

# El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio

Manuel Pulgar-Vidal\*

*En el presente artículo, el autor hace mención de la complejidad que supone la entrega a los privados del aprovechamiento de los recursos naturales, por cuanto muchas veces ésta origina superposiciones y conflictos por derechos antes otorgados. Así, analiza situaciones potencialmente conflictivas como el dominio sobre la tierra y sobre los recursos naturales; como también el caso de los derechos pre-existentes y las áreas naturales protegidas.*

La entrada en vigencia de la Constitución de 1993, cuestionada por muchos por la legitimidad de su origen, trajo consigo un amplio y a veces polarizado debate en relación al dominio sobre los recursos naturales, los derechos de los particulares para su aprovechamiento y las condiciones a las que se debía someter el mismo. Es que a diferencia del texto constitucional de 1979, en la vigente Constitución se eliminó la referencia a los recursos naturales como "pertenencia" del Estado, lo que generó que algunos intentaran interpretar la posibilidad de otorgar derechos de propiedad a los particulares, sobre los recursos naturales en su fuente.

Esta discusión se zanjó cuando con ocasión del debate para la aprobación de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales<sup>1</sup> el Dr. Jorge Avendaño Valdez anotó en relación a este tema<sup>2</sup>, que el derecho del Estado sobre los recursos naturales respondía al concepto del "dominio eminencial", a partir del cual éste podía otorgar derechos a los particulares para el aprovechamiento, sin que en ningún caso ello implicara un desprendimiento del dominio. Esta posición quedó expresamente reflejada en el artículo 19° de la ley antes citada, que a la letra señala: "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".

Esta misma ley desarrolló otras figuras jurídicas en relación al aprovechamiento de los recursos naturales, en cumplimiento del propio mandato constitucional. Así por ejemplo se desarrolló el concepto de

la concesión, como forma jurídica a partir del cual el concesionario se convierte en titular de un derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, como consecuencia de ello, en propietario de los frutos y productos extraídos.

En la lógica de la referida ley se creó el marco jurídico a partir del cual las leyes especiales han venido estableciendo las condiciones y modalidades para el aprovechamiento de los recursos naturales de manera individual, tanto para bosques, pesca, recursos genéticos, entre otros. A su vez la ley, de manera previsoramente incorporó en tres artículos, dos situaciones de potencial ocurrencia en el caso de aprovechamiento de recursos naturales. El otorgamiento de títulos de diversa naturaleza sobre un mismo recurso natural o el otorgamiento de títulos sobre recursos naturales distintos en un mismo entorno.

En relación a la primera situación posible, la ley precisa en su artículo 25° que pueden concederse diversos títulos de aprovechamiento sostenible sobre un mismo recurso natural, debiendo establecerse en este caso la prelación de derechos y las normas necesarias para su ejercicio. Un ejemplo de ello se da en el sector forestal, en donde en la lógica de promover el manejo integral del bosque un concesionario de conservación, puede a su vez, cumpliendo ciertas condiciones acceder al título para ejercer la actividad de ecoturismo.

En la segunda situación, la ley dispuso en su artículo 26° que el derecho de aprovechamiento sostenible sobre un recurso natural, no confiere derecho alguno sobre recursos naturales distintos al concedido que se encuentren en el entorno. Esto se explica por el hecho que un área geográfica determinada puede contener un potencial de aprovechamiento

\* Profesor de Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

1 Ley N° 26821, del 25 de junio de 1997.

2 Para un mayor conocimiento del debate alrededor de la Ley, ver: Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Antecedentes y Comentarios. Pronaturaleza. Lima, julio 1997.

de diversos recursos naturales y que su aprovechamiento puede resultar posible bajo ciertas reglas que permita compatibilizarlos y a su vez su otorgamiento debe corresponder al órgano que cuente con las facultades expresas para tal fin. Es en esa lógica que el artículo 13° de la misma ley dispuso en su primer párrafo que *“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”*.

