

Desatinos de la normativa ambiental

CARLOS ANDALUZ WESTREICHER

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Ambiental en la Universidad de Lima, Pontificia
Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico.

AUTORES NACIONALES

SUMARIO:

- I. Desatino uno: Pretender que el concepto de Patrimonio de la Nación está referido a la propiedad inalienable que el Estado tiene sobre los recursos naturales.
- II. Desatino dos: Inventar el supuesto "principio de dominio eminential" para pretender que no hay propiedad privada sobre recursos naturales.
- III. Desatino tres: Pretender que el Estado es siempre el titular del pago por los servicios eco-sistémicos generados dentro de las Áreas Naturales Protegidas.
- IV. Desatino cuatro: Pretender que todo espécimen de fauna o flora silvestre merece ser objeto de protección.
- V. Desatino cinco: Otorgar derechos sobre bienes de dominio público mediante licencia, permiso o autorización.

ESPECIAL

ADVOCATUS | 35

RESUMEN:

Mostramos a continuación algunos errores flagrantes de nuestra normativa referida a la regulación ambiental, incluyendo el régimen de otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales. Lo grave de estos yerros es que la mayor parte de decisores políticos, académicos, estudiantes, operadores judiciales y ciudadanía en general, asumen que estos desatinos son lo correcto, provocando la aplicación de políticas y decisiones administrativas y jurisdiccionales que, además de rayar en el absoluto absurdo, dificultan la implementación de adecuadas medidas de promoción para el desarrollo sostenible.

Palabras clave: Patrimonio de la Nación, Bien de dominio público, Bien del Estado, Dominio eminente, Dominio eminential, Concesión, Autorización, Permiso, Licencia y Habilitación.

ABSTRACT:

The present article exposes some flagrant mistakes of the Peruvian regulation referred to environmental law, including the regime of granting rights over natural resources. As the author emphasizes, the seriousness of these errors is that most political decision-makers, academics, students, judicial operators and citizens in general assume that these blunders are correct, causing the implementation of policies, administrative and jurisdictional decisions that, besides being absolutely absurd, hinder the implementation of appropriate promotion measures for sustainable development.

Keywords: National Heritage, Public Domain, State Good, Eminent Domain, Concessions, Authorization, Permission, Licenses and Enabling.

I. DESATINO UNO: Pretender que el concepto de Patrimonio de la Nación está referido a la propiedad inalienable que el Estado tiene sobre los recursos naturales

Es lugar común en nuestro país escuchar o leer que los recursos naturales son de propiedad estatal porque constituyen *patrimonio de la Nación*, es decir, se asimila "patrimonio de la Nación" con "pertenencia al Estado" y, en algunos casos, pertenencia a título de bien de dominio público y, por lo tanto, en calidad de bien inalienable e imprescriptible.

Se argumenta que esto lo establece nuestra Carta Magna, aunque sin explicar por qué es así o cómo es que llegan a esa conclusión. Veamos a continuación algo de doctrina, legislación y fallos en este sentido:

"La Constitución Política de 1993, establece en su artículo 66 que los recursos naturales –renovables y no renovables, incluidas las tierras– son Patrimonio de la Nación y que

*por ley orgánica se fijarían las condiciones de uso, siendo la concesión la que otorgaría al titular un derecho real sujeto a dicha ley. De esta manera todos los recursos naturales, renovables y no renovables, permanecen bajo el dominio del Estado y que la figura legal por la que pueden ser entregados a un particular, es la concesión"*¹.

*"La Constitución define que los recursos naturales son patrimonio de la nación. Este es un concepto más sociológico que jurídico; en otras palabras, significa que los recursos naturales son de todos y cada uno de los peruanos, pero ninguno de nosotros, ni siquiera el Estado –que es representante de la nación– puede disponer de forma exclusiva de ellos"*².

La Ley 26821 –26 de junio 1997–, Ley Orgánica sobre el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que desarrolla el artículo 66 de la Constitución, hace lo mismo, conforme es de inferirse del tenor de sus artículos

1. CERDÁN, Miriam y LEGUÍA, Joaquín. *Guía Legal de Tierras de Niños, instrumentos legales para el otorgamiento de tierras a menores de edad para su manejo sostenible*. Lima: Editorial Ania / Spda, p. 37.
2. CALLE, Isabel y PULGAR VIDAL, Manuel. *Manual de Legislación Ambiental*. Tercera edición. Lima: Editorial SPDA, 2010, p.33.

1, 4, 19 y siguientes; según los cuales solo los recursos naturales mantenidos en su fuente son Patrimonio de la Nación, en tanto que los extraídos de la fuente –frutos o productos– son de propiedad del particular autorizado para ello. Asimismo, establece que “en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos”.

