

# REGULACION DE LAS AREAS SILVESTRES PROTEGIDAS EN CHILE Y LA INCLUSION DE LAS AREAS PRIVADAS DE CONSERVACION EN LA LEY 19.300

*Pablo Andrés Eisendecker Bertin*

Profesor de Derecho Ambiental  
Universidad Austral de Chile

## RESUMEN

*La regulación normativa de las Áreas Silvestres Protegidas es extensa, pero a la vez carece de sistematicidad y coherencia, sólo un análisis pormenorizado de ellas permitirá establecer las bases sobre las cuales se deberá realizar la modificación e implementación de una política de preservación de nuestra biodiversidad, ello a la luz del mandato legal de la Ley N° 19.300.*

La excesiva dispersión normativa con la que nos encontramos al abordar el tema de las áreas silvestres protegidas torna en principio complejo su análisis pormenorizado. Es por ello que al comenzar el estudio propuesto es necesario utilizar una referencia normativa de superior jerarquía, con el objeto de racionalizar y estructurar las normas que inciden en la regulación de las áreas silvestres mencionadas.

Es sin duda en nuestra Carta Fundamental donde encontramos reflejada la preocupación de fines del siglo XX por la conservación y la preservación del patrimonio ambiental, toda vez que nuestra Constitución Política establece entre las garantías constitucionales derechos fundamentales que se relacionan con la protección del medio ambiente, entre las que podemos mencionar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica<sup>1</sup>, que además es uno de los principios rectores de la legislación ambiental, mas

es sólo un aspecto que hay que considerar en la protección del medio ambiente y en especial de las áreas silvestres protegidas.

Así, el derecho a la vida consiste en la facultad jurídica o poder para exigir la conservación y protección de la vida humana, entendido como *el estado de actividad sustancial, propio del hombre*. Sin embargo, no basta vivir, es necesario vivir en plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que estamos provistos por naturaleza y de vivir bien para conseguir los fines humanos.

Por ello, la preocupación de la sociedad por los problemas ambientales, el respeto y la protección del derecho a la vida y la concepción instrumental del Estado se cristalizaron en una de las normas claves del ordenamiento jurídico ambiental, el numeral octavo en su inciso primero del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. La disposición en comentario establece: “La Constitución asegura a todas las personas: 8.º El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

---

<sup>1</sup> *Constitución Política de la República de Chile*. Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, agosto de 1998, Santiago de Chile, p. 18.

La aseveración anterior se basa en el hecho de que sólo en un entorno dotado de las condiciones que permitan la existencia y desarrollo de la vida, el hombre podría aspirar al desarrollo integral que, en cuanto ser, le asegura la Constitución<sup>2</sup>.

De esta forma, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se presenta en una doble faz. Primero, en cuanto *derecho público subjetivo*, susceptible de tutela jurisdiccional, y segundo como una aspiración constitucional o *derecho social reconocido en el texto constitucional*. Las consecuencias de analizar esta distinción, a la luz del tema que nos ocupa, es fundamental, ya que determina la razón y la forma en que el derecho reacciona frente a la inadecuada protección de las áreas silvestres.

Por tanto, como *derecho público subjetivo*, goza en primer lugar de la tutela jurisdiccional proporcionada por el recurso de protección, sin perjuicio de diferentes acciones establecidas en normas especiales que regulan la protección del medio ambiente o de bienes jurídicos relacionados con la preservación de la naturaleza, ya sea a través del tradicional sistema sancionatorio o a través del tratamiento de la reparación y/o indemnización del daño ambiental.

En sentido estricto, la relación del recurso de protección y las áreas silvestres protegidas ha sido más bien excepcional<sup>3</sup>, pero no

por ello de menor trascendencia. Ello debido a los problemas de titularidad que la propia naturaleza del derecho protegido implica.

Si bien es cierto que el primer inciso del artículo 19 establece una titularidad amplia de los derechos garantizados, el numeral octavo suscita divergencias en este punto y en especial de la legitimación activa para accionar cuando los recurrentes son personas distintas a las personas naturales, como, por ejemplo, sindicatos, juntas de vecinos y las áreas silvestres protegidas<sup>4</sup>.