Este artículo, bastante preciso en su precepto de obligar al desarrollo de mecanismos para la compatibilización de actividades de aprovechamiento de recursos naturales con el fin de evitar superposiciones y eventuales conflictos, tiene sin embargo muchas aristas a ser consideradas para su materialización. Muchas de estas derivan del tratamiento que el marco legal peruano desarrolla en relación al aprovechamiento de los recursos naturales y podemos identificar situaciones de potencial conflicto por superposición, en relación a los siguientes temas:

1. El dominio sobre la tierra y sobre los recursos naturales.
2. El tratamiento del suelo y los recursos del subsuelo.
3. El ordenamiento territorial y la zonificación ecológica-económica.
4. Las facultades del gobierno central y de los gobiernos regionales.
5. Los recursos naturales y los servicios ambientales.
6. Prelación y derechos pre-existentes.

Los temas planteados constituyen en la actualidad elementos sobre los cuáles no pareciera existir respuesta definitiva y es en consideración a ello que en muchos casos están en la base de lo que constituyen muchos de los conflictos socio-ambientales o por acceso a los recursos naturales que se dan en la actualidad. No es por ello gratuito que, la mayoría de conflictos socio-ambientales se den en relación a una actividad extractiva, como la minería y que

uno de los elementos específicos que originan el conflicto está relacionado al acceso a la tierra<sup>3</sup>.

Pero los conflictos no se limitan al citado ejemplo. Hay otros relacionados a la creación de Áreas Naturales Protegidas y el otorgamiento (previo o posterior a la creación del área) de derechos para el aprovechamiento de los recursos del subsuelo; otros que se originan en el otorgamiento de derechos sobre áreas que han merecido un plan de ordenamiento territorial que no necesariamente ha considerado la actividad que se le contrapone y finalmente conflictos originados en la competencia de los distintos niveles de gobierno. En todos los casos el derecho tiene respuestas que dar y estas deben quedar precisas en una lógica en donde el uso del espacio responda a criterios de aprovechamiento sostenible, capaz de balancear adecuadamente los distintos intereses con una visión de futuro.

Para efectos de este artículo vamos a tratar sobre dos de las seis situaciones descritas. La referida al dominio sobre la tierra y el tratamiento sobre los recursos naturales y aquella referida a prelación y derechos pre-existentes, con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de febrero de 2009<sup>4</sup>.

## 1. EL DOMINIO SOBRE LA TIERRA Y SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Se señaló líneas arriba la manera como se zanjó la discusión jurídica alrededor del tema del dominio de los recursos naturales. A partir del concepto de dominio eminential la ley orgánica estableció figuras que facilitan el acceso de los particulares al aprovechamiento de los recursos, sin que en ningún caso ello implicara la cesión por parte del Estado del dominio del recurso en estado natural o silvestre.

En ese sentido, la concesión se convirtió en la figura jurídica que sin implicar una transferencia del dominio, por lo que no otorga un derecho de propiedad en sentido jurídico, si facilita al titular del derecho actuar como propietario en sentido económico. Debe tenerse en cuenta que los elementos propios de la figura de la concesión sobre recursos naturales han sido tomados de la experiencia en el tratamiento normativo para el aprovechamiento de los recursos minerales.

Este tratamiento legal, extensivo a la integridad de los recursos naturales tiene una sola y muy clara excepción, en relación a los derechos que se otorgan

3 Sobre conflictos socio-ambientales ver: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. Serie Informes Extraordinarios – Informe N° 2. Julio.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009. Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Lima. Por el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, del 10 de mayo de 2007.

sobre la tierra, en el propio texto constitucional. Nos podríamos detener a analizar su evaluación histórica y cómo el tratamiento jurídico sobre la tierra, tiene como parte de su origen la consolidación de los Estados Nación en Europa, pero esto no es materia de este artículo.

Vale la pena sí, destacar, en contraposición a los que buscan extender el tratamiento sobre la tierra a los demás recursos naturales en su fuente, que son justamente los textos constitucionales los que definen la forma en que se ejerce el dominio sobre ellos y las maneras como los particulares pueden acceder a su aprovechamiento. Es cierto, por otro lado, que la Constitución peruana omitió usar el concepto de "dominio" lo que llevó a interpretaciones contradictorias sobre su contenido. A diferencia de ello, el texto constitucional mexicano de 1917, con sus reformas, incluida la del año 2008<sup>5</sup> señala en su artículo 27° de manera expresa:

“Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias 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; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.”