La Ley 29763 –22 de julio 2011–, nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, dispone en su artículo 4 que las plantaciones forestales en predios privados se consideran recursos forestales pero no son parte del patrimonio forestal de la Nación. ¿Y por qué no constituiría patrimonio de la Nación una plantación forestal? Porque una plantación forestal en tierra de propiedad privada es, justamente, propiedad privada, y el legislador está entendiendo que hay correspondencia entre patrimonio de la Nación y pertenencia al Estado. Mientras que este mismo artículo establece que las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras para capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos, si constituyen patrimonio forestal, es decir, propiedad estatal inalienable. Quiere decir que tierras totalmente degradadas y sin cobertura boscosa no se pueden dar en propiedad para reforestación; sin embargo, tierras con bosques vírgenes pero clasificadas como de aptitud agropecuaria sí, es decir, se puede tener seguridad jurídica sobre las mejores tierras para sembrar lechugas pero no para sembrar árboles en las peores tierras ¿Alguien entiende la racionalidad de esto?

El Tribunal Constitucional hace lo mismo, como es de verse de la Sentencia 0048-2004-PI/TC –1 de Abril 2005–:

“Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación –no son objeto del derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo– configuran lo que se denomina una “propiedad especial”. Ésta 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” (el subrayado es nuestro).

El supremo intérprete constitucional también asimila recurso natural con bien de dominio público.

Lo cierto es que no hay razón alguna para pretender que nuestra Constitución vigente prohíbe la propiedad privada sobre los recursos naturales y, menos aún, para afirmar que tal prohibición deriva de la naturaleza de *patrimonio de la Nación* que esta suprema ley atribuye a los recursos naturales. Por el contrario, una lectura conjunta de su articulado nos aleja de esta absurda pretensión.

Como es sabido, el patrimonio de la Nación puede ser natural o cultural. En cuanto al patrimonio cultural el artículo 21 de la Constitución no deja espacio para dudas, ya que de manera expresa dispone que estos bienes “(…), son patrimonio de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública” (el subrayado es nuestro). En relación con el patrimonio natural no hay mención expresa en igual sentido, pero sí muchas otras referencias que nos permite tomar distancia de la absurda asimilación de patrimonio de la Nación con pertenencia al Estado. Efectivamente, una lectura integral de la Carta nos revela el verdadero significado de patrimonio de la Nación, desligándolo de toda prohibición de otorgar derechos de propiedad a los particulares y vinculándolo al verdadero sentido del dominio eminente del Estado. Así, el artículo 71 –que está inserto en el Capítulo “De la Propiedad”– permite a los particulares ser propietarios de recursos como las minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía. El Artículo 88, por su lado, garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra.

Esta independencia entre el contenido conceptual de *patrimonio de la Nación* y propiedad pública inalienable queda corroborada por la Ley 26496 –11 de Julio de 1995–, expedida durante la vigencia de la Constitución de 1993, y que a la letra dice: “Otórguese la propiedad de los hatos

de vicuña (...) a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies".

Los hatos de vicuña constituyen especie silvestre, en consecuencia, constituyen recurso natural; sin embargo, la ley los está otorgando en propiedad. Adviértase pues que está en la ley y no en la Constitución la factibilidad de establecer qué tipo de derechos –incluyendo propiedad– se otorga sobre los recursos naturales³.

Cuál es entonces el verdadero contenido conceptual de *patrimonio de la Nación*, pues bien, que un bien –material o inmaterial, mueble o inmueble– tenga la calidad de patrimonio de la Nación significa que es de interés nacional⁴ y, como tal, debe regularse la modalidad de los derechos otorgados sobre los mismos y, si es necesario, sobre la base del dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, debe fijarse limitaciones para el ejercicio de esos derechos, sea quien fuere el titular de los mismos. En otros términos, significa que es de interés de todos los peruanos cómo se usan estos recursos naturales, puesto que ellos nos proporcionan alimentos, medicamentos, también materias primas para todas las actividades económicas destinadas a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades materiales o espirituales humanas o quizá simplemente un sentimiento de orgullo nacional. En consecuencia, el Estado, que nos representa legalmente a todos, no puede permitir aquellos usos que suponen depredación de los recursos naturales o de-

gradación del ambiente; porque eso limitaría nuestras posibilidades de desarrollo y afectaría nuestra calidad de vida. Cuando se dice que un bien es patrimonio de la Nación, sea este de origen natural o cultural, se está diciendo que es de interés público y que, por lo tanto, el Estado fijará las condiciones bajo las cuales los titulares de derechos patrimoniales ejercerán los mismos. Una lectura jurídica de patrimonio de la Nación nos remite entonces a algún tipo de restricción o limitación en el ejercicio de derechos patrimoniales, en aras del interés público, y no a propiedad de dominio público.

Desviarse de este correcto sentido ha llevado al legislador a muchos absurdos, como impedir la entrega en propiedad de tierras degradadas –por acción de la agricultura migratoria o minería ilegal– por el solo hecho de haber sido clasificadas como de uso mayor forestal, desalentando que se destinen a plantaciones forestales⁵; o establecer que una plantación forestal no es patrimonio forestal, es decir, no es de interés nacional.