Por otra parte, nos encontramos con la existencia de conceptos jurídicos ambientales indeterminados o carentes de definición en la misma Constitución, ya que las definiciones existentes en la Ley 19.300 no poseen el carácter de ley interpretativa de la Constitución, debido a lo cual su alcance es simplemente legal, no impidiendo en modo alguno que los Tribunales Superiores de Justicia entiendan de manera diversa los conceptos utilizados en la Constitución.

Por lo ya expuesto, el hecho de acogerse un recurso de protección en que se plantea la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental ha sido más bien excepcional, no discutiéndose a cabalidad el problema de la contaminación. Es por ello que podemos citar en este aspecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en que se acogió un recurso de protección interpuesto por algunos parlamentarios contra la Comisión Nacional del Medio Ambiente, por el hecho de aceptar el proyecto "Río Cóndor", de la Empresa Forestal Trillium Limitada.

<sup>2</sup> De la lectura de las letras ll) y m) del artículo 2° de la Ley 19.300 podemos concluir que este escenario contenedor de la vida en sus múltiples manifestaciones, más que ser un prístino santuario natural no debe presentar períodos y concentraciones de contaminantes superiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental, es decir, un ambiente que permita el desarrollo normal de la vida humana.

<sup>3</sup> Al efecto, revisar "Aplicación de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas escénicas naturales de América (1940)", Comunidad Galletué, sentencia dictada por la Corte Suprema el 7.8.1984 (confirma el fallo de 1ª instancia de fecha 11.12.1981), *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Ca-

tólica de Chile, Vol. 23, N°s. 2 y 3, Tomo II, septiembre-diciembre 1996, pp. 447-450. Recurso de Casación en el Fondo. Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, Comunidad Galletué con Fisco. *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, N° 3, septiembre-diciembre 1984, pp. 181-189.

<sup>4</sup> La sentencia de primera instancia recaída en un recurso de protección caratulado "Instituto de Ecología de Chile y Comité Nacional Pro Defensa de la Flora y Fauna con Compañía Minera Santo Domingo", parece admitir la posibilidad de recurrir en beneficio de las áreas silvestres protegidas. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 25 N° 1, marzo de 1998, página 150.

Este numeral octavo en cuanto *derecho social* tiene como finalidad fundamentar el deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y además de tutelar la preservación de la naturaleza, como asimismo constituye la verdadera base para la legislación protectora del medio ambiente.

Precisamente, los denominados derechos sociales requieren un desarrollo normativo con el objeto de alcanzar el carácter de verdaderos derechos, ya que, desde el momento en que su contenido es precisado y perfeccionado por el legislador, se convierten en obligaciones en sentido estricto, susceptibles de ser exigidas por los ciudadanos.

Finalmente, debemos señalar la importancia que la Constitución Política ha adquirido en el ámbito del derecho ambiental, debido a los numerosos y trascendentes Tratados que en esta materia ha suscrito nuestro país.

El alcance de estas normas frente a las áreas silvestres protegidas es importante. Nuestro país ha suscrito cuatro de las más relevantes normas internacionales referidas a las áreas silvestres protegidas en el mundo, cuyo alcance en relación a la legislación interna abordaremos brevemente.

En primer lugar, la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, también conocida como Convención de Washington, suscrita en dicha ciudad en el año 1940, siendo ratificada por nuestro país en el año 1967. Desde entonces ha ocupado un lugar clave en la regulación de las áreas silvestres, ya que, al no haber entrado en vigencia la ley que regula el Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas del Estado, ha suplido el silencio legislativo en esta materia<sup>5</sup>.

El objetivo general de esta convención es la conservación y protección de las especies de la flora y fauna endémica americana, incluyendo en su esfera de protección a recursos vivos tales como: a) las aves migratorias<sup>6</sup>; b) paisajes de incomparable belleza; c) regiones y objetos

naturales de interés estético o valor histórico o científico y d) lugares donde existen condiciones primitivas, dentro de los casos a que esta Convención se refiere.

En síntesis, los Estados contratantes asumen diversas obligaciones, todas con miras al efectivo cumplimiento del objetivo principal de la norma suscrita, como, por ejemplo: el establecimiento de las categorías definidas en los menores plazos posibles; la dictación de leyes o reglamentos que aseguren la protección y conservación de los recursos protegidos por este Tratado, como necesario complemento de éste, y la cooperación científica entre los países contratantes.