Para acto seguido, en el mismo artículo señalar que la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se rige por ciertas condiciones y preceptos. Es decir, el tratamiento constitucional mexicano distingue, la forma del dominio de dos recursos, respecto a la generalidad de los otros.

Es similar en parte para el caso peruano, en donde el artículo 88° señala que el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa.

Es claro, en consecuencia, que el derecho que el Estado otorga para el aprovechamiento de un

«El derecho que el Estado otorga para el aprovechamiento de un recurso natural implicará en todos los casos el mantenimiento de un dominio latente, a diferencia de la transferencia de dominio en propiedad que puede darse sobre la tierra»

recurso natural implicará en todos los casos el mantenimiento de un dominio latente, a diferencia de la transferencia de dominio en propiedad que puede darse sobre la tierra. Siendo ello así, ¿qué situaciones posibles podemos encontrar y qué a su vez pueden implicar elementos que, por el carácter de superposición, son la fuente de conflictos?

Una situación muy presente en la realidad peruana, por el potencial para el aprovechamiento de recursos mineros, es el otorgamiento de un derecho bajo la figura jurídica de la concesión, que además, como lo señala la propia Ley General de Minería<sup>6</sup> es un inmueble distinto y separado de la superficie donde está ubicada (artículo 15°). Ello conlleva al establecimiento de mecanismos de acceso a la superficie por parte del concesionario a fin de poder ejercer la actividad para la cual se le otorgó el título. En ese sentido la legislación ha variado significativamente desde que se dictó la Ley General de Minería en 1981 y se reconocía el acceso a la tierra sea por expropiación o por servidumbre minera, al existir límites constitucionales, impuestos por la Constitución de 1979 para acceder a la tierra comunal bajo forma de dominio, por su carácter inalienable. Con la eliminación del carácter inalienable de la tierra comunal en la Constitución de 1993, la compraventa de ella se ha convertido en el mecanismo de acceso al cual se ha recurrido con mayor regularidad, sin perjuicio de la existencia de condiciones para la aprobación de la transferencia por parte de la asamblea comunal a partir de la dación de la Ley 26505 del año 95.

Tierras, comunidades y desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales. La relación entre la tierra comunal, acceso a los recursos naturales y el desarrollo de actividades productivas ha sido históricamente materia de debate. Desde el punto de vista legal ha sido materia de tratamiento normativo en países como el Perú, pero a su vez

5 Para revisión del texto constitucional mexicano ver: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

6 Texto único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM y sus modificatorias.

materia de convenios y declaraciones internacionales, lo que se ha visto expresado en resoluciones de tribunales internacionales, vinculados a la defensa de los derechos humanos.

Si nos limitáramos a revisar los artículos 17° y 18° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, respecto al aprovechamiento de estos por parte de las comunidades campesinas y nativas, encontraríamos que éste se limita a un beneficio gratuito y sin exclusividad, para la satisfacción de las necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado.

Este precepto legal, contenido en una Ley Orgánica que limita el uso de los recursos naturales a fines de subsistencia y los restringe en caso de derechos de terceros, empieza sin embargo a ser jurídicamente cuestionado, especialmente a partir de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que establece como principio que este acceso con fines tradicionales, rituales y de subsistencia, no puede ser nunca limitado, y que en caso de establecimiento de límites, estos deben responder a 4 condiciones básicas. Ejemplo de ello es la sentencia de la Corte en el caso del Pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, de fecha 12 de agosto de 2008, que señala<sup>7</sup>:

“(…)

Cualquier iniciativa cuyo propósito sea restringir los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka debe sujetarse a los estrictos requisitos establecidos por la Corte en la Sentencia y en la jurisprudencia del Tribunal. En el contexto de restricciones a los derechos de propiedad en general, la Corte ha sostenido previamente que: de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Acto seguido, sin embargo, la sentencia establece que el acceso de la propia comunidad para el desarrollo de actividades de carácter económico, debe sujetarse a la forma jurídica de la concesión otorgada por el Estado.