II. DESATINO DOS: Inventar el supuesto "principio de dominio eminential" para pretender que no hay propiedad privada sobre recursos naturales

En lugar de reconocer que no hay impedimento constitucional para que se otorgue propiedad privada sobre los recursos naturales, pues esto está reservado al sano arbitrio del legislador común, el Decreto Legislativo 1079–28 de junio de 2008–, sobre medidas que garantizan el pa-

3. Cabe destacar que desde la promulgación de la Ley 26496, que permite "el aprovechamiento exclusivo y particular goce" de las vicuñas por parte de las comunidades campesinas de los hatos de vicuña, esta especie se ha visto beneficiada, pues según el IV Censo Agropecuario realizado el 2012 por el MINAGRI, respecto de la población censada en el 2000 –118,678 especímenes– al 2012 hay un incremento del 76% –208,895 especímenes–.

4. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional cuando refiere que: "*al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional*" –Expediente 03343-2007-PA/TC: Fundamentos 11 y 16, Sentencia de 27 del Agosto 2009–.

5. El grueso de las plantaciones forestales del Perú se encuentran en tierras clasificadas para uso mayor agrícola perenne o ganadero, por la simple razón de que estas tierras permiten propiedad privada y, consecuentemente, mayor seguridad jurídica. Asimismo, buena parte de la producción de café, que se alterna como primer y segundo producto de agro-exportación, se ubica en plantaciones sobre tierras clasificadas como de aptitud forestal o de protección y, a pesar de estar en producción por décadas, no han podido ser objeto de las políticas públicas de titulación predial debido a esta absurda prohibición, supuestamente sustentada en la Constitución.

rimonio de las áreas naturales protegidas⁶; y la Ley 29763 –22 de julio 2011–, nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre –nueva LFFS–⁷, inventan un supuesto *principio de dominio eminential*, según el cual los recursos naturales no pueden darse en propiedad a los particulares y siempre deben mantenerse bajo dominio público. Nótese que este supuesto principio no hace más que repetir lo que antes ya estableció la Ley Orgánica sobre el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, pero basándose en la errada identidad entre “patrimonio de la Nación” y “pertenencia al Estado”.

Es evidente que nuestro legislador, al igual que cierta doctrina nacional e inclusive el Tribunal Constitucional, carecen de solvencia para manejar las categorías jurídicas: “bien de dominio público”, “bien del Estado” y “dominio eminential”; pues, como hemos visto, por un lado aprueba una ley que transfiere la propiedad de los hatos de vicuña –especie silvestre y, por lo tanto, recurso natural– a las comunidades campesinas, en plena vigencia de la Constitución de 1993; aprueba después mediante Resolución Legislativa el Acuerdo de Paz firmado entre Ecuador y Perú –26 de Octubre de 1998–, en virtud del cual el Estado peruano transfirió a la República del Ecuador –a perpetuidad– la propiedad de un kilómetro cuadrado del área denominada Tiwinza, ubicada en el Distrito de El Cenepa, departamento de Amazonas, una de las zonas con mayor riqueza y diversidad biológica del planeta, es decir, que contiene muchos recursos naturales; y, por otro lado, legisla sobre un supuesto *principio de dominio eminential*, según el cual el Estado siempre conserva el dominio sobre los recursos naturales. Adviértase que si los recursos naturales deben mantener por siempre la calidad de bien de dominio público, sería nula la transferencia de los hatos de vicuña

a las comunidades, como nula sería también la transferencia de una porción de Tiwinza al Ecuador en el marco del Acuerdo de Paz.

Lo cierto es que, a despecho de lo afirmado por quienes quieren ver en el dominio eminential un impedimento para entregar derechos de propiedad sobre recursos naturales, a la luz de esta teoría jurídica, recogida en la legislación de todos los países de inspiración romano germánica, solo tiene sentido hablar de un dominio eminential del Estado en relación con el dominio directo y útil de los particulares, es decir, el dominio eminential conlleva de suyo el reconocimiento de que hay un dominio directo y útil de los particulares, y solo nos informa que ese derecho, aunque sea uno absoluto como la propiedad o sujeto a plazo y condición como la concesión, puede ser objeto de limitaciones legales en beneficio del bien común, como es el caso de las restricciones establecidas respecto del uso y disfrute en los instrumentos de ordenamiento territorial –zonificación– o las disposiciones sobre imposición de servidumbres; o en las normas sobre expropiación en relación con la propiedad.

