forestales dentro del territorio peruano, existen usos negativos que coadyuvan a que estos recursos sufran impactos ambientales negativos, tales como (5):

- El cambio de uso del suelo, como consecuencia de la tala y quema de los bosques. Esto debido principalmente a la agricultura migratoria desde los Andes, lo cual genera un promedio de cincuenta y siete (57) millones de toneladas de CO₂.
- La quema de la cubierta vegetal natural de los bosques, lo cual una cantidad importante de emisiones de gases de efecto invernadero.
- El escaso fomento de los cultivos forestales en las tierras degradadas y de aptitud forestal, lo cual causa una falta de compensación de la extensión del talado de bosques y no permite el potenciamiento de sumideros de carbono ni el incremento del stock de carbono forestal.
- La minería de oro ilegal u otros cultivos ilegales, como la hoja de coca.
- El limitado conocimiento del valor de los bosques como ecosistema que brinda bienes y servicios ambientales, debido a la inadecuada educación en la población en conciencia ambiental y forestal.

En el mismo sentido y partiendo de las mismas causas, el territorio peruano es víctima de una creciente deforestación, especialmente la pérdida de bosque primario, por diversas actividades humanas tales como la agricultura migratoria que parte de un mal uso del territorio, los procesos extractivos de recursos naturales informales como la expansión del cultivo ilegal de coca en espacios de selva alta, entre otros.

De esta manera, una mala gestión forestal en cuanto al uso de suelos y, considerando que esta promueve la deforestación forestal, trae como consecuencia la degradación forestal, que es uno de los factores más trascendentales si hablamos de la problemática forestal y cambio climático.

Adicionalmente a ello, el Perú es un país vulnerable al cambio climático, los impactos negativos generados por las actividades humanas en el ambiente motivan la pérdida de bosques o recursos naturales e impiden que hagamos frente a los gases de efecto invernadero, sino que por el contrario, los generemos, tal como se ha señalado. Un ambiente degradado no puede hacerle frente a las consecuencias del cambio climático, dado que ve reducidos los beneficios de sus recursos naturales.

La adaptación al cambio climático es un asunto de inminente prioridad para el país en su camino al desarrollo sostenible, por lo que la gestión eficiente de los bosques es de alta prioridad para un país como el Perú.

(5) *Ibidem.*

Los bosques conservan la diversidad biológica, aseguran flujos regulares de agua, contribuyen a la regulación hídrica y conservación de suelos, capturan y almacenan dióxido de carbono, entre otros que ayudan considerablemente a mitigar el cambio climático.

Por lo tanto, el Estado peruano ha creado herramientas de gestión de recursos naturales y políticas ambientales, a fin de responder a la preocupación nacional e internacional por la conservación de bosques, usos de suelos, comercio de madera, deforestación y todos aquellos actores que dependen de los recursos forestales, toda vez que los recursos forestales prestan servicios tanto para el ambiente como para la población, por ende, para beneficio del país.

La Política Nacional Ambiental indica que contamos con el Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático que tiene como objetivo conservar cincuenta y cuatro (54) millones de hectáreas de bosques tropicales tanto amazónicos como secos, lo que constituye una contribución del Perú a la mitigación frente al cambio climático y al desarrollo sostenible.

Además de ello, la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre señala que tiene como objetivo general contribuir con el desarrollo sostenible del país, a través de una adecuada gestión del Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación, que asegure su aprovechamiento sostenible, conservación, protección e incremento, para la provisión de bienes y servicios de los ecosistemas forestales, otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la fauna silvestre, en armonía con el interés social, cultural, económico y ambiental de la Nación.

Esta Política es de obligatorio cumplimiento para el gobierno nacional, regional y local y se estructura en base a cinco ejes temáticos esenciales para la gestión del Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación, como son:

- Eje de Política 1. Institucionalidad y Gobernanza
- Eje de Política 2. Sostenibilidad
- Eje de Política 3. Competitividad
- Eje de Política 4. Inclusión Social e Interculturalidad
- Eje de Política 5. Conocimientos, Ciencia y Tecnología

Por último, la Política Nacional Agraria tiene como objetivo lograr el incremento sostenido de los ingresos y medios de vida de los productores y productoras agrarios, priorizando la agricultura familiar sobre la base de mayores capacidades y activos más productivos, y con un uso sostenible de los recursos agrarios en el marco de procesos de creciente inclusión social y económica de la población rural, contribuyendo a la seguridad alimentaria y nutricional. De esta manera, se centra en los siguientes ejes:

1. Manejo Sostenible de Agua y Suelos.
2. Desarrollo Forestal y de Fauna Silvestre.
3. Seguridad Jurídica sobre la tierra.
4. Infraestructura y tecnificación del riego.
5. Financiamiento y seguro agrario.
6. Innovación y tecnificación agraria.
7. Gestión de Riesgo de Desastres en el sector agrario.
8. Desarrollo de capacidades.
9. Reconversión productiva y diversificación.
10. Acceso a mercados.
11. Sanidad Agraria e Inocuidad Agroalimentaria.
12. Desarrollo Institucional.

Es importante puntualizar que Eje N° 2 del desarrollo Forestal y de Fauna Silvestre busca mejorar las condiciones para el desarrollo de actividades de manejo, aprovechamiento, transformación y comercio forestal, así como el aprovechamiento de la fauna silvestre y la biodiversidad, con rentabilidad y sostenibilidad socioambiental y territorial.

Importa destacar que la incidencia del sector forestal en el cambio climático es del 41%, pero también es la principal fuente con capacidad de mitigación por la captura del CO₂ que realiza con sus servicios ambientales.

En conclusión, el Estado peruano pretende abordar la problemática forestal expuesta, como parte del ambiente, desde el desarrollo de los ejes temáticos que forma parte de las políticas ambientales descritas, con la finalidad de combatir los efectos negativos de la mala gestión forestal, la deforestación y degradación de los bosques, afectación del cambio climático, y el impacto de estos en la población, así como promover una educación en materia forestal que impulse a la población a generar una conciencia de cuidado, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos forestales. A continuación, presentaremos las características jurídicas de ello.

II. LOS RECURSOS FORESTALES COMO PARTE DEL CONCEPTO JURÍDICO DE AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los recursos naturales son bienes de dominio público y desde el origen de la legislación ambiental peruana en la década de los noventa del siglo pasado, siempre han sido considerados parte integrante del ambiente, bajo un enfoque sistémico.

El Código de Medio Ambiente de 1990 (derogado desde el año 2005) textualmente disponía lo siguiente:

«MEDIO AMBIENTE COMO PATRIMONIO COMUN DE LA NACION.

II. El medio ambiente y los recursos naturales constituyen patrimonio común de la Nación. Su protección y conservación son de interés social y pueden ser invocados como causa de necesidad y utilidad públicas.

CONSERVACION Y APROVECHAMIENTO RECURSOS NATURALES.

XI. El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y la utilización sostenida de las especies, de los ecosistemas y de los recursos naturales renovables en general, es de carácter obligatorio.

La utilización de los recursos naturales no renovables debe efectuarse en condiciones racionales y compatibles con la capacidad de depuración o recuperación del ambiente y de regeneración de dichos recursos».

Posteriormente, en 1993 nuestra vigente Carta Fundamental, reconoce al ambiente como el derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Art. 2, Num. 22), respecto de lo cual el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha tenido una línea clara acorde al enfoque sistémico ambiental. Según el máximo intérprete de la Constitución, el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos). Asimismo, se indica que el ambiente incluye a los elementos bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado (6).

«17. (...) Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «[...] tanto el entorno globalmente considerado —espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna— como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

Una vez precisado el concepto de medio ambiente, debemos referirnos al derecho en sí. Nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI del 1° de abril de 2005, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 28258, Ley de Regalías Mineras.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

18. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables. (...)» (7).

Vale la pena resaltar varios temas sustantivos de los fundamentos glosados, porque delinear los pilares constitucionales de la tutela del ambiente y su concepto.

- (i) La Constitución reconoce el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho fundamental (8).
- (ii) El ambiente es considerado como un sistema en el que todos sus microcomponentes (materiales e inmateriales), de origen animal o antropogénico, interactúan entre sí en armonía y este entorno ambien-

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI del 1º de abril de 2005, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 28258, Ley de Regalías Mineras.

(8) Como derecho fundamental está tutelado por la garantía del amparo a través del proceso constitucional correspondiente ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

tal con la sociedad, lo que es protegido, para que no se degrade ni pierda su armonía de manera que impida el goce del derecho (enfoque sistémico).

- (iii) El ambiente en su interacción con las actividades económicas se rigen por una serie de principios.
- (iv) Su protección está a cargo del Estado y también de los particulares, sobre quienes recae un conjunto de obligaciones en su calidad de contribuyentes sociales.