Sin embargo, es el artículo primero del Tratado el que mayor importancia tiene para el análisis propuesto, ya que éste contiene las definiciones de las categorías de manejo que en la actualidad conforman el Sistema de Areas Protegidas bajo protección estatal.

A pesar de la evidente relevancia que esta norma posee para los espacios naturales a proteger, la aplicación de sus disposiciones no ha sido plenamente respetada por el propio Estado que la suscribió, dictándose diversas normas en abierta contradicción a su letra y espíritu.

En efecto, el artículo 3° de la norma en comento regula dos aspectos esenciales del tema en análisis; a) la afectación y desafectación de estas áreas protegidas y b) uso y destino de los recursos naturales que conforman estas áreas.

Respecto del primer punto, la citada disposición establece que: “los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los Parques Nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos *sino por acción de la autoridad legislativa competente*”.

Ciñéndonos al artículo treinta y uno de la Convención de Viena<sup>7</sup>, podemos señalar que

<sup>5</sup> Texto publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1967.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de regularse de manera específica la protección de este recurso en el Convenio Ramsar.

<sup>7</sup> El artículo 31 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados señala: “Los Tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En GAMBOA, FERNANDO. *Manual de Derecho Internacional Público*. Ediciones Cesoc. Santiago de Chile, 1992, 5° edición, p. 415.

la alteración de la cabida de una unidad de manejo o la modificación de sus deslindes y la enajenación a cualquier título (pues el legislador no distingue), *son actos que requieren para su ejecución ser autorizados por una ley*, ya que a través de dichos actos se manifiesta la función legislativa radicada en el Congreso Nacional, como soberana expresión de aquel poder estatal.

Lo dispuesto en dicha disposición es plenamente concordante con lo preceptuado por el artículo 60 número 10 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de bienes del Estado<sup>8</sup>, lo cual nos permite sostener que este tema debe sin duda ser incluido en la futura legislación sobre áreas silvestres protegidas, no sólo por el expreso mandato constitucional ya referido, sino porque guarda íntima relación con la implementación de nuevas áreas y con la modificación de la cabida de las unidades que actualmente las contienen, actos que deben realizarse al tenor de los objetivos de conservación y protección que esta ley debe contener y no en infracción de los mismos como actualmente puede suceder, sin que ello implique directa responsabilidad para el Estado.

Sin embargo, el DL 1.939<sup>9</sup>, que establece las normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, dispone en su artículo 21 que “los Parques Nacionales y las Reservas Forestales podrán ser destinados a otro objeto distinto a los señalados en el inciso precedente<sup>10</sup> y perder su calidad de área protegida, a través de la dictación de un decreto emanado del Ministerio de Bie-

nes Nacionales, contando previamente con un informe evacuado por el Ministerio de Agricultura, el cual considere favorable dicha medida”.

La norma citada contraviene abiertamente lo dispuesto por la Constitución y la Convención en comento, textos bajo cuyas disposiciones subyace la idea de proteger la calidad de área protegida de una zona natural poseedora de tan especiales características. Lo anterior queda claramente de manifiesto al prohibirse la modificación de sus límites o su enajenación, por otra vía que no sea una ley propiamente tal, ello porque la generación de los actos legislativos supone una discusión, una ponderación y un análisis concordantes con la relevancia que dicha materia tiene, por mandato constitucional, para el Estado, recayendo dicho examen en la labor del Legislativo.

Dicho poder requiere, para la elaboración de estas normas, del apoyo técnico (en cuanto a conocimiento e información) de los organismos estatales con competencia ambiental, pero a mi juicio en ningún caso debe entregar a otro poder del Estado, en este caso al Ejecutivo, la decisión de afectar o desafectar un área natural sometida a un régimen de protección, incluso mediante una norma de rango inferior a una ley, decisión que en última instancia tomaría una persona jurídica de derecho privado, a quien se le han delegado ciertas facultades correspondientes a órganos estatales, la cual, si bien posee los conocimientos técnicos, carece absolutamente de la potestad requerida por la normativa vigente<sup>11</sup>.

En cuanto al segundo punto, referido al uso y destino de los recursos vivos presentes en estas áreas, el artículo tercero de la Convención establece dos prohibiciones al respecto.

La primera está referida a la caza, matanza y captura de especímenes de la fauna y a la destrucción y recolección de ejemplares

<sup>8</sup> Este artículo establece que: “Sólo son materias de ley: 10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”. A continuación, el artículo 62 establece que la iniciativa exclusiva de estos proyectos de ley corresponde al Presidente de la República.