En realidad, el dominio eminential que sobre todas las cosas tiene el Estado, como expresión de su poder soberano, consiste en la facultad que le asiste, en nombre del bien común, de retener para sí la propiedad de ciertos bienes –bienes de dominio público destinados al uso o servicio público; y los declarados como tal por ley–, de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos de propiedad y a otros derechos patrimoniales otorgados a los particulares –concesión o cualquier otro– o decidir bajo qué modalidades otorga derechos –propiedad, concesión, usufructo, cesión en uso, arrendamiento, etc.– e, inclusive, la facultad de privarles de tales

6. “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos, productos y subproductos, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados” (el subrayado es nuestro).
7. “El Estado ejerce el *dominio eminential* sobre los recursos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, así como de sus frutos y productos en tanto no hayan sido legalmente obtenidos”. –Artículo II numeral 8.–.

derechos mediante los mecanismos constitucionales como la expropiación o la imposición de servidumbres públicas. Es indudable que ciertos recursos, por ser de elevado interés nacional, deben permanecer bajo el dominio inalienable e imprescriptible del Estado y, obviamente, este no debe otorgar respecto de ellos propiedad, sino que preferirá derechos sujetos a plazo y condiciones –una presencia tutelar de los intereses públicos más cercana– como la concesión; es el caso, a nuestro entender, del recurso agua o de algunos componentes de la diversidad biológica. Por el contrario, en ocasiones, siempre en aras del bien común, el Estado entrega recursos naturales en propiedad; así sucede con el recurso tierra destinado a la agricultura, ganadería o vivienda, que goza de agresivas políticas públicas de titulación dominical para garantizar el acceso a la propiedad privada, dotándola de seguridad jurídica y facilitando el tráfico patrimonial. Lo propio debería suceder con las tierras degradadas que actualmente están clasificadas como de aptitud forestal, a efectos de promover su reforestación o uso agro-silvicultural; sin embargo, la errada noción de patrimonio de la Nación y de dominio eminente que contiene la nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre –en adelante “LFFS”– impiden esto.

En consecuencia, el dominio eminente no siempre es un impedimento para que el Estado se desprenda de la propiedad sobre los recursos naturales; simplemente significa que, en función del bien común e independientemente del titular, decide cómo otorgar derechos sobre los mismos, impone limitaciones a su ejercicio, priva o restringe constitucionalmente el derecho. Asimismo, tampoco significa que por el dominio eminente los recursos naturales son necesariamente bienes de dominio público.

En esta misma línea de pensamiento, en relación con el dominio eminente, se ubica Kresalja⁸,

cuando expresa que la titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación –en realidad debió referirse al Estado– expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas y, por lo tanto, no debe confundirse el dominio eminente con el dominio público. Añade que el concepto de dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecer 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.

III. DESATINO TRES: Pretender que el Estado es siempre el titular del pago por los servicios eco-sistémicos generados dentro de las Áreas Naturales Protegidas

Este desatino es consecuencia, en buena medida, de los desatinos uno y dos, es decir, la falta de solvencia para el manejo de las categorías jurídicas “patrimonio de la Nación”, “bien de dominio público”, “bien del Estado” y “dominio eminente”. Así, se afirma *“que se debe tener como base el hecho de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y en consecuencia, el Estado peruano tiene el dominio eminential sobre éste y los servicios que de ellos se desprenden”* (el subrayado es nuestro), es decir, el silogismo es: los recursos naturales son siempre del Estado y, por lo tanto, los servicios ambientales que prestan estos también, en consecuencia, los certificados de carbono le pertenecen al Estado.

Con base en este razonamiento se aprobó la Resolución Presidencial 26-2014-SERNANP-30 de Enero 2014–, sobre regulación de la “comercialización de los derechos generados por proyectos de conservación de los ecosistemas naturales presentes dentro de las Áreas Naturales Protegidas” –en adelante, “ANP” –, la misma que, invocando la

8. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Régimen Económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2012, p. 188.

9. CAPILLA VARGAS, José Luis y SANDOVAL DÍAZ, Milagros. *REDD en el Perú: Consideraciones Jurídicas para su Implementación*. Lima: Editorial SPDA, 2010, p. 29.

facultad de administración que tiene el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas –en adelante “SERNANP”–, sobre los recursos forestales y servicios eco-sistémicos que se dan al interior de las ANP¹⁰ y, asimismo, su deber de promover, otorgar y regular derechos por los servicios ambientales generados por las ANP¹¹, termina concluyendo que el SERNANP es titular de todo derecho que pudiera generarse por el mantenimiento o recuperación de los ecosistemas naturales o los servicios eco-sistémicos que generan, incluyendo cualquier tipo de certificados de carbono que pudieran generarse por la implementación de los proyectos que contribuyan a evitar la deforestación o degradación de los ecosistemas dentro de las ANP.

Como se puede apreciar, no es fútil divagación establecer si porque los servicios ambientales se “desprenden” de los recursos naturales la retribución pagada –bono de carbono por ejemplo– debe ser siempre del Estado, es decir del SERNANP. Como tampoco lo es determinar si el carbono retenido o capturado es un recurso natural o, quizá, un fruto o producto; y, por lo tanto, una vez más, la retribución debe ser del SERNANP.