En la misma línea, la Ley General del Ambiente (LGA) en el numeral 2.3 del artículo 2°, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros. En palabras de DE LA PUENTE, los elementos descritos en la LGA «(...) pueden ser clasificados en tres grupos: a) el ambiente natural, que incluye el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna, y las interrelaciones entre éstos; b) el ambiente construido por el hombre, que comprende las ciudades y obras de infraestructura; y, c) el ambiente social, que comprende los sistemas sociales, políticos y culturales (...)» (9).

A modo de conclusión, el ambiente es entendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano como un sistema en el que todos sus elementos interactúan entre sí en armonía y este entorno ambiental con la sociedad, lo que es protegido, para que no se degrade ni pierda su armonía de manera que impida el goce del derecho y, lo que es peor, que afecte la vida de los seres vivos en él y los bosques son parte del mismo.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE: LA «CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA».

La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC – 19/02/2009 (10), ha clarificado mucho el fundamento de intervención administrativa, es decir, aquellos intereses generales que justifican la intervención del Estado y lo que se considera la «Constitución ecológica».

(9) DE LA PUENTE, Lorenzo. *Responsabilidad por daño ambiental puro y el código civil peruano*. Lima: Revista Themis N° 60, p. 296.

(10) Sentencia Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>.

«8. Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominado al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución Ecológica (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68° de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; en esa línea, el artículo 69 señala: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”.

9. De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

10. Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9° de la Ley General del Ambiente, Ley N.° 28611, establece: “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona” (subrayado agregado).

11. El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada Constitución Ecológica. Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales, in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.

12. Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la Nación. Recursos que, en algunos casos, benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica. Por ello, la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de proteger estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso captación y almacenamiento de agua.

(...)

16. En suma, de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66°, 67°, 68° y 69° de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno

ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales —especialmente los no renovables—, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que 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. (...)».

Así las cosas, sin temor a ser repetitivos, la «Constitución ecológica» permite el diseño de políticas y marcos regulatorios para la explotación sostenible de los recursos naturales y demás elementos del ambiente, con enfoque sistémico y de desarrollo sostenible, siempre que tal aprovechamiento sea a favor de la colectividad en general y de manera sustentable.

En este marco constitucional, en el derecho ambiental peruano se utilizan una serie de técnicas de intervención administrativas, principalmente, las siguientes:

- (i) Actividad de policía administrativa, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) mediante aprobaciones previas (certificaciones ambientales) de los respectivos instrumentos de gestión ambiental (IGA) (11) de los proyectos de inversión que según la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental deben contar con un IGA, que por lo general son los que pueden ocasionar impactos negativos significativos al ambiente.
- (ii) Actividad de policía administrativa, a través de un régimen de títulos habilitantes previos (concesiones, autorizaciones, permisos, licencias) para el aprovechamiento económico de los recursos naturales (12), a través de los regímenes administrativos que establecen la Ley de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Leyes sectoriales de la materia, por ejemplo, Ley General de Minería, Ley de Recursos Hídricos, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley General de Pesquería, Ley de Playas, entre otras.
- (iii) Actividad de fomento, a través del sistema de incentivos a la producción limpia y cumplimiento de normas ambientales (13).

(11) Declaración de impacto ambiental, Estudio de Impacto Ambiental detallado y semidetallado.

(12) El cumplimiento, por parte de los particulares, de desarrollar actividades económicas de explotación de los bienes de dominio público, como los recursos naturales, con los títulos habilitantes respectivos (autorizaciones, concesiones, permisos, licencias), es supervisado por las entidades públicas con competencia para otorgar los mismos. La fiscalización ambiental está a cargo de otros organismos públicos, tales como OEFA, Serfor, Osínfor, o niveles subnacionales de gobierno.

(13) El OEFA tiene a su cargo el régimen de incentivos al cumplimiento de normas ambientales.

- (iv) Otros mecanismos de mercado o aquellos provenientes de tratados o acuerdos internacionales.
- (v) Protección de Áreas Naturales Protegidas, a través de establecimiento de zonas geográficas con un valor ambiental importante que deben ser tuteladas y administradas bajo un régimen jurídico, este es, el Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas (Sernanp).
- (vi) Las técnicas de inspección, control, vigilancia y fiscalización de los elementos del ambiente (recursos naturales, por ejemplo, conocida como «fiscalización sectorial») y del ambiente en su conjunto (conocida como «fiscalización ambiental»), que establece cada ley sectorial de la materia, así como, la potestad sancionadora, a través del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (SINEFA) que tiene por objetivo monitorear, fiscalizar y, en su caso, sancionar los ilícitos administrativos ambientales, articulando estas acciones a través de un sistema cuyo organismo rector es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (14).

IV. TÍTULOS HABILITANTES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS FORESTALES

El Decreto Legislativo N° 1085, Ley que crea el Organismo Supervisor de los Recursos Forestales (OSINFOR), establece que se consideran títulos habilitantes a los contratos de concesión, permisos, autorizaciones y otros, que tengan como objetivo el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre; así como los servicios ambientales provenientes del bosque. El Artículo 60° de la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, establece que los *títulos habilitantes las concesiones, permisos y autorizaciones forestales o de fauna silvestre son actos de naturaleza administrativa mediante los cuales el Estado otorga a particulares el derecho de aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre y derecho a los beneficios económicos procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo.*

De lo anterior se desprende que los títulos habilitantes son actos administrativos emitidos por la autoridad forestal competente mediante los cuales se otorga a los particulares el derecho de aprovechar los recursos forestales y de fauna silvestre y el derecho a los beneficios económicos procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo. En su calidad de títulos que habilitan a un particular a explotar económicamente un bien de

(14) Además existen los delitos ambientales regulados por el Código Penal, pero no es una técnica administrativa de tutela del ambiente.

dominio público, como lo son los recursos forestales, conceden un derecho nuevo (*ex novo*), y son considerados como derechos reales administrativos, quedando sometidos a un régimen especial: el forestal.

Por su parte el Reglamento para la Gestión Forestal aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, señala que el título habilitante es el acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre (15).

Cuadro: Títulos habilitantes, según ubicación

En tierras de dominio público: <ul style="list-style-type: none">i. Concesión.ii. Contrato de cesión en uso en bosques residuales o remanentes.iii. Resolución del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) que autoriza la administración del Bosque Local. En tierras de dominio privado: <ul style="list-style-type: none">i. Permiso forestal en predios privados. En tierras de dominio público o privado, en caso de no contar con alguno de los títulos antes mencionados: <ul style="list-style-type: none">i. Autorización para extracción de plantas medicinales.ii. Autorización para extracción de vegetación acuática emergente o ribereñaiii. Autorización para extracción de especies arbustivas y herbáceas.
--

(15) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015:

«Artículo 39.– Títulos habilitantes

39.1 *El título habilitante es el acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.*

39.2 *Los títulos habilitantes, definidos en función a su ubicación, son:*

a. *En tierras de dominio público:*

i. *Concesión.*

ii. *Contrato de cesión en uso en bosques residuales o remanentes.*

iii. *Resolución del SERFOR que autoriza la administración del Bosque Local.*

b. *En tierras de dominio privado:*

i. *Permiso forestal en predios privados.*

c. *En tierras de dominio público o privado, en caso de no contar con alguno de los títulos antes mencionados:*

i. *Autorización para extracción de plantas medicinales.*

ii. *Autorización para extracción de vegetación acuática emergente o ribereña*

iii. *Autorización para extracción de especies arbustivas y herbáceas».*

Este régimen administrativo forestal fija los deberes y responsabilidades generales a cargo de los particulares titulares de títulos habilitantes:

- a. Utilizar el recurso forestal y de fauna silvestre para los fines que le fue otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
- b. Cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley Forestal, su reglamento y el correspondiente contrato.
- c. Cumplir con el plan de manejo sujeto a verificación en el área del título habilitante.
- d. Cumplir con el pago por derechos de aprovechamiento en los plazos establecidos.
- e. Mantener durante la vigencia del título habilitante, incluido el período para el plan de cierre y reversión del área, una garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ahora bien, dentro de las obligaciones de los titulares de títulos habilitantes se debe destacar que deben presentar un plan de manejo y cumplir con su implementación luego de ser aprobado, este es el más importante componente de gestión forestal y ambiental a que haremos referencia seguidamente (16).