“(…)

*El Estado solicitó que la Corte aclare a quién puede otorgar concesiones el Estado, y para qué tipo de actividades de desarrollo e inversión. Específicamente, el Estado sugirió que una vez que los “tres requisitos” expuestos en la Sentencia sean cumplidos, se podrían otorgar concesiones dentro del territorio Saramaka a personas no pertenecientes a la tribu Saramaka, y que el pueblo Saramaka debe solicitar concesiones cuando se trate de actividades no tradicionales en territorio Saramaka, tales como “actividades mineras, explotación forestal comercial o a gran escala, turismo, etc.”*

Esta respuesta de la Corte no coincide, sin embargo, necesariamente con lo que constituye la demanda y reivindicación de las representaciones de los pueblos indígenas, tanto a nivel nacional, como en foros internacionales, posición que es amparada en el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de setiembre de 2007, y de la cual el Perú es parte<sup>8</sup>, que en su artículo 26 señala:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.  
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.  
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.”

A su vez esta demanda es sustentada en el artículo 15° del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes<sup>9</sup>, de 1989 y ratificada por el Perú por Resolución Legislativa N° 26253<sup>10</sup> que señala:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de

7 Para revisión de la sentencia ver: [http://www.tc.gob.pe/corte\\_interamericana/seriec\\_185\\_esp.pdf](http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_185_esp.pdf)

8 Para revisión de la Declaración ver: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

9 Para la revisión del Convenio ver: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

10 Resolución Legislativa 26253 del 2 de diciembre de 1993.

esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

Este debate expresa lo que constituye en muchos casos las bases del conflicto por el uso del territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales, y se agrava cuando el derecho no está en capacidad de reconocer formas consuetudinarias de apropiación y uso de los recursos, basados en la ocupación del territorio como en el caso del aprovechamiento de los totorales del Lago Titicaca por parte de comunidades circunlacustres (GUEVARA, 2009) en donde se presenta una dualidad entre el discurso formal con las concepciones locales:

*“Las categorías empleadas por el lenguaje oficial y desarrollista (e.g., reserva nacional, recursos naturales, agua como propiedad del Estado, licencias administrativas de uso) contrastan con las concepciones y forma de apropiación locales. Y, por tanto, la intervención del Estado suponía la erradicación de las formas comunales y consuetudinarias de asignación de derechos sobre los recursos lacustres, y su reemplazo por un régimen legal diseñado y administrado por el Estado (e.g., licencias, cuotas, vedas). Fue esta colisión entre derechos consuetudinarios locales y las regulaciones estatales sobre la propiedad, control y uso de la ribera y las aguas superficiales, la que generó los conflictos reseñados”.*

La relación entre tierra, comunidad y acceso a los recursos naturales, tiene una expresión legal diferenciada cuando se trata de poblaciones indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, en consideración justamente a la naturaleza que

deriva de su propio aislamiento y del principio de respeto a sus formas de organización tradicional. Este tratamiento legal se expresó en el Decreto N° Ley 22175<sup>11</sup>, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, a través de la segunda disposición transitoria<sup>12</sup> que señaló: “Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se defina una de las situaciones a que se refieren los incisos a) y b) del Artículo 10 de la presente Ley”.

Este tratamiento que implicó el reconocimiento del Estado a la necesidad de crear reservas para proteger a estas poblaciones para el desarrollo de sus formas tradicionales de organización y de uso de los recursos naturales, fue sin embargo cambiando en el tiempo de tal forma que el año 2006 se dictó la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial<sup>13</sup> en cuyo artículo 4° se dispuso, dentro de los derechos reconocidos a estas poblaciones, el que les corresponde en relación a su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos, garantizando a su vez el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia. Esta ley dispuso a su vez el carácter intangible de estas reservas, a las que denominó “reservas indígenas” (en vez del nombre tradicionalmente usado de reservas territoriales) estableciendo la limitación al otorgamiento de derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales en su interior (salvo los reconocidos con fines de subsistencia). Sin embargo, la misma ley permitió el aprovechamiento de recursos naturales que se realicen mediante métodos que no afecten los derechos de estas poblaciones y siempre que lo permita el correspondiente estudio de impacto ambiental.

Esta excepción ha sido fuertemente criticada por las organizaciones indígenas, las que además demandan al Estado niveles mayores de protección frente a lo que consideran constituye una amenaza para la integridad de estas poblaciones. Las actividades de hidrocarburos.