Según esta directiva, en el desarrollo de servicios eco-sistémicos en las ANP, por ejemplo mediante proyectos de reducción de emisiones

por deforestación y degradación de los bosques –REDD+– o proyectos dentro del Mecanismo de Desarrollo Limpio –en adelante “MDL”¹²–, el SERNANP conserva el dominio sobre los ecosistemas que prestan estos servicios eco-sistémicos¹³ y, por lo tanto, los certificados de carbono generados en ese contexto son de titularidad del SERNANP. Semejante conclusión obedece a varios errores: la asimilación entre patrimonio de la Nación y propiedad estatal; la aplicación del supuesto principio de dominio eminencial; la confusión de servicio ambiental con recurso natural; no distinguir gracias a quién se da o mejora el servicio ambiental; y la incapacidad de identificar y diferenciar los componentes presentes en un servicio eco-sistémico. Al ver el rol de cada componente y de cada actor aparece con claridad meridiana qué corresponde a cada quien, así tenemos:

- a) El ecosistema es el ANP, que puede ser de propiedad privada y/o pública.
- b) El titular del ecosistema es el SERNANP, en el entendido que sean tierras solo de dominio público, ya que, como se ha dicho, es posible que coexista con áreas de dominio privado.
- c) El contribuyente o coadyuvante del servicio eco-sistémico es quien realiza o logra que se realicen las acciones o abstenciones para

10. Artículo 2 del Decreto Legislativo 1079, Ley de ANP.

11. Artículo 3 literal k– del Decreto Supremo 006–2008–MINAM, Reglamento de la Ley de ANP el SERNANP.

12. En virtud del MDL un País Anexo I de la Convención Marco sobre Cambio Climático –países desarrollados y países con economías en transición de mercado–, que tiene compromisos cuantificados de reducción o limitación de sus emisiones de gases de efecto invernadero –GEI–, puede desarrollar proyectos –plantaciones forestales por ejemplo– que contribuyan a reducir las emisiones en países en desarrollo que no tienen objetivos en la reducción de estas emisiones. Por la implementación de proyectos MDL, el país recibe una cantidad de reducciones certificadas igual a la cantidad de gases reducida por los mismos, pudiendo utilizar estos certificados a efectos de contabilizar el cumplimiento de sus objetivos.

Aparejado con esto, durante la *Décimo Tercera Conferencia de las Partes –COP 13– de la CMCC, –Bali, 2007–* se reintrodujo a las negociaciones el rol que juegan los bosques en la mitigación del cambio climático, reconociéndose desde entonces la reducción de emisiones por deforestación y degradación de los bosques –REDD+– como un mecanismo válido en la lucha contra el cambio climático. *El Plan de Acción de Bali –2007–* denomina REDD+ a los proyectos que proponen la reducción de emisiones derivadas de la deforestación y la degradación forestal, además de la conservación, el manejo sostenible y el mejoramiento del stock de carbono de los bosques en los países en desarrollo.

13. Es ya un error expresar que el SERNANP conserva el dominio de los ecosistemas que contiene un ANP porque por ley solo le corresponde la administración del ANP y, además, no hay óbice para que la integridad o parte de un ANP sea de propiedad privada.

hacer posible la generación, mantenimiento o mejora del servicio eco-sistémico –Ejecutor del Contrato de Administración en una ANP, por ejemplo, que jurídicamente no es más que un prestador de servicios, cuya contraprestación está dirigida a que se realicen acciones o abstenciones para la generación, mantenimiento o mejora del servicio eco-sistémico–.

- d) El retribuyente del servicio eco-sistémico es quien adquiere el certificado o bono de carbono.
- e) La retribución es el certificado o bono de carbono, expresada en toneladas equivalentes de carbono; y que refleja a valor de mercado la contraprestación por los servicios que hicieron posible las acciones o abstenciones para la generación, mantenimiento o mejora del servicio eco-sistémico.

Al revisar cada componente y su respectivo rol cabe preguntarse por qué esta directiva pretende que el SERNANP es –en todos los casos– el titular de los derechos generados por el mantenimiento o recuperación de los ecosistemas y, consecuentemente, del certificado de carbono, esto solo sería aceptable si el SERNANP es quien por sí realizó las acciones o abstenciones –prestación de servicios–; pero no lo es cuando estas han sido realizadas por un tercero, que podría ser el Ejecutor en un contrato de administración. Esto se entiende menos cuando vemos la acertada definición de certificados de créditos de carbono que tiene el glosario de esta directiva, pues reconoce que *“son derechos de propiedad de carácter registrable y transmisible que certifican el cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o soportar que conllevan a la captura o retención de una cantidad determinada de carbono”*; conforme a lo cual, evidentemente, la retribución –bono o certificado– en estos casos es de quien tuvo a su cargo lograr tales *obligaciones de hacer, no hacer o soportar* y no del SERNANP, que tan solo las autorizó, en tanto es su obligación administrar los recursos forestales y los servicios eco-sistémicos dentro de las ANP, así como promover, otorgar y regular derechos por los servicios ambientales.