(16) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 43.– Obligaciones de los titulares de títulos habilitantes

43.1 Los titulares de títulos habilitantes para la gestión forestal tienen las siguientes obligaciones:

- a. Presentar el plan de manejo y cumplir con su implementación luego de ser aprobado.
- b. Presentar el informe sobre la ejecución del plan de manejo, de conformidad con el artículo 66.
- c. Cumplir con el pago por derecho de aprovechamiento, de acuerdo al título habilitante.
- d. Tener y mantener actualizado el libro de operaciones de acuerdo a los lineamientos aprobados por el SERFOR.
- e. Comunicar oportunamente a la ARFFS y al OSINFOR la suscripción de contratos con terceros.
- f. Garantizar que el manejo de especies exóticas no produzca efectos negativos a nivel genético ni ecológico sobre las poblaciones silvestres nativas existentes en el área.
- g. Reportar a la ARFFS y al Ministerio de Cultura los avistamientos, vestigios, rastros, objetos o cualquier indicio que evidencie la presencia de pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, así como los hallazgos de patrimonio cultural.
- h. Ser custodio forestal del Patrimonio dentro del área del título habilitante.
- i. Facilitar a las autoridades competentes el desarrollo de las actividades de control, supervisión y fiscalización.
- j. Asumir el costo de las supervisiones y cualquier otro medio de verificación del cumplimiento de las normas de sostenibilidad, cuando estos se realicen a su solicitud.
- k. Demostrar el origen legal de los bienes, productos y subproductos del Patrimonio que tengan en su poder, que hayan aprovechado o administrado.
- l. Respetar la servidumbre de paso, ocupación y de tránsito.

V. PLANES DE MANEJO: GENERAL Y OPERATIVO

La normativa forestal establece por cada título habilitante el sub tipo de Plan de Manejo con que sus titulares deben contar. Es que, los titulares de los títulos habilitantes, entre otros, están obligados a presentar a la Autoridad Regional Forestal y de Fauna Silvestre (ARFFS) un Plan de Manejo, para su aprobación. Según el Reglamento para la Gestión Forestal (Art. 54°) el Plan de Manejo Forestal es el instrumento de gestión forestal que constituye la herramienta dinámica y flexible para la implementación, seguimiento y control de las actividades de manejo forestal, orientado a lograr la sostenibilidad del ecosistema. Tiene carácter de declaración jurada, y su veracidad es responsabilidad del titular y el regente, según corresponda (17).

m. Contar con el regente forestal, cuando corresponda, para la formulación e implementación del plan de manejo y comunicar a la ARFFS y al SERFOR, la designación o el cambio del mismo.

n. Adoptar medidas de extensión y relacionamiento comunitario, para fomentar el manejo forestal y la prevención de conflictos.

o. Respetar los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y tradicionales de los pueblos indígenas u originarios.

p. Cumplir con las medidas de prevención y mitigación de los impactos ambientales generados por la actividad, que incluyen el manejo de residuos sólidos.

q. Cumplir con las normas relacionadas al Patrimonio Cultural.

r. Movilizar los frutos, productos y subproductos con los documentos autorizados para el transporte.

s. Cumplir con el marcado de trozas, de acuerdo a los lineamientos elaborados por el SERFOR.

t. Establecer y mantener los linderos e hitos u otras señales, que permitan identificar el área del título habilitante, colocados por el titular o las autoridades.

u. Cumplir con la implementación de las medidas correctivas y/o mandatos que se emitan como resultado de las acciones de control, supervisión y/o fiscalización ejecutadas por la autoridad competente, según corresponda.

v. Promover buenas prácticas de salud y seguridad en el trabajo.

w. Promover la equidad de género e intergeneracional en el desarrollo de las actividades forestales.

43.2 Para el caso de concesiones, además se consideran las siguientes obligaciones:

a. Mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento.

b. Cumplir con el compromiso de inversión señalado en el documento de gestión».

(17) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 54.- Plan de manejo forestal

El plan de manejo forestal es el instrumento de gestión forestal que constituye la herramienta dinámica y flexible para la implementación, seguimiento y control de las actividades de manejo forestal, orientado a lograr la sostenibilidad del ecosistema. Tiene carácter de declaración jurada, y su veracidad es responsabilidad del titular y el regente, según corresponda.

La ARFFS establece el periodo o fechas de presentación de los planes de manejo forestal. Los plazos pueden ser de aplicación departamental o de cada UGFFS; para lo cual se toma en cuenta la modalidad de acceso al recurso, aspectos climáticos, el nivel de planificación, tipo

Los Planes de Manejo son el instrumento por excelencia que permite la gestión de los recursos forestales y de su ecosistema en armonía con el ambiente, pues contiene el nivel de estudio de impacto ambiental acorde con la escala e intensidad de las operaciones. El mismo Reglamento de Gestión Forestal dice que los planes de manejo consideran la descripción de las características y estado actual del recurso o recursos a aprovechar; los objetivos de corto, mediano y largo plazo; la descripción y sustento del sistema de regeneración elegido, basado en evaluaciones poblacionales de los recursos sujetos a aprovechamiento; la intensidad y tipos de sistemas de aprovechamiento; las prácticas necesarias para garantizar la reposición de los recursos aprovechados; los impactos sobre el ecosistema y las correspondientes medidas de prevención y mitigación.

De hecho, el organismo público especializado Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) dicta los lineamientos específicos del manejo forestal atendiendo a la intensidad de aprovechamiento y los requerimientos técnicos de modo tal que consideren la realidad de cada región y especificidades de cada ecosistema, siendo su aplicación gradual y adaptativa, entre otras consideraciones que precisa el reglamento. Estos lineamientos orientan la elaboración de planes de manejo de corto y largo plazo, incorporando en cada caso las prácticas silviculturales correspondientes.

Ciertamente, los planes de manejo tienen tres (3) niveles de planificación forestal: nivel alto, nivel medio y nivel bajo, tomando en consideración la intensidad del aprovechamiento, extensión del área, nivel de impacto de las operaciones, caracterización del recurso, nivel de mecanización y la continuidad de intervención.

del recurso, entre otros. La ARFFS aprueba los planes de manejo dentro de un plazo máximo de noventa días calendario después de su presentación.

Para el inicio de operaciones de cualquier título habilitante forestal es indispensable contar con el plan de manejo forestal aprobado por la ARFFS. El año operativo se inicia al día siguiente de la notificación de la resolución que aprueba el plan de manejo, y tiene una duración de trescientos sesenta y cinco días calendario.

Son consideradas actividades previas al inicio de operaciones, los inventarios y censos para la formulación de planes de manejo, planificación de infraestructura, trazado de vías, apertura de linderos y vías de acceso, construcción de campamentos así como labores de vigilancia del área; las cuales no requieren la aprobación del plan de manejo para su realización.

La ARFFS debe remitir copia digital e impresa del plan de manejo aprobado y la resolución correspondiente, ambos al SERFOR y al OSINFOR, para su incorporación en el SNIFFS y para su publicación en el portal institucional, de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.»

**Cuadro:
Planes de Manejo según nivel de planificación**

Nivel	Plan de Manejo
Alto	PGMF (18) y PO (19)
Medio	PO y PMFI (20)
Bajo	DEMA (21)

(18) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 56.– Tipos de planes de manejo forestal

Los planes de manejo forestal son los siguientes:

a. *Plan General de Manejo Forestal (PGMF): Es el instrumento de planificación estratégico de largo plazo y tiene como fuente principal de información el inventario forestal realizado sobre la Unidad de Manejo Forestal (UMF), pudiendo presentarse bajo un esquema de manejo de áreas consolidadas y con fines de uso múltiple de los recursos. Es formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante. Este instrumento corresponde al nivel alto de planificación.*

(...).»

(19) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 56.– Tipos de planes de manejo forestal

Los planes de manejo forestal son los siguientes:

(...)

c. *Plan Operativo (PO): Es el principal instrumento de la planificación forestal de corto plazo. Tiene como fuente principal de información el censo forestal que genera mapas y listas de especies que se constituyen en las principales herramientas para el aprovechamiento e inspecciones oculares. Tiene una vigencia de uno a tres años operativos. Cuando se realiza en el marco de un PGMF, debe respetar el ciclo de recuperación y las áreas de aprovechamiento establecidas para la UMF. Este instrumento puede corresponder a los niveles alto y medio de planificación.*

(...).»

(20) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 56.– Tipos de planes de manejo forestal

Los planes de manejo forestal son los siguientes:

(...)

b. *Plan de Manejo Forestal Intermedio (PMFI): Es el instrumento de gestión que combina la planificación estratégica y operativa en un solo documento de gestión. Es formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante. Este instrumento corresponde al nivel medio de planificación.*

(...).»

(21) Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI del 30 de setiembre del 2015

«Artículo 56.– Tipos de planes de manejo forestal

Los planes de manejo forestal son los siguientes:

(...)