Sobre este último punto, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe “Superposición de Lotes de Hidro-

11 Decreto Ley 22175, del 9 de mayo de 1978

12 El Decreto Ley 20653, del 18 de junio de 1974 que fue derogado por el Decreto Ley 22175, incorporaba un tratamiento similar en la Quinta Disposición Transitoria.

13 Ley 28736 del 16 de mayo de 2006, reglamentada por el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES del 4 de octubre de 2007.

carburos con Áreas Naturales Protegidas y Reservas Territoriales en la Amazonía Peruana”<sup>14</sup> en el cual trata no sólo de la eventual superposición de lotes de hidrocarburos con reservas territoriales existentes, sino a su vez con reservas indígenas propuestas, a través del cual recomienda a la Presidencia del Consejo de Ministros la adecuación de las reservas territoriales existentes a la Ley del año 2006 y el necesario sometimiento a opinión previa para el otorgamiento de derechos para la extracción de recursos no renovables bajo el principio de protección de estos pueblos.

Tierra y bosques.- Uno de los temas más sensibles en la relación dominio sobre la tierra y acceso a los recursos naturales, tiene que ver con el que se presenta cuando la tierra cuenta en la superficie con cobertura boscosa o cuando la tierra constituye una de aptitud forestal.

De manera inmediata podemos confirmar la complejidad, si pensamos que sobre la tierra existe un reconocimiento constitucional al derecho de propiedad, mientras que sobre los recursos naturales distintos a ésta existe dominio eminential del Estado. Entonces la pregunta es ¿qué ocurre si se presentan las dos situaciones en la misma área geográfica?, ¿puede un propietario privado acceder libremente al aprovechamiento con fines comerciales de la cobertura boscosa localizada en su predio?

«La relación entre tierra, comunidad y acceso a los recursos naturales, tiene una expresión legal diferenciada cuando se trata de poblaciones indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial, en consideración justamente a la naturaleza que deriva de su propio aislamiento y del principio de respeto a sus formas de organización tradicional»

Una primera respuesta la podemos encontrar en las propias normas y es la que reconoce que la existencia de un derecho de propiedad sobre la tierra, no da derecho al aprovechamiento del bosque, salvo exista un “permiso” otorgado por la entidad competente de acuerdo a la Ley Forestal y su Reglamento y sujeto al Plan de Manejo forestal correspondiente. Así el artículo 10° de la Ley Forestal<sup>15</sup> señala en el acápite 10.1 *“Permisos: Para el aprovechamiento y manejo de recursos forestales con fines comerciales o industriales, que se realice en bosques de tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales se requiere de un permiso otorgado por la autoridad competente, en las condiciones que establezca el Reglamento”*.

El debate, sin embargo, se ha venido presentando cuando la tierra carece de cobertura boscosa o cubierta vegetal, teniendo sin embargo, por las características del suelo “aptitud forestal” o “capacidad de uso mayor forestal”. Ello lleva a la pregunta sobre ¿cuál debe ser el tratamiento jurídico en ese caso?: ¿bosque o tierra?

La discusión alrededor de las preguntas formuladas en el párrafo precedente se hizo palpable cuando con ocasión de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1090, que derogó la hasta ese entonces Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308<sup>16</sup> se excluyó del concepto de Patrimonio Forestal a la denominada “tierra de capacidad de uso mayor forestal productiva”, incorporándose su tratamiento en el Decreto Legislativo 1064<sup>17</sup> que aprobó el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario. Resultaba obvio que a través de los mencionados Decretos Legislativos se pretendía darle a la tierra sin cobertura boscosa pero con capacidad de uso mayor forestal, el tratamiento de tierra, con el fin de poder otorgar derechos de propiedad sobre ella.

Este debate se zanjó cuando ante la oposición de distintos grupos, se promulgó la Ley N° 29317 del 14 de enero de 2009, restituyendo al concepto de patrimonio forestal la tierra con capacidad de uso mayor forestal productiva.

Las discusiones alrededor de este tema se dan a su vez por la existencia de un Reglamento de Clasificación de Tierras<sup>18</sup> que en su Artículo 6° establece las categorías del sistema, identificando:

14 Informe N° 009-2007-DP/ASPMA.CN de la Adjuntía para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente de la Defensoría del Pueblo, de fecha 20 de marzo de 2007.