<sup>9</sup> Publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de noviembre del año 1977.

<sup>10</sup> Este artículo en su inciso primero enuncia estos fines a vía ejemplar, señalando entre éstos el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y la defensa del equilibrio ecológico.

<sup>11</sup> El artículo 11 de la Ley de Bosques reforzaría esta argumentación al señalar que: “Las Reservas de Bosques y los Parques Nacionales de Turismo existentes en la actualidad y los que se establezcan de acuerdo con esta ley, *no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley*”.

de la flora en los Parques Nacionales, a excepción de ser realizadas dichas actividades por las autoridades del respectivo parque o bajo vigilancia de éstas y en el caso de efectuarse en el marco de una investigación científica, debidamente autorizada<sup>12</sup>.

Asimismo, dicha prohibición también es contemplada por el artículo 7° de la Ley N° 19.473 sobre Caza, respecto de la caza o captura de ejemplares de la fauna silvestre, dentro de los Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales, pudiendo el Servicio Agrícola y Ganadero autorizar dichas actividades con la finalidad de: controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema; para establecer centros de reproducción o criaderos o para permitir una utilización sustentable del recurso, debiendo contar con la autorización previa de la autoridad que administre el área silvestre protegida<sup>13</sup>.

La segunda prohibición está referida a la explotación de los recursos naturales existentes, tanto en el suelo como en el subsuelo de estas áreas. En efecto, el artículo en comento señala: “Las riquezas existentes en ellos (Parques Nacionales) no se explotarán con fines comerciales”. Sin embargo, el artículo 17 en sus numerales 2 y 6 del Código de Minería establece que para ejecutar labores mineras en lugares declarados Parques Nacionales, Reservas Nacionales o Monumentos Naturales, se requerirá autorización del Intendente Regional, en tanto que para llevar a cabo dichas labores en lugares declarados de interés histórico o científico se deberá contar con autorización del Presidente de la República.

Como corolario de lo anteriormente preceptuado, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece en su artículo 10 ubicado en el párrafo 2° titulado “Del Sistema de Evaluación de Impacto Ambien-

tal”, que: “Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al SEIA<sup>14</sup> son los siguientes: p) ejecución de obras, programas o actividades en Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Reservas de Regiones Vírgenes, Santuarios de la Naturaleza, Parques Marinos, Reservas Marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.”

Por lo tanto, la legislación vigente permitiría, previo sometimiento al SEIA, la constitución de una concesión minera en terrenos ubicados al interior de áreas silvestres protegidas.

La mayor contradicción de esta norma es ubicarse en una ley engendrada como directa consecuencia de la incorporación, en nuestro ordenamiento jurídico, del más importante acuerdo internacional en materia ambiental del siglo XX, nos referimos al Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este texto reconoce la trascendencia de conservar la diversidad biológica, fundamentalmente por los valores de diversa índole que ésta proporciona a la humanidad. Este Tratado establece que la “exigencia fundamental” para la conservación de la diversidad biológica es la conservación *in situ* de los ecosistemas y hábitats naturales, la cual se concreta en los hechos en la designación de un ecosistema natural o región con ciertas características especiales o escasas como área protegida. Como consecuencia de dicha designación un espacio natural queda, *a priori*, marginado de la esfera económica y por ende obviamente excluidas las actividades productivas y extractivas.

Entenderlo de otro modo significaría desconocer los objetivos que el establecimiento de dichas áreas persigue, como, por ejemplo, la mantención de áreas de carácter único o representativas de una determinada diversidad ecológica y la mantención de procesos vitales e interacción entre especies, objetivos incompatibles con las actividades primarias y secundarias de la economía.

<sup>12</sup> Idéntica regulación se establece en el artículo 1° para las Reservas Nacionales y los Monumentos Naturales.

<sup>13</sup> En caso de infracción al artículo citado precedentemente, el artículo 29 contempla sanciones de carácter administrativo y el artículo 30 contempla una figura delictiva aplicable en esta materia.

<sup>14</sup> Siglas de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Las consecuencias prácticas derivadas de la mantención de la legislación actual en esta materia son sin duda negativas.