Es así, que al nivel alto de planificación forestal le corresponde contar con un Plan General de Manejo Forestal (en adelante, PGMF), el cual está definido por el Reglamento de Gestión Forestal como el instrumento de planificación estratégico de largo plazo y tiene como fuente principal de información el inventario forestal realizado sobre la Unidad de Manejo Forestal (UMF), pudiendo presentarse bajo un esquema de manejo de áreas consolidadas y con fines de uso múltiple de los recursos. Es formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante.

Por otro lado, el Plan de Manejo Forestal Intermedio (en adelante, PMFI), es el instrumento de gestión que combina la planificación estratégica y operativa en un solo documento de gestión. Es formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante. Este instrumento corresponde al nivel medio de planificación.

El Plan Operativo (PO) es otro sub tipo de Plan de Manejo y es el principal instrumento de la planificación forestal de corto plazo (PGMF es a largo plazo). El PO tiene como fuente principal de información el censo forestal que genera mapas y listas de especies que se constituyen en las principales herramientas para el aprovechamiento e inspecciones oculares. Tiene una vigencia de uno a tres años operativos. Los PO se realizan también en el marco de un PGMF, en cuyo caso, deben respetar el ciclo de recuperación y las áreas de aprovechamiento establecidas para la UMF. El PO no solo puede corresponder al nivel alto de planificación sino también al nivel medio de planificación.

Por último está la Declaración de Manejo (DEMA), instrumento de planificación simplificada de corto o mediano plazo aplicable para bajas intensidades de aprovechamiento con prácticas que no afectan de manera significativa la capacidad de recuperación del ecosistema o la especie bajo manejo y se requiere que sea suscrita por un regente forestal. La DEMA debe incluir las prácticas silviculturales a realizar. Se otorga siempre que la actividad a realizar no implique la mortandad del individuo o poner en riesgo la capacidad de recuperación de la especie bajo manejo. Este instrumento corresponde al nivel bajo de planificación.

d. Declaración de Manejo (DEMA): Es el instrumento de planificación simplificada de corto o mediano plazo, aplicable para bajas intensidades de aprovechamiento con prácticas que no afectan de manera significativa la capacidad de recuperación del ecosistema o la especie bajo manejo. La DEMA debe incluir las prácticas silviculturales a realizar. Este instrumento corresponde al nivel bajo de planificación.

(...)»

Cuadro:
Tipo de Plan de Manejo para títulos habilitantes forestales

Título Habilitante	Sub Tipo de Plan de Manejo
Concesión Forestal con fines maderables	PGMF y PO
Concesiones para productos diferentes de la madera	<i>Plan de Manejo Forestal Intermedio (PMFI)</i> <i>Declaración de Manejo Forestal (DEMA)</i>
<i>Concesiones para ecoturismo y conservación</i>	PMFI

En suma, no existe título habilitante, ni por tanto explotación de recursos forestales sin planes de manejo o planes operativos, porque a través de los mismos se asegura la protección de los recursos naturales forestales, siendo su contenido fiscalizable y hasta sancionable por las autoridades ambientales forestales.

VI. CONCLUSIONES

- 5.1 Los recursos naturales, desde el origen de la legislación ambiental peruana, y del derecho ambiental, siempre han sido considerados parte del ambiente (como concepto jurídico) bajo un enfoque sistémico para su gestión ambiental.
- 5.2 El ambiente está constituido, entre otros recursos naturales, por los recursos forestales y de fauna silvestre y su gestión, además de ser de carácter forestal, también es gestión ambiental.
- 5.3 La Constitución de 1993 reconoce al ambiente como el derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Art. 2, Num. 22).
- 5.4 Según la ley forestal y su reglamento, los títulos habilitantes son los contratos de concesión, permisos, autorizaciones y otros, que tengan como objetivo el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre; así como los servicios ambientales provenientes del bosque.
- 5.5 La Ley del SEIA y sus normas reglamentarias establecen las actividades forestales sujetas al mismo. En concordancia, según la normativa forestal, los planes de manejo forestal (Plan General de Manejo Forestal, Plan de Manejo Forestal Intermedio, Plan Operativo y Declaración de Manejo) contienen el nivel de estudio de impacto ambiental acorde con la escala e intensidad de las operaciones.

- 5.6 El reto que plantea una profusa regulación forestal y las transformaciones de la organización administrativa que la acompañan, es que la gestión se realice bajo un enfoque transectorial y nacional para poder si quiera asegurar un mínimo de efectividad de la protección de estos recursos naturales.

PATRIMONIO NATURAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN URUGUAY

GRACIELA RUOCCO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RELACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL CON EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y EL MEDIO AMBIENTE.– III. DESARROLLO SOSTENIBLE.– IV. RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS EN URUGUAY.– V. INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS.– VI. REFLEXIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El propósito de este trabajo es abordar el estrecho vínculo entre diversos conceptos: Patrimonio Natural y Cultural, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, todos ellos comprendidos en la noción de Desarrollo Sostenible, el régimen jurídico vigente en nuestro país, así como la incidencia que tienen las medidas de protección medioambientales, en especial de los espacios naturales, sobre los derechos privados.

Palabras clave: patrimonio natural; ordenamiento territorial; medio ambiente; desarrollo sostenible.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to address the close link between different concepts: Cultural and Natural Heritage, Land use and environment, all of them included in the notion of sustainable development, the current legal system in our country, as well as the incidence that have environmental protection measures, especially natural spaces, over private rights.

Key words: natural heritage; land use; environment; sustainable development.

I. INTRODUCCIÓN

Uruguay ha declarado de interés general la *creación y gestión* de un *Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas*, como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental. Al mismo tiempo definió lo que debe entenderse por Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas como «...*el conjunto de áreas naturales del territorio nacional, continentales, insulares o marinas, representativas de los ecosistemas del país, que por sus valores ambientales, históricos, culturales o paisajísticos singulares,*

merezcan ser preservados como patrimonio de la nación, aun cuando las mismas hubieran sido transformadas parcialmente por el hombre» (1).

Los objetivos específicos del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas establecidos por la ley son:

«A) Proteger la diversidad biológica y los ecosistemas, que comprenden la conservación y preservación del material genético y las especies, priorizando la conservación de las poblaciones de flora y fauna autóctonas en peligro o amenazadas de extinción.

B) Proteger los hábitats naturales, así como las formaciones geológicas y geomorfológicas relevantes, especialmente aquellos imprescindibles para la sobrevivencia de las especies amenazadas.

C) Mantener ejemplos singulares de paisajes naturales y culturales.

D) Evitar el deterioro de las cuencas hidrográficas, de modo de asegurar la calidad y cantidad de las aguas.

E) Proteger los objetos, sitios y estructuras culturales, históricas y arqueológicas, con fines de conocimiento público o de investigación científica.

F) Proveer oportunidades para la educación ambiental e investigación, estudio y monitoreo del ambiente en las áreas naturales protegidas.

G) Proporcionar oportunidades para la recreación al aire libre, compatibles con las características naturales y culturales de cada área, así como también para su desarrollo ecoturístico.

H) Contribuir al desarrollo socioeconómico, fomentando la participación de las comunidades locales en las actividades relacionadas con las áreas naturales protegidas, así como también las oportunidades compatibles de trabajo en las mismas o en las zonas de influencia.

I) Desarrollar formas y métodos de aprovechamiento y uso sustentable de la diversidad biológica nacional y de los hábitats naturales, asegurando su potencial para beneficio de las generaciones futuras» (2).

A punto de partida de la citada definición y los objetivos establecidos, queda en evidencia la íntima relación existente entre diversos conceptos: *Patrimonio Natural y Cultural*, *Ordenamiento Territorial* y *Medio Ambiente*, todos ellos comprendidos en la noción de *Desarrollo Sostenible*.

(1) Artículo 1° de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000.

(2) Artículo 2° de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000.

II. RELACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL CON EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y EL MEDIO AMBIENTE

El *Ordenamiento Territorial* es la planificación oficial, científica, ecológica de una región o zona terrestre, realizada para lograr una distribución óptima de los sectores comerciales, industriales, urbanos, agrícolas y naturales, que tiende a un desarrollo adecuado y eficiente de una determinada zona habitada.

En el proceso de programar la distribución y la localización espacial de los componentes de la estructura territorial, como medio de implementar las estrategias de una propuesta de desarrollo regional, debe ponerse especial énfasis en aspectos económicos, de distribución de la población y de manejo ambiental.