15 Decreto Legislativo N° 1090 del 28 de junio de 2008, reglamentado por el Decreto Supremo N° 002-2009-AG del 16 de enero de 2009

16 Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre del 7 de julio de 2000.

17 Decreto Legislativo N° 1064, del 28 de junio de 2008.

18 Decreto Supremo N° 0062/75-AG

- Tierras aptas para el CULTIVO EN LIMPIO.- las que reúnen condiciones ecológicas que permiten la renovación periódica y continua del suelo para el sembrío de plantas herbáceas o semiarbustivas de corto periodo vegetativo, bajo técnicas económicamente accesibles a los agricultores del lugar, sin deterioro de la capacidad productiva del suelo ni alteración del régimen hidrológico de la cuenca.
- Tierras aptas para CULTIVO PERMANENTE.- Son aquellas cuyas condiciones ecológicas no son adecuadas a la remoción periódica y continuada del suelo, pero que permiten la implantación de cultivos perennes, sean herbáceas, arbustivos o arbóreos, así como forrajes, bajo técnicas económicamente accesibles a los agricultores del lugar, sin deterioro de la capacidad del suelo ni alteración del régimen hidrológico de la cuenca.
- Tierras aptas para PASTOREO.- Son las que no reúnen las condiciones mínimas requeridas para el cultivo en limpio o permanente, pero que permiten su uso continuado o temporal para el pastoreo, bajo técnicas económicamente accesibles a los agricultores del lugar, sin deterioro de la capacidad productiva del recurso, ni alteración del régimen hidrológico de la cuenca.
- Tierras aptas para PRODUCCION FORESTAL.- No reúnen las condiciones ecológicas requeridas para su cultivo o pastoreo, pero permiten su uso para la producción de maderas y otros productos forestales, siempre que sean manejadas en forma técnica para no causar deterioro en la capacidad productiva del recurso ni alterar el régimen hidrológico de la cuenca.
- Tierras de PROTECCION.- Están constituidas por aquellas que no reúnen las condiciones ecológicas mínimas requeridas para cultivo, pastoreo o producción forestal. Se incluyen dentro de este grupo: picos, nevados, pantanos, playas, cauces de ríos y otras tierra, que aunque presenten vegetación natural boscosa, arbustiva o herbácea, su uso no es económico y deben ser manejadas con fines de protección de cuencas hidrográficas, vida silvestre, valores escénicos, científicos, recreativos y otros que impliquen beneficio o de interés social.

Es claro que este Reglamento plantea la capacidad de uso mayor, en función al potencial de la tierra para cultivo o pastoreo, lo que pone en evidencia su inclinación agraria. Ello sin embargo puede generar controversias cuando en áreas de la amazonia se encuentran tierras que teniendo cobertura boscosa, tienen a su vez características ecológicas que las hacen apropiadas para la actividad agropecuaria.

Ello a su vez lleva al debate sobre la capacidad del Estado de autorizar el "cambio de uso del suelo" y

autorizar el "desbosque" en los casos en que la tierra pretenda utilizarse con fines agropecuarios.

La manera como la ley ha venido tratando este último tema ha constituido un incentivo perverso al permitir el acceso al derecho de propiedad a quienes obtienen una autorización de desbosque y cambio de uso del suelo para realizar actividad agropecuaria, contra un derecho que no implica transferencia de dominio en caso de desarrollo de la actividad forestal.

Frente a esta situación el planteamiento ha sido limitar el cambio de uso del suelo, por las consecuencias que genera el desbosque en relación a la diversidad biológica y el ecosistema. Por ello, la modificación realizada al Decreto Legislativo N° 1090, a través de la Ley N° 29317 señala de manera expresa "No habrá cambio de uso en las tierras que pertenecen al patrimonio forestal cualquiera sea su categoría, salvo cuando se trate de proyectos declarados de interés nacional en cuyo caso la autoridad encargada de determinar la procedencia del cambio de uso es el Ministerio del Ambiente en coordinación con la entidad del sector público correspondiente. Dichos proyectos deben cumplir con lo establecido en la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y su Reglamento".