La solicitud de una concesión minera por parte de una persona natural o jurídica conlleva la legítima búsqueda de lucro que al tenor de la libertad económica<sup>15</sup> las personas pueden obtener al desarrollar una actividad de esta naturaleza.

El peligro radica en que la ejecución de obras, programas o actividades dentro de las áreas protegidas, como la mencionada actividad minera, cuya naturaleza es evidentemente ajena a los fines por los que éstas son creadas, deja abierta la posibilidad de que a futuro cualquier persona se decida indagar el verdadero ser de estas áreas protegidas y presentar diversos proyectos productivos que, aun adecuándose a la normativa ambiental, busquen la satisfacción de un legítimo afán de lucro, pero a costa de eliminar la esencia de dichas áreas.

Por lo tanto, es el SNASPE el instrumento de gestión ambiental que, por mandato de la Ley 19.300, debe ocuparse de la efectiva protección de la diversidad biológica, la tutela de la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, debiendo en la normativa que a futuro lo implemente establecerse claramente las actividades susceptibles de realizar dentro de las áreas por éste reguladas, sin necesidad de derogar la letra p) del artículo 10 de dicha ley, ya que serían éstos precisamente los casos en que la legislación respectiva lo permite, debiendo para una mayor certeza en la aplicación de las normas derogarse expresamente la señalada norma del Código de Minería.

---

<sup>15</sup> El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, *respetando las normas legales que la regulen*. Por tanto, el desarrollo de este aspecto en la futura ley de áreas silvestres cumpliría con el mandato constitucional y nos demuestra una vez más que es la Carta Fundamental la fuente principal de toda legislación y que en materia ambiental sus preceptos no han sido lo suficientemente comprendidos y ponderados para la construcción del ordenamiento jurídico ambiental en nuestro país.

De igual importancia es el Tratado sobre la conservación de la diversidad biológica vigente como ley de la república desde el 6 de mayo de 1995, fecha de su publicación en el Diario Oficial. La importancia de esta norma radica en plasmar, en un texto de carácter vinculante, la preocupación mundial sobre el deterioro y pérdida de un bien jurídico preciado como es la diversidad biológica de nuestro planeta.

Las disposiciones de este Tratado tienen por objetivos fundamentales los siguientes: a) conservación de la diversidad biológica; b) utilización sostenible de sus componentes y c) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

La norma más importante de este tratado relacionada con las áreas silvestres protegidas es la contenida en el inciso 10° del Preámbulo, la cual establece que "Observando asimismo que la exigencia fundamental para la conservación de la diversidad biológica es la conservación de *in situ* de los ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales."

Dicho precepto consagra a las áreas silvestres protegidas como uno de los instrumentos de gestión ambiental de mayor relevancia en el ámbito jurídico, puesto que al constituir el mecanismo para el logro de la conservación *in situ*, se transforma en el requisito *sine qua non* para el cumplimiento de los objetivos de conservación establecidos por el Convenio, afirmación que es corroborada por el propio artículo 8°, encargado de regular expresamente dicha clase de conservación. De esta forma, podemos señalar que en la mayoría de los numerales de dicho artículo se regulan diversos aspectos relativos a las áreas silvestres protegidas, siendo su tratamiento en esta disposición el siguiente: a) La letra d) repite lo dispuesto en el inciso 10° del Preámbulo y en el artículo 2°<sup>16</sup>, en cuanto al objetivo de la conservación *in situ* y consecuente-

---

<sup>16</sup> Este artículo establece las definiciones de los términos de mayor relevancia utilizados en el texto.

mente de las áreas silvestres protegidas; b) Luego, la letra a) establece la obligación de las partes contratantes en orden a crear un "sistema de áreas protegidas o de áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica".

Nuestro país no cumple con lo dispuestopor esta norma ya que no existe un texto legal que regule expresa y adecuadamente dichas áreas, obligación que está contenida en la letra k) de este artículo<sup>17</sup>.

Como consecuencia de este vacío legislativo, las obligaciones establecidas en las letras c) e i)<sup>18</sup> no sólo no son cumplidas, sino que se produce una situación de confrontación de normas, cuyo resultado puede acarrear un grave peligro para el panorama futuro de las áreas silvestres protegidas; al respecto, valga lo observado atinente a las concesiones mineras en áreas protegidas.

Con relación a la obligación establecida en la letra b)<sup>19</sup>, podemos indicar que el esfuerzo