En orden a delinear el cometido de *ordenamiento territorial*, DELPIAZZO alude a la Carta Europea de Ordenación del Territorio, de 20 de mayo de 1983, que refiere a la ordenación territorial como disciplina científica, como técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la ordenación física del espacio. El ordenamiento territorial se relaciona con la adopción de decisiones sobre los destinos del suelo en aras de la consecución de un equilibrio territorial así como de la coordinación y racionalización de actividades (3).

Tales decisiones deberán tener en cuenta el *Patrimonio Natural*, esto es, las formaciones físicas, biológicas y geológicas excepcionales, el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas y las zonas que tengan valor universal excepcional desde el punto de vista científico, de conservación o estético.

La Convención de París de 1972 de la UNESCO definió el *Patrimonio Natural*, comprendiendo los monumentos naturales, formaciones geológicas, lugares y paisajes naturales, que tienen un valor relevante desde el punto de vista estético, científico y/o medioambiental (4).

(3) C. DELPIAZZO (2015: 472). Cfr. D. CABRAL (2010: 136).

(4) Aprobada en Uruguay por Ley N° 15.964, establece en su artículo 2°: «A los efectos de la presente Convención se considerarán «patrimonio natural»:

– 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.» La misma definición se incluye en el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay para la cooperación en materia de protección,

La protección y tutela del ambiente y los recursos naturales han sido valoradas como sustrato básico del ordenamiento territorial.

No cabe duda que en cualquier instrumento de ordenamiento territorial debe tenerse en cuenta que las áreas de amenaza alta deben favorecer acciones de prevención y control urbanístico; que deben establecerse zonas de reserva para la instalación de infraestructura para la provisión de servicios públicos, y de los corredores ecológicos; que las áreas protegidas deben integrarse al sistema de definición de zonas; que deben revisarse las categorías y el régimen de uso de los suelos según lineamientos del nivel nacional, incluyendo la consideración de objetivos sobre la prestación de bienes y servicios ambientales, ajuste de límites, revisión de la definición de «áreas de manejo especial», contenido de los planes de manejo ambiental, etc.

La propia definición de ordenamiento territorial demuestra la estrecha relación con la materia medioambiental y la protección del Patrimonio Natural. El uso del territorio implica el concepto de administración organizada, con instrumentos y normas que regulan el comportamiento de una sociedad en el espacio físico que ocupa. La disposición de actividades en el territorio es precisamente el objeto del ordenamiento territorial. El uso del territorio, administrativamente organizado, incide en el desarrollo, el que debe ser sostenible, durable, y es en el concepto de desarrollo sostenible que se encuentra el estrecho vínculo con el medio ambiente.

MARTINS define el ordenamiento territorial «...como la actividad estatal, que se ejerce a través de directrices, planes y actuaciones por parte de las instituciones del Estado competentes en la materia, para organizar el uso del territorio, con la finalidad de mantener y mejorar la calidad de vida de la población, lograr la integración social en el territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales y culturales, de modo de conservar el medio ambiente y la biodiversidad en forma sostenible» (5).

De manera que puede advertirse que una de las funciones básicas del ordenamiento territorial es sostener y conducir la biodiversidad y los procesos ecológicos esenciales a través de la administración territorial.

Las normas que los Estados dictan en la actualidad para preservar el medio ambiente y los recursos naturales han dado lugar a una nueva temática jurídica: 'el derecho ambiental y de los recursos naturales', íntimamente relacionado con el derecho urbanístico (6).

conservación, recuperación y restitución de bienes culturales y los que conforman el patrimonio natural que hayan sido materia de robo o de tráfico ilícito, firmado el 14 de agosto de 2009, aprobado por Ley nacional N° 18.766, de 24 de junio de 2011.

(5) D. H. MARTINS (2009: 84).

(6) *Ibidem*, p. 16.

Si bien las materias ordenamiento territorial y protección del medio ambiente son conceptualmente separables, no se puede desconocer las interrelaciones existentes entre ambos cometidos (7).

Conforme señala DURÁN MARTÍNEZ, invocando a TAWIL, el Derecho a un ambiente sano y equilibrado condiciona al planeamiento urbano. Derecho ambiental y derecho urbanístico son dos ramas especiales del derecho administrativo que en este punto, por lo expuesto, se encuentran interrelacionadas (8).

Ello ha permitido al autor advertir que en el ámbito del derecho urbanístico ya se habla del «*principio de medio ambiente urbano sostenible*» (9).

La administración del suelo en el contexto de la ciudad debe, entre otras cosas, mantener los espacios de mayor valor ambiental y paisajístico, libres de la ocupación y alteración que degraden dichos valores o minen las posibilidades colectivas de ejercer el derecho a disfrutar de los mismos; evitar la ocupación de zonas bajo distintas amenazas físicas, con actividades y en formas que impliquen riesgo público al aumentar la exposición de vidas y estructuras; reservar espacios necesarios para el desarrollo de los sistemas que proveen servicios fundamentales y que deben estar, por tanto, por encima de los intereses particulares en el desarrollo del suelo.

III. DESARROLLO SOSTENIBLE

La satisfacción de las necesidades colectivas relativas a la utilización del territorio, debe realizarse de una manera integrada, planificada y racional, que tenga en cuenta: a) los valores ambientales y áreas que merecen protección especial; b. las necesidades sociales; y c. el desarrollo económico. Todos ellos componentes del moderno concepto de *desarrollo sostenible*.

Señala MARTINS que «*El Diccionario de la Lengua Española registra la palabra 'sostenible' con referencia a un proceso, 'que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace por ejemplo, un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes'*» (10).

Se ha utilizado indistintamente la expresión «sostenible», «sustentable», «durable» para referir al «proceso evaluable mediante criterios e indicadores del carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y

(7) Cfr. C. DELPIAZZO (2006: 80) (2015: 472).

(8) A. DURÁN MARTÍNEZ (2013a: 676).

(9) *Ibidem*, p. 677.

(10) D. H. MARTINS (2009:85).

aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras» (11).

El *Desarrollo Sostenible* es un concepto elaborado por el Derecho Internacional. Ya en 1972 se realizó en Estocolmo la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, con preocupaciones centradas en la contaminación y el crecimiento urbano desordenado.

Ello deja en evidencia que el concepto se origina a partir de las preocupaciones relativas al medio ambiente, pero en la actualidad no se circunscribe al Derecho Ambiental. Proyectado a nuestros días, comprende también el desarrollo económico y el desarrollo social —en los que incluimos la administración del territorio y la protección de áreas que se ven amenazadas—, además de la salvaguarda del medio ambiente.

DURÁN MARTÍNEZ (12) realiza una completa descripción de la gestación del concepto de *Desarrollo Sostenible* a partir del «Informe Brundtland», denominado «*Nuestro Futuro Común*», emitido por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente en 1987 (13). En él se definió el *Desarrollo Sostenible* como «*el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*».

El concepto en examen se mantiene con el mismo enfoque en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro (1992), denominada «La Cumbre de la Tierra», que consagró la asociación ineludible entre conservación ambiental y desarrollo.

A escasos tres años —1995— en la Cumbre Social de Copenhague (14) se amplió considerablemente el concepto de *Desarrollo Sostenible*, apoyándose en tres pilares: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente. (15) En palabras de LÓPEZ, «...*el derecho de la sustentabilidad incorpora —además de la cuestión ambiental— la cuestión social y económica, que deben ser analizadas todas en conjunto*» (16).

En 2002, se realizó la Conferencia de Johannesburgo sobre el *Desarrollo Sostenible*, reafirmando el compromiso de los Estados con el tema, mediante la promoción de los tres pilares interdependientes y sinérgicos que lo integran:

(11) P. LÓPEZ SELA. A.FERRO NEGRETE (2006: 38). Véase asimismo M.V. VERGARA (2012: 124-127).

(12) A. DURÁN MARTÍNEZ (2013b:188-190).

(13) A. DURÁN MARTÍNEZ (2013b:188). En el mismo sentido puede verse una completa reseña en M. BIENGLIO VALDÉS (2013:5-17). Informe BRUNDTLAND.

(14) Cumbre Social de Copenhague de 1995.

(15) A. DURÁN MARTÍNEZ (2013b:189).

(16) H. LÓPEZ (2000: 412).

el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental propiamente dicha (conforme el párrafo 5 de la Declaración). Estos componentes del concepto se han traducido en el *triple concepto de lasostenibilidad*: la sostenibilidad ambiental, económica y social.

En diciembre de 2015 se celebró la «*Cumbre del Clima*» en París, de donde surgió el denominado «*Acuerdo de París*» o COP/21, el que fue suscrito por 175 países en Nueva York, el 22 de abril de 2016 (17). El citado Acuerdo plasma sin lugar a duda alguna el concepto de *Desarrollo Sostenible* en su triple enfoque, conforme surge de la Declaración de aprobación del Acuerdo, en la que explícitamente se incluyen los tres componentes de la sostenibilidad. El mismo enfoque comprensivo de sus tres dimensiones, se advierte en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible formulados.