Existen por otro lado una serie de situaciones generadas por la existencia de derechos superpuestos frente a los cuales no se ha desarrollado un marco legal adecuado y que por ello constituye en muchos casos fuente de conflicto. Es especialmente el caso de derechos para aprovechamiento de recursos naturales ubicados en la superficie, como el caso de concesiones forestales maderables, no maderables o para otros productos del bosque, como el caso del ecoturismo y la concesión para conservación, frente a derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales del subsuelo. En estos casos no existen mecanismos que regulen esta relación a diferencia de los que existen en caso de derechos para aprovechamiento de recursos no renovables en tierras de propiedad privada, en donde la servidumbre (regulada para el caso de la minería y los hidrocarburos) ha constituido por muchos años la manera como se ha buscado compatibilizar, aunque no exento de conflicto, el ejercicio de ambos derechos.

## 2. DERECHOS PRE-EXISTENTES EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

La historia de las Áreas Naturales Protegidas en el Perú es de antigua data. En 1957 se estableció el Bosque Nacional de Tumbes como la primera área y en 1961 se crea el primer Parque Nacional. Es recién en 1975 en que a través de la ya derogada Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 21147 se crea el Sistema Nacional de Unidades de Conser-

vacación (SINUC) como mecanismo para estructurar un Sistema sobre las categorías existentes que eran 4: Parques Nacionales, Santuarios Nacionales, Santuarios Históricos y Reservas Nacionales. En 1990 se establece el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), en reemplazo del SINUC.

El tratamiento de las distintas categorías del SINUC y posteriormente del SINANPE mereció a lo largo del tiempo reiteradas modificaciones, en relación a la posibilidad o prohibición para el desarrollo de actividades económicas al interior de ellas. Estas modificaciones legales planteaban regímenes prohibitivos en algunos casos y permisivos en otros, respecto al desarrollo de actividades económicas que se propusieran con posterioridad a la creación del área y especialmente en relación al aprovechamiento de recursos naturales no renovables. En un primer momento, con el Reglamento de la Ley Forestal de 1975<sup>19</sup> se planteó una prohibición total, de la que luego fueron excluidas las Reservas Nacionales. Años después el año 1990 con la dación del Código del Medio Ambiente<sup>20</sup> se restituyó la prohibición total, la que posteriormente fue eliminada por la Ley de Fomento a las Inversiones en el Sector Agrario el año 1991<sup>21</sup>.

Se trató de corregir este tratamiento errático a través de la Ley de Áreas Naturales Protegidas<sup>22</sup> al asociar las categorías existentes bajo dos grandes categorías, a saber: áreas de uso indirecto, que incorpora a los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y Santuarios Históricos y en donde se prohíbe la extracción de recursos naturales y las áreas de uso directo, que involucra a las otras 7 categorías, tales como las Reservas Nacionales, los Cotos de Caza, y las Reservas Comunales y en donde el desarrollo de actividades económicas se sujeta a la condición de ser compatible con los objetivos del área.

Es importante mencionar que este tratamiento legal está referido al otorgamiento de derechos con posterioridad a la creación del área, ya que en relación a los derechos pre-existentes las normas siempre coincidieron en el respeto a estos con la condición que el ejercicio del mismo se haga en armonía con los objetivos del área que se crea con posterioridad.

En relación a la propiedad, la Ley N° 21147 señalaba que serían expropiados a favor del Estado los predios de dominio privado que se requiriesen para el establecimiento de Unidades de Conservación, situación que nunca se dio y que no limitó

«La capacidad del Estado en definir, en función a valores que respondan al interés de la sociedad, limitaciones al ejercicio de derechos pre-existentes, debe venir aparejada de la correspondiente compensación en caso la decisión sea la privación de ese derecho»

la creación de estas áreas. Posteriormente el texto original del artículo 53° del Código del Medio Ambiente señaló que *“el ejercicio de la propiedad y de los demás derechos adquiridos con anterioridad al establecimiento de las áreas naturales protegidas debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales fueron éstas creadas. El Estado evaluará en cada caso, la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos”*. El segundo párrafo del referido artículo 53°, que fuera derogado por el Decreto Legislativo N° 708 disponía que *“podrán expropiarse aquellos derechos cuyo ejercicio sea contrario a los fines y objetivos de las áreas naturales protegidas. Igualmente pueden ser resueltos los contratos celebrados con el Estado cuya ejecución perjudique o ponga en peligro la protección o conservación de las áreas naturales protegidas. En este último supuesto, el Estado considerará una indemnización justipreciada que resarza las mejoras y otras inversiones que no puedan ser recuperadas por el afectado”*.