Por si esto fuera poco, según esta directiva el remanente, luego de aplicar el producto de los bonos o certificados a cumplir con las obligaciones del Ejecutor en el marco del contrato de administración, no es propiedad de tal Ejecutor que realizó las prestaciones en el marco de los servicios a los que se obligó, sino del SERNANP ¿Cómo se llama esto? Pues confiscación directa por vía regulatoria, lo cual no solo es abusivo sino francamente absurdo, equivale a contratar a un tercero para que se ocupe del mantenimiento de una casa mediante obligaciones de hacer, como mantener y reparar los componentes del inmueble durante un plazo determinado y pretender que quien se beneficia –propietario– no solo no debe pagar contraprestación alguna sino que debe exigir una al que realizó el servicio.

Se preguntarán entonces los de criterio recaudador cuál es la “ganancia” del SERNANP en relación con las acciones o abstenciones generadas por el *contribuyente*, pues nada más y nada menos que la sanidad del ecosistema que debe administrar –ANP–, es decir, que esté igual o mejor, haciendo posible que los objetivos de conservación se cumplan cabalmente; así como el beneficio de las poblaciones involucradas en las estrategias diseñadas para evitar la deforestación y degradación dentro de estas ANP.

Que quede claro pues que no se debe confundir el servicio ambiental de retención o captura de carbono con las acciones o abstenciones humanas que lo hicieron posible. El servicio ambiental en sí no se retribuye, las acciones o abstenciones antrópicas que permiten que el servicio ambiental se mantenga o mejore –prestación de servicios–.

De otro lado, hay quienes sostienen que el Estado es siempre el dueño de los bonos de carbono argumentando que el carbono retenido o capturado constituye un recurso natural; otros dicen que para saber si esto es así es necesario primero establecer si es más bien un fruto o un producto del mismo.

Esto nos muestra que amerita profundizar el análisis en materia de servicios ambientales vinculados a gases de efecto invernadero –en

adelante "GE"–, sobre todo en relación con el mecanismo REDD+, pues hay serias confusiones respecto de su naturaleza y, consecuentemente, sobre la titularidad del derecho cuando el servicio ambiental ha sido generado, mantenido o mejorado; es decir, sobre los bonos o certificados de reducción o retención de emisiones. Hay pues que establecer la verdadera naturaleza jurídica tanto del carbono retenido o capturado, como de los bonos o certificados de reducción o retención de emisiones, a fin de saber quién debe recibir la retribución por los servicios eco-sistémicos de un proyecto REDD+.

En primer lugar, corresponde establecer qué es el *carbono retenido o capturado*, solo si se concluye que se trata de un recurso natural o de un fruto o producto del mismo se concluirá que la titularidad corresponde al Estado. La Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y la Ley General del Ambiente establecen que recurso natural es *"todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano y que tenga un valor actual o potencial en el mercado"*. Es decir, lo que caracteriza a un recurso natural, según estas normas, es su utilidad y su valor en el mercado.

Ahora bien, el carbono, desde el punto de vista biológico, es uno de los elementos primarios que constituyen a los seres vivos, al igual que el oxígeno, hidrógeno, nitrógeno, fósforo o azufre, es decir, es parte de la sustancia de los seres vivos y, consecuentemente, de algunos recursos naturales –bosque por ejemplo–; jurídicamente es lo que se conoce como parte integrante, es decir, lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien –artículo 887 del Código Civil, en adelante "CC"–. Por lo mismo, las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. El carbono en este caso es al árbol lo que es a nuestro cuerpo, pues si bien el carbono independientemente considerado puede constituir recurso, de ninguna manera lo es si hace parte de la sustancia misma de un ser vivo, extraerlo supone destruir o deteriorar severamente el ser del que forma parte. Por otro lado, no es el carbono el que brinda utilidad, sino el hecho de que siga formando parte de la sustancia del

recurso –retenido en la foresta por ejemplo–; asimismo, lo que tiene valor en el mercado no es el carbono mismo, sino la acción o abstinencia antrópica que evita su liberación –permanencia o mejora del servicio ambiental por acción antrópica: hacer, no hacer o soportar–. Es claro entonces que el carbono retenido o capturado no es recurso natural.

Tampoco es un producto porque jurídicamente estos son los provechos no renovables que se extraen de un bien –artículo 894 del CC–, en el caso del carbono retenido o capturado este es útil y tiene un valor en el mercado siempre que no se extraiga del bien. Finalmente, no es fruto porque este es el provecho renovable que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia –artículo 890 del CC–, en tanto que el carbono retenido o capturado forma parte de la sustancia del bien y extraerlo anula su utilidad, su valor en el mercado y deteriora o destruye el bien.