Ante este panorama es indudable que el Desarrollo Sostenible es un verdadero *principio general de Derecho*, inherente a la personalidad humana que se traduce en importantes prescripciones y mandatos ordenados hacia un nuevo paradigma de la sostenibilidad, en sus diversas facetas ambiental, social y económica.

Como mandato de optimización (18), el ordenamiento jurídico debe dirigir el sistema socioeconómico hacia la consecución de dicho objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias existentes que podrán modular su aplicación concreta en la práctica, pero sin diluir el resultado que pretende proteger, que no es otro que la dignidad de la persona humana y el de garantizar que las generaciones futuras puedan cubrir sus necesidades.

Es por ello que consideramos que el ordenamiento territorial integra también el concepto, además de la preocupación por el medio ambiente.

Y es también un *derecho*, no solamente de las personas, sino de quienes aún no han nacido, derivado del derecho a vivir, no ya como el mero existir.

De este *principio* y del *derecho humano fundamental* al Desarrollo Sostenible, deriva asimismo el *deber* de garantizarlo, a cargo del Estado y del resto de la sociedad. Para cumplir el deber de Desarrollo Sostenible resulta necesario definir cuáles son las necesidades que se deben satisfacer. La tarea no es sencilla, en la medida que tratándose de un concepto jurídico indeterminado, no es posible definir objetivamente cuáles son las exigencias para preservar la dignidad de la persona.

No obstante, aún ante la evidencia de que las necesidades son históricamente cambiantes, es posible determinar aquellas sin cuya satisfacción la

(17) Convención Marco para el Cambio Climático de Naciones Unidas. 21º Período de Sesiones (30 de noviembre a 11 de diciembre de 2015). París.

(18) R. ALEXI (2007: 86 y ss).

vida es indigna para cualquier ser humano, a partir de lo que puede considerarse el *núcleo esencial* del concepto de Desarrollo Sostenible. En esa tarea de definición juega un rol interpretativo trascendente el 'informe Brundtland' en cuanto destaca los temas que hacen a la dignidad de las personas en cualquier tiempo y lugar.

Entre ellos —y en lo que a nuestro tema interesa— incluye:

— *Especies y ecosistemas: recursos para el desarrollo. Muchas especies del planeta se encuentran en peligro, están desapareciendo. Este problema debe pasar a convertirse en preocupación política prioritaria*».

DURÁN MARTÍNEZ identifica el medio ambiente urbano sostenible como un principio general de derecho inherente a la personalidad humana comprendido en el artículo 72 de la Constitución nacional (19).

IV. RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS EN URUGUAY

Nuestro país ha aprobado mediante la Ley N° 15.964, de 28 de junio de 1988, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en noviembre de 1972, celebrada en París.

En el año 2000, y luego de un prolongado proceso de debate nacional, se sanciona la Ley N° 17.234 que con la creación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, brinda una herramienta fundamental para la planificación y el manejo de las áreas protegidas. Esta Ley se enmarca en el Convenio de Diversidad Biológica ratificado por Uruguay en 1993 a través de la Ley N° 16.408, de 27 de agosto de 1993, y en la Ley General de Protección Ambiental, N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000.

La Ley 17.234 asigna el papel de regulador nacional del Sistema al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, al tiempo que mantiene la posibilidad de la gestión de las áreas protegidas a distintas instituciones públicas, privadas o sociales; nacionales, departamentales o locales.

Posteriormente a la aprobación de dicha ley, comienza el proceso de elaboración del Decreto Reglamentario a los efectos de hacer operativa la norma y luego de un largo proceso de consulta donde participaron distintos actores públicos, privados y de la sociedad civil, el Poder Ejecutivo lo aprueba en febrero de 2005 (Decreto 52/005).

(19) A. DURÁN MARTÍNEZ (2007:78) (2013a: 675).

La creación del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas tiene por objeto armonizar los criterios de planificación y manejo de las áreas a proteger, bajo categorías determinadas, con una regulación única que fije las pautas de ordenamiento (20).

Ahora bien, el marco normativo del que deriva la protección de los espacios naturales, no sólo proviene de las leyes específicas en materia de áreas naturales protegidas, sino de diversas otras normas que regulan las materias que —según señalamos— se encuentran íntimamente relacionadas con aquélla.

El reconocimiento con mayor valor y fuerza de la íntima vinculación entre el ordenamiento territorial y el medio ambiente, y por tanto con directa influencia en el Patrimonio Natural, se advierte en las reformas constitucionales parciales de 1997 y 2004 respecto del artículo 47 de la Constitución nacional.

En la primera de dichas reformas la protección del medio ambiente es declarada de interés social, debiendo las personas abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente. La Ley de Protección del Medio Ambiente, N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000, lo reconoce como *derecho* de los habitantes.

En la segunda reforma constitucional —la del año 2004— la vinculación que analizamos se patentiza, con relación al acceso al agua potable y al saneamiento, que son calificados como derechos humanos fundamentales. La nueva disposición constitucional exige que la política nacional de aguas y saneamiento, esté basada, entre otros principios, en el ordenamiento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza, así como la gestión sustentable y solidaria con las generaciones futuras de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico.

El nombre de la autoridad competente en la materia, Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, creado por la Ley uruguaya N° 16.112, de 30 de mayo de 1990, nos da la pauta de la estrecha relación destacada.

La directa conexión anotada del medio ambiente y las áreas del territorio que merecen protección especial, se manifiesta en la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994, de Evaluación del Impacto Ambiental. Dicha ley declaró de interés general y nacional la protección del medioambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas.

Se entiende por impacto ambiental negativo, toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente, causada por

(20) Artículo 1° de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000.

cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen la salud, seguridad o calidad de vida de la población; las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio; la configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales (21).

El artículo 3° de la ley establece el deber toda persona, física o jurídica, de abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca, en *depredación*, entre otros riesgos.

En el mismo sentido, la ya mencionada Ley N° 17.283, de Protección del Medio Ambiente, y su Decreto reglamentario N° 152/013, de 21 de agosto de 2013, ponen en evidencia la indudable influencia del tema medioambiental y desarrollo sostenible en la protección del Patrimonio Natural. El principio primero formulado en el artículo 6° de la ley tiende a lograr «*La distinción de la República en el contexto de las naciones como 'País Natural', desde una perspectiva económica, cultural y social del desarrollo sostenible*». En consonancia, el artículo 7° enumera entre los instrumentos de gestión ambiental, el sistema de áreas naturales protegidas, y en numerosas disposiciones se advierte la tendencia a evitar la depredación.

La ley en examen, en protección de la calidad del aire, prohíbe las emisiones a la atmósfera que puedan poner en peligro no sólo la salud humana, sino también *animal o vegetal*, así como deteriorar el ambiente o provocar riesgos, daños o molestias graves a *seres vivos o bienes* (22).

Asimismo, el artículo 22 de la citada ley, declara de interés general la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, como parte fundamental de la política nacional ambiental, previendo la adopción de medidas de identificación, seguimiento y conservación de la biodiversidad, así como la sostenibilidad de la utilización que de sus componentes se realice, la bioseguridad y la coordinación del ejercicio de cometidos y funciones entre las entidades públicas y privadas en materia de conservación y uso de las especies y sus hábitat.

En sintonía con la vinculación que analizamos, cabe destacar el *nomen juris* de la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008: «Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sustentable. Urbanización», cuyo objeto está definido en su artículo 1°: establecer el marco regulador general para el ordenamiento territorial y desarrollo sostenible. Y como hemos visto antes, la protección del medio ambiente integra el concepto de «desarrollo sostenible».

(21) Artículo 2° de la Ley N° 16.466.

(22) Artículo 17 de la Ley N° 17.283.

En diversos pasajes de la ley se advierte la marcada interconexión de dichas materias. En efecto, el artículo 3° de la ley define el ordenamiento territorial como:

(Concepto y finalidad).– A los efectos de la presente ley, el ordenamiento territorial es el conjunto de acciones transversales del Estado que tienen por finalidad mantener y mejorar la calidad de vida de la población, la integración social en el territorio y el uso y aprovechamiento ambientalmente sustentable y democrático de los recursos naturales y culturales.

El ordenamiento territorial es una función pública que se ejerce a través de un sistema integrado de directrices, programas, planes y actuaciones de las instituciones del Estado con competencia a fin de organizar el uso del territorio.

Para ello, reconoce la concurrencia de competencias e intereses, genera instrumentos de promoción y regulación de las actuaciones y procesos de ocupación, transformación y uso del territorio.