En la misma lógica la vigente Ley de Áreas Naturales Protegidas, establece en su artículo 4 que *(...) 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”*.

Este tratamiento en relación a la propiedad pre-existente a la creación del área permite concluir que un área protegida no es una categoría de dominio, sino más bien de uso y que por ello se pueden establecer éstas incluso sobre áreas de propiedad privada.

19 El Reglamento de Unidades de Conservación fue aprobado por Decreto Supremo N° 160-77-AG del 31 de marzo de 1977.

20 Decreto Legislativo N° 613

21 Decreto Legislativo N° 653

22 Ley N° 26834



En relación a otros derechos la vigente Ley de Áreas Naturales Protegidas establece en su artículo 5, que *“el ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales estas fueron creadas”*.

En esta lógica normativa es que resultan jurídicamente cuestionables los argumentos que sobre el tema de los derechos adquiridos han sido planteados en la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada. Esta sentencia emitida como resultado del recurso de agravio constitucional forma parte del procedimiento iniciado por la demanda de amparo interpuesta contra tres empresas petroleras por la existencia del lote de hidrocarburos N° 103, el mismo que fuera otorgado con anterioridad a la creación del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera en la Región San Martín. La demanda fue interpuesta por la violación del derecho constitucional a gozar de un ambiente sano. Vale la pena precisar que en este artículo se plantea un cuestionamiento jurídico en relación al concepto de los derechos adquiridos y no en relación a los otros temas que forman parte de la sentencia.

El Tribunal reconoce en el acápite 48 que el Decreto Supremo que aprueba el contrato para el lote 103 es anterior al Decreto Supremo de creación del Área de Conservación Regional, para acto seguido en el acápite 49 plantear: *“Al respecto debe considerarse que las ANP son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región. No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción”*.

El Tribunal Constitucional plantea en su argumentación un reconocimiento al valor que tiene un Área Natural Protegida, lo que puede constituir un argumento válido. Sin embargo, cuando ese mayor valor se contrapone a un derecho pre-existente, no puede ampararse la arbitrariedad de desconocer el mismo y eventualmente revocarlo sin compensación alguna. La capacidad del Estado en definir, en función a valores que respondan al interés de la sociedad, limitaciones al ejercicio de derechos pre-existentes, debe venir aparejada de la correspondiente compensación en caso la decisión sea la privación de ese derecho. Ese es el principio que lleva a la figura de la expropiación, en caso de privación del derecho de propiedad y es el principio que debe regir para un caso como el que fue materia de la sentencia.

Posteriormente en el acápite 64, la sentencia plantea que el aprovechamiento de hidrocarburos será procedente si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida, en aplicación del artículo 27° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Con ese fundamento, en la parte resolutive el Tribunal prohíbe la realización de la última fase de exploración y la explotación, hasta que no se cuente con el Plan Maestro, que constituye el instrumento de planificación y manejo del área.

En este caso, el Tribunal sustenta su decisión en el artículo 27° de la ley, que es un precepto a ser aplicado para la autorización para el aprovechamiento de recursos naturales en áreas naturales protegidas, que se solicite con posterioridad a la creación del área y no para el caso de actividades o derechos pre-existentes que se rige por los artículos 4° y 5° antes citados.

**Conclusión.**- Los temas planteados son tan sólo un ejemplo de las dificultades que implica el ejercicio de derechos para el aprovechamiento de recursos naturales en el Perú y la escasez de herramientas jurídicas y normativas para solucionar los problemas que se presentan ante la superposición de derechos sobre una misma área geográfica.

Esta realidad se agrava cuando, por el proceso de descentralización, se definen competencias poco precisas en los distintos niveles de gobierno y cuando no se analiza a profundidad la naturaleza diversa de los distintos derechos a ser otorgados para el aprovechamiento de los recursos ubicados en la superficie y en el subsuelo. 