Si el carbono retenido en un bosque de propiedad pública no es recurso natural y tampoco es fruto o producto, carece de sentido imputar titularidad al Estado sobre la retribución, en general, y los bonos o certificados de reducción o retención de emisiones, en particular; ya que el bosque seguirá siendo bosque y por lo tanto seguirá también siendo bien de dominio público; simplemente será más saludable, porque alguien está realizando o logrando que se realicen acciones de hacer, no hacer o soportar que contribuyen a fijar carbono, que es parte esencial de la sustancia de la foresta.

En cuanto al bono de carbono, este no es más que el documento que expresa las toneladas equivalentes de carbono redimibles en dinero a valor de mercado, las mismas que son producto de las obligaciones asumidas por el contribuyente o coadyuvante del servicio eco-sistémico, es decir, de quien realizó o logró que se realicen las acciones o abstenciones para hacer posible la generación, mantenimiento o mejora del servicio eco-sistémico. Es jurídicamente un bien mueble donde consta la adquisición de derechos personales y que es transable libremente –artículo 886 del CC–.

IV. DESATINO CUATRO: Pretender que todo espécimen de fauna o flora silvestre merece ser objeto de protección

El Decreto Legislativo 1237 –26 de setiembre de 2015– modificó varios artículos del Código Penal, incluidos los de protección de flora y fauna silvestre, suprimiendo de su texto la expresión “protegidas por la legislación nacional”, por lo tanto, debe ahora entenderse que el tipo penal alcanza a todas las especies de flora y fauna silvestre, pues la expresión en referencia hacía remisión a aquellas especies que gozan de particular protección por su interés para la sociedad y el Estado; o su situación de peligro, vulnerabilidad o amenaza; por lo que, atendiendo al principio de intervención mínima del derecho penal, se consideraba necesario reservar estos tipos penales para las especies benéficas incluidas en las normas que les brindan protección especial, tal es el caso del Decreto Supremo N° 043-2006-AG –13 de julio de 2006–, sobre especies amenazadas de flora silvestre; y el Decreto Supremo N° 004-2014-MINAGRI –8 de abril 2014–, que aprobó la actualización de la lista de clasificación sectorial de las especies amenazadas de fauna silvestre. Ahora la represión del daño alcanza a todas las especies de flora y fauna silvestre, sin excepción, y el producido a aquellas “protegidas por la legislación nacional” constituye un agravante del delito¹⁴.

Según el Decreto Supremo N° 019-2015-MINAGRI –30 de setiembre de 2015–, Reglamento de la nueva LFFS para la Gestión de Fauna Silvestre, se entiende por recurso de fauna silvestre a las especies no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que viven libremente en el territorio nacional, así como especies domesticadas que, por abandono u otras causas, se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre –artículo 6–; y si revisamos el Decreto

Supremo N° 018-2015-MINAGRI –30 de setiembre de 2015–, Reglamento de la nueva LFFS para la Gestión Forestal, notaremos que toda alusión a recurso forestal o de flora está dirigido a proteger aquella deseable –brindan algún bien o servicio– y reprimir las acciones que benefician a las no deseables –perjudiciales para el ser humano o los hábitats y ecosistemas nativos–.

La pregunta cae por su peso: ¿De veras queremos brindar protección a todas las especies de flora y fauna? Peor aún: ¿Vamos a imponer pena privativa de libertad a todo aquel que dañe cualquier tipo de flora o fauna silvestre? La respuesta obvia es un rotundo no, hay especies que no solo no deben ser protegidas sino controladas y, eventualmente, exterminadas. O es que acaso vamos a proteger a las ratas de desagüe que amenazan la salud pública o a las especies exóticas invasoras, de flora o fauna, que amenazan gravemente nuestra diversidad biológica.

Pretendiendo ser más conservacionistas por cuanto no solo se da protección a las “especies legalmente protegidas” sino a todas, se termina incurriendo en este desatino. A corregir nomás.

V. DESATINO CINCO: Otorgar derechos sobre bienes de dominio público mediante licencia, permiso o autorización

El tratamiento jurídico de los títulos habilitantes en nuestro ordenamiento es deficiente e inorgánico, al punto que, en muchos casos, es prácticamente imposible establecer la diferencia entre concesión, autorización, permiso, licencia o habilitación; aun cuando el primero de los nombrados es muy diferente a los demás y, en cuanto a los siguientes, sostenemos que son lo mismo, en realidad las cuatro denominaciones son simples sinónimos para describir idéntica actuación pública.

14. Artículo 309 – Formas agravadas

“En los casos previstos en los artículos 308 —tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre—, 308-A—tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre—, 308-B—extracción ilegal de especies acuáticas—y 308-C—depredación de flora y fauna silvestre—, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos: (...) 5. Cuando se trate de especies de flora y fauna silvestre o recursos genéticos protegidos por la legislación nacional.”

La concesión es el acto constitutivo utilizado por el Estado, en ejercicio de su soberanía, para entregar a los particulares, por tiempo determinado y bajo condiciones que garanticen el interés público, el aprovechamiento de ciertos bienes públicos o el establecimiento y/o desarrollo de la prestación de servicios públicos que el Estado no está en condiciones de desarrollar o no considera conveniente hacerlo, porque desviaría recursos y capacidades requeridas para otras actividades de provecho social no cubiertas por los particulares.