El artículo 4°, que describe los contenidos del ordenamiento territorial, denota la importancia de estrategias que coordinen los aspectos de administración del territorio, el medio ambiente y la protección de espacios naturales protegidos:

(Materia del ordenamiento territorial).– El ordenamiento territorial y desarrollo sostenible comprende:

...

c) La identificación y definición de áreas bajo régimen de Administración especial de protección, por su interés ecológico, patrimonial, paisajístico, cultural y de conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

d) La identificación de zonas de riesgo por la existencia de fenómenos naturales o de instalaciones peligrosas para asentamientos humanos...».

También se advierte la influencia recíproca de los conceptos en estudio en la formulación de principios contenida en el artículo 5° de la ley:

(Principios rectores del ordenamiento territorial).– Son principios rectores del ordenamiento territorial y desarrollo sostenible:

a) La adopción de las decisiones y las actuaciones sobre el territorio a través de la planificación ambientalmente sustentable, con equidad social y cohesión territorial.

...

c) La descentralización de la actividad de ordenamiento territorial y la promoción del desarrollo local y regional, poniendo en valor los recursos naturales, construidos y sociales presentes en el territorio.

...

g) *La conciliación del desarrollo económico, la sustentabilidad ambiental y la equidad social, con objetivos de desarrollo integral, sostenible y cohesionado del territorio, compatibilizando una equilibrada distribución espacial de los usos y actividades y el máximo aprovechamiento de las infraestructuras y servicios existentes.*

h) *El desarrollo de objetivos estratégicos y de contenido social y económico solidarios, que resulten compatibles con la conservación de los recursos naturales y el patrimonio cultural y la protección de los espacios de interés productivo rural.*

...

i) *La tutela y valorización del patrimonio cultural, constituido por el conjunto de bienes en el territorio a los que se atribuyen valores de interés ambiental, científico, educativo, histórico, arqueológico, arquitectónico o turístico, referidos al medio natural y la diversidad biológica, unidades de paisaje, conjuntos urbanos y monumentos...»*

Bajo el título «*Planificación del Desarrollo Sostenible*», hallamos el artículo 47 (23), que exige como garantía de la sustentabilidad ambiental, que los instrumentos de ordenamiento territorial establezcan una regulación ambientalmente sustentable, asumiendo como obligación prioritaria, la conservación del ambiente comprendiendo los recursos naturales y la biodiversidad, adoptando soluciones que garanticen la sustentabilidad. Asimismo, prevé que dichos instrumentos deben contar con la Evaluación Ambiental Estratégica aprobada por el Ministerio.

Por ello se excluyen de los procesos de urbanización —artículo 48— los suelos pertenecientes a áreas protegidas, o con valores ambientales, paisajísticos, agrícolas, ganaderos, forestales, de interés para la producción rural, o con riesgos naturales o tecnológicos de accidentes mayores para los bienes o personas o para la salud humana (24).

V. INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

ROTONDO ha destacado con acierto que la normativa sobre ordenamiento territorial, obviamente se relaciona con el *derecho de propiedad* (25).

Ello se evidencia claramente en los contenidos de todo marco regulador general, no sólo para el ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, sino

(23) En la redacción dada por el artículo 502 de la Ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015.

(24) D. H. MARTINS (2009: 85).

(25) F. ROTONDO (2010: 110).

también en materia medioambiental y de áreas naturales protegidas. Dicho régimen jurídico, entre otros, comprende el conjunto de disposiciones que establecen derechos, deberes y prohibiciones para los propietarios de bienes inmuebles y para toda persona con relación al ordenamiento territorial, medio ambiente y áreas naturales protegidas, así como normas sobre expropiaciones, derecho de preferencia en la compra de bienes inmuebles, derecho de superficie, prescripción adquisitiva especial de ciertos inmuebles, servidumbres administrativas, etc.

La Constitución uruguaya muestra una especial preocupación por la propiedad (26). Cabe referir especialmente los artículos 7 y 32 de la Carta Política.

El primero de ellos consagra el derecho de todo habitante a ser protegido en el goce del derecho de propiedad, entre otros, lo que supone el reconocimiento de la preexistencia del derecho de propiedad. El derecho de goce de la propiedad sólo podrá ser limitado por ley (en sentido orgánico formal) por razones de interés general, esto es, restricciones definidas formal y sustancialmente.

Por su parte, el artículo 32 declara a la propiedad como un derecho inviolable, y lo sujeta, nuevamente, a lo que dispongan las leyes por razones de interés general. Asimismo, prevé la posibilidad de su privación por razones de necesidad o utilidad públicas, establecidas por ley, recibiendo su titular una justa y previa compensación del Tesoro Nacional por los daños y perjuicios que sufre.

La evolución en la consideración del derecho de propiedad evidencia que ya no es *absoluto*, porque puede ser sometido a restricciones por razones de interés general. El carácter de absoluto ha quedado desvirtuado y ello se manifiesta en el Código Civil uruguayo. En efecto, el art. 488 establece: «El ejercicio de esos derechos [se refiere a los derechos de gozar y disponer de una cosa] queda subordinado a las prohibiciones de las leyes o reglamentos...».

Por otra parte, el derecho de propiedad es *exclusivo* por cuanto dos personas no pueden tener en él *todo* el dominio de una cosa. Pero esa exclusividad puede ser imperfecta, si la cosa que forma su objeto está gravada con un derecho real a favor de terceros, por ejemplo *servidumbres* (artículos 550 y siguientes del Código Civil uruguayo).

También el dominio es *perpetuo*, subsistiendo independientemente del ejercicio que se haga de él y nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de necesidad o utilidad públicas, mediando justa y previa compensación; es el caso de la *expropiación* (artículo 32 de la Constitución nacional).

(26) A. DURÁN MARTÍNEZ (2014: 112).

La noción de propiedad exclusiva, pero no absoluta, implica que si bien se atribuye a un sujeto el goce de una cosa con exclusión de las demás, también estará vinculado a un sujeto pasivo universal, integrado por una comunidad jurídica dentro de la cual se desenvuelve la persona, y por este motivo tendrá una serie de restricciones en el momento de ejercer su derecho de propiedad.

Se deja atrás el concepto clásico de propiedad y se da un viraje filosófico por parte del Estado al pasar de una visión individualista a una propiedad funcional en armonía con los intereses de la colectividad.

Por su parte, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* también exhibe la evolución anotada. El artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece:

«Artículo 21. — *Derecho a la Propiedad Privada.*

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley».*

Las disposiciones citadas, tanto del ámbito nacional como internacional, reconocen el derecho de propiedad como un derecho de libertad. Se podría interpretar como una situación jurídica para el ser humano, derivada de su dignidad y desarrollo personal, cuyo ejercicio debe estar armonizado con el derecho de terceros; de ahí que se definan limitaciones sólo en virtud del interés general.

Estas normas constituyen el paso de la intangibilidad del concepto de propiedad absoluta e ilimitada, a un derecho funcional, elástico y adaptable a la realidad social que experimente la colectividad.

En efecto, además de las restricciones que afectan el carácter absoluto de la propiedad, pueden imponerse servidumbres que afectan el carácter exclusivo, y finalmente las expropiaciones que inciden en su carácter perpetuo (27). Cualquiera de estas limitaciones —en sentido amplio— puede encontrarse en las normas que constituyen el marco regulador del ordenamiento territorial, el medio ambiente y espacios naturales protegidos.

En el trinomio poderes, límites y deberes se comprende el nuevo concepto técnico de la propiedad: los poderes representan el aspecto individual de

(27) Cfr. M. MARIENHOFF (2007:76).

la institución, mientras que las limitaciones y, sobre todo, los deberes son la expresión de su aspecto social.

Conforme BREWER CARIAS «...ya no sólo hay propiedad-poder, sino una propiedad-poder-deber-limitación...». (28)

Precisamente, la Ley que instituye el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas ya citada, en su artículo 6, declara de utilidad pública la *expropiación* de aquellas áreas que reúnan las condiciones establecidas en la misma, en las que el cambio de dominio sea necesario para su integración o mantenimiento dentro del Sistema. Sin llegar a la expropiación, la ley también faculta al órgano administrativo competente (Ministerio de Vivienda, Ordenamientos Territorial y Medio Ambiente) a declarar tales áreas sujetas a las *condiciones de uso y manejo* que determine.

Asimismo, atribuye al Poder Ejecutivo el poder de efectuar las *mutaciones dominiales* necesarias, transfiriendo al Ministerio competente, bienes inmuebles del dominio público o privado del Estado necesarios para la ejecución de los planes y programas de protección del medio ambiente. (29)

Entre las medidas de protección el Poder Ejecutivo podrá establecer las *limitaciones y prohibiciones* respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema y zonas adyacentes, a saber: (30)

A) *La edificación o urbanización, salvo aquellas contenidas expresamente en los planes de manejo del área respectiva.*

B) *La ejecución de obras de infraestructura o la instalación de monumentos que alteren el paisaje o las características ambientales del área.*

C) *La introducción de especies alóctonas de flora y fauna silvestre.*

D) *Los vertidos de residuos, así como el desagüe de efluentes o la liberación de emisiones contaminantes, sin el tratamiento que se disponga.*

E) *La recolección, la muerte, el daño o la provocación de molestias a animales silvestres, incluyendo la captura en vivo y la recolección de sus huevos o crías, así como la alteración o destrucción de la vegetación.*

F) *La emisión o producción de niveles de ruido perturbadores para el entorno.*

G) *La actividad de caza y de pesca, salvo que éstas se encuentren específicamente contempladas en los planes de manejo de cada área.*

(28) A. BREWER CARIAS (1980, citado por D.H. MARTINS 2009:23).

(29) Artículo 7° literal C) de la Ley N° 17234, y artículo 8 de la Ley N° 16.112, de 30 de mayo de 1990.

(30) Artículo 8° de la Ley N° 17234.

H) *El desarrollo de aprovechamientos productivos tradicionales o no, que por su naturaleza, intensidad o modalidad, conlleven la alteración de las características ambientales del área.*

I) *Los aprovechamientos y el uso del agua, que puedan resultar en una alteración del régimen hídrico natural, que tenga incidencia dentro de un área natural protegida.*

J) *Otras medidas de análogas características, necesarias para la adecuada protección de los valores ambientales, históricos, culturales o paisajísticos de cada área.*

Finalmente, otra limitante legalmente consagrada establece la *prioridad de enajenación* de los padrones a que refiere la disposición anterior, previamente calificados, los que deberán ser previamente ofrecidos al Ministerio competente para su venta, y en caso de incumplimiento se establecen abultadas multas de carácter económico.

Las *infracciones* a lo dispuesto en la Ley de Áreas Naturales Protegidas son severamente castigadas no sólo con *multas*, sino también con el *decomiso* de todos los objetos producto de la actividad ilícita, ejemplares vivos, cueros, crías o huevos, elementos arqueológicos y geológicos, cuya introducción o extracción se encuentre prohibida, así como todo otro elemento que directa o indirectamente fuere empleado en la comisión de la infracción, tales como armas, vehículos o embarcaciones y, en su caso, el producido de la comercialización de los elementos producto del ilícito; la suspensión o cancelación de los permisos, autorizaciones o concesiones que hubieren sido otorgados al infractor. Asimismo se establecen *agravantes* de la responsabilidad administrativa o civil, sin perjuicio de las penales, cuando se contravinieren normas de protección de la fauna, la flora o el medio ambiente, se destruyera cartelería indicativa y señalizaciones, si fueran cometidas por funcionarios de la Dirección Nacional de Medio Ambiente o por personal de los administradores de áreas naturales protegidas, o se trate de infracciones reiteradas.

VI. REFLEXIONES FINALES

El conocimiento y puesta en valor del patrimonio natural, cultural y paisajístico es una necesidad de nuestra sociedad para poder alcanzar un desarrollo sostenible. Además, la gestión del patrimonio natural se relaciona con otros temas de gran relevancia, como la conservación biológica y cultural, el ordenamiento territorial y el medio ambiente.

La sostenibilidad territorial se perfila como un planteamiento avanzado para gestionar racionalmente la riqueza patrimonial, el capital natural y el

acervo de las culturas locales, a fin de permitir que cada comunidad y cada lugar, puedan aprovechar los recursos y las capacidades endógenas, preservar su identidad y seguir beneficiándose de los bienes y servicios de los ecosistemas de forma racional y perdurable.

En cualquier caso, la puesta en valor del patrimonio en clave de sostenibilidad requiere una nueva gestión del territorio (gobernanza) y ésta sólo es posible desde una nueva cultura territorial y medioambiental.

Conforme MARTINS (31), el *marco regulador general para el ordenamiento territorial y desarrollo sostenible* comprende:

- a) Un sistema de planificación del ordenamiento territorial y desarrollo sostenible que incluye leyes de impacto ambiental, fomento forestal, sistema nacional de áreas protegidas, monumentos históricos y culturales, además de las de centros poblados y urbanizaciones de propiedad horizontal.
- b) Un cúmulo de instrumentos mediante los que se realiza la planificación: directrices nacionales y departamentales, programas nacionales, estrategias regionales, ordenanzas departamentales, planes locales y sectoriales, etc. Así como instrumentos de ejecución de planes y actuación territorial.
- c) Un conjunto de disposiciones que establecen derechos, deberes y prohibiciones para los propietarios de bienes inmuebles y para toda persona con relación al ordenamiento territorial, así como normas sobre expropiaciones, derecho de preferencia en la compra de bienes inmuebles, derecho de superficie, prescripción adquisitiva especial de ciertos inmuebles, etc.

El autor concluye que la ley ha optado por una visión amplia del ordenamiento territorial como un componente del desarrollo económico-social (32).

En el mismo sentido, dice DELPIAZZO que la expresión refiere a la dimensión del espacio por encima del tradicional enfoque municipal del suelo, a efectos de lograr el progreso económico y el desarrollo sostenible y equilibrado del territorio, la consideración del medio ambiente, la superación de los desequilibrios zonales, y la mejor coordinación entre el campo y la ciudad, entre otros aspectos. Se relaciona con decisiones que se deben adoptar sobre el espacio, acordadas y ejecutadas de acuerdo con objetivos predeterminados, tales como el desarrollo socioeconómico equilibrado de las diversas regiones del país, la mejora de la calidad de vida de los habitantes, la gestión responsable de los

(31) D. H. MARTINS (2009 : 88-89).

(32) *IBIDEM*, p. 91.

recursos naturales, la protección del medio ambiente y la utilización racional del suelo (33).

El territorio es un bien no renovable, esencial y limitado. La nueva cultura del territorio debe tener como primera preocupación encontrar la forma de que, en cada lugar, la colectividad pueda disfrutar de los recursos del territorio y preservar sus valores para las generaciones presentes y venideras.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86 y ss.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana (2013): «Derecho Humano a un medio ambiente sano», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, pp. 5-17.
- BREWER CARIAS, Allan (1980): *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas.
- CABRAL, Daniela (2010): «El ordenamiento territorial y las políticas habitacionales». *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*, Carlos DELPIAZZO (Coordinador), FCU, Montevideo.
- DELPIAZZO, Carlos (2006): «El Ordenamiento Territorial como cometido del Estado», *Revista de Derecho Público*, FCU, N° 29, Montevideo.
- (2015): *Derecho Administrativo Especial*, Volumen 1, Tercera edición ampliada y actualizada, Amalio M. Fernández, Montevideo.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2007): *Casos de Derecho Administrativo*, Volumen V, Montevideo.
- (2013a): «Comentarios a la Ley Construcción de Centro Comercial y Terminal de Ómnibus: Naturaleza Jurídica de la actividad y acto administrativo necesario para su ejercicio. Medio Ambiente Urbano Sostenible», *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 7, Augusto Durán Martínez Director, La Ley Uruguay.
- (2013b): «Desarrollo Sostenible y Derecho Administrativo», *Interesse Público (IP) Revista Bimetal de Direito Público*, Editora Forum, N° 80, Belo Horizonte.
- (2014): «Expropiación en el Uruguay. Algunos problemas actuales», *Estudios de Derecho Administrativo (Director: Augusto Durán Martínez)*, n° 9, La Ley Uruguay.
- LÓPEZ, Hernán (2000): «La regulación del desarrollo sustentable en el derecho internacional y el derecho comparado», *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, La Ley, Buenos Aires.

(33) C. DELPIAZZO (2015: 471).

- LÓPEZ SELA, Pedro L., FERRO NEGRETE, Alejandro (2006), *Derecho ambiental*, IURE Editores.
- MARIENHOFF, Miguel (2007): *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MARTINS, Daniel Hugo (2009): *Ordenamiento Territorial. Análisis de la Ley N° 18.308*, FCU, Montevideo.
- ROTONDO, Felipe (2010): «Visión del Derecho Público sobre el ordenamiento territorial», *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*, Carlos DELPIAZZO (Coordinador), FCU, Montevideo.
- VERGARA, María Victoria (2012): «Principios aplicables. Segunda parte», *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*, Carlos DELPIAZZO (Coordinador), Capítulo 5, Universidad de Montevideo, Montevideo.