De otro lado, el acto administrativo declarativo por el cual el Estado, en ejercicio de su soberanía, levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho particular preexistente se denomina, indistintamente, autorización, permiso, licencia o habilitación; en otros términos, es una decisión administrativa habilitante o el alzamiento, en el caso concreto, de una prohibición relativa. Por lo tanto, no determina el nacimiento de un nuevo derecho a favor de un particular, sino que constituye un medio adecuado para el ejercicio de las funciones de policía administrativa, es decir, la atribución del Estado que lo faculta para afectar los derechos de los particulares con el fin de asegurar principalmente el orden público para la vida en común, vale decir, el ordenamiento ambiental, económico y social –ambiente sano, tranquilidad, salud y seguridad públicas, etc. –

Si esto es así, cuando por ley se ha establecido que un recurso natural es de dominio público, la manera correcta de entregar el aprovechamiento del mismo a los particulares –por tiempo determinado y bajo condiciones que garanticen el interés público– sería la concesión.

Ahora bien, si se trata simplemente de remover un obstáculo o impedimento para ejercer un derecho que ya tenía el ciudadano, entonces corresponde expedir un título habilitante, al que podemos llamar, indistintamente, autorización, permiso, licencia o habilitación; pues no son cosas diferentes, sino distintas maneras de llamar a lo mismo; así por ejemplo, si se ha cumplido con los requisitos de ley para pro-

yectar un asentamiento urbano, el acto de la Administración que autoriza su ejecución se suele denominar *habilitación urbana*; cuando se trata de construir una edificación se le llama *licencia de construcción*; si el ciudadano quiere oscurecer los vidrios de su carro obtiene un *permiso de lunas polarizadas*; si desea imprimir sus boletas o facturas gestiona una *autorización de comprobantes de pago*; pero en todos estos casos estamos aludiendo al levantamiento de una prohibición relativa luego de que el ciudadano acreditó cumplir con los requisitos legales para ejercer su derecho preexistente, es decir, nos referimos a un título habilitante, y si se usan denominaciones diferentes no es por que tengan diferente naturaleza.

En suma, un título habilitante es el acto mediante el cual la Administración constata la inexistencia de razones de orden público que impidan el inicio y desarrollo de la actividad, en otros términos, el título habilitante constituye la técnica de comprobación de la satisfacción de los requisitos previstos por la legislación, previa al momento en el que el particular puede iniciar lícitamente la actividad. Existe en aquellos casos en que el inicio de la actividad se encuentra prohibido *ex ante*. Sin título habilitante el inicio y el desarrollo de la actividad es antijurídico. Es el caso de la conducción de vehículos automotores, realización de espectáculos públicos, construcción de edificaciones e infraestructura, funcionamiento de locales comerciales e industriales; licencia de explosivos –autoriza adquirir, transportar, almacenar y usar–, de caza, etc.

La diferencia entre concesión y los actos de permisión son evidentes, por ello no deja causar extrañeza su confuso uso en nuestro ordenamiento. Veamos:

- a) Usamos los términos autorización, permiso, licencia o habilitación como si expresaran conceptos distintos –como el Decreto Ley 25977, Ley de Pesquería–, bastaría con decidirse por uno de ellos y asignarlo para todo aquel acto de la Administración dirigido a la comprobación de la satisfacción de los requisitos previstos por la legislación

previo al ejercicio de un derecho sujeto al cumplimiento de tales requisitos¹⁵.

- b) Usamos las denominaciones autorización, permiso y licencia para otorgar a los particulares el aprovechamiento de bienes públicos –es el caso del agua; algunos recursos de flora y fauna; el espectro radioeléctrico en servicios de radiodifusión; etc. –, cuando evidentemente lo que corresponde es otorgarlos mediante concesión.
- c) Denominamos contratos de licencia o servicios para hidrocarburos, cuando debería ser de contrato de concesión.
- d) Utilizamos el término concesión para autorizar la labor general y el transporte minero, cuando deberían ser actividades sujetas a permiso.
- e) Se expresa que no constituyen títulos habilitantes los permisos, autorizaciones y licencias para realizar actividades en materia de flora y fauna –nueva LFFS y sus reglamentos–, cuando de su contenido se advierte que se tratan de típicos títulos habilitantes por constituir el alzamiento de una prohibición relativa previa al ejercicio del derecho. Si una resolución que autoriza un desbosque, el cambio de uso actual de la tierra o la caza deportiva no es título habilitante, entonces qué es.

15. Esto queda demostrado no solo del significado que a estas palabras asigna el Diccionario de la Real Academia, tratándolas como sinónimos; sino también del texto de normas como el TUO de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, D.S. N° 046-2017-PCM –20 de abril 2017– que al definir la *licencia de funcionamiento* dice que es la *autorización* que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado –Artículo 3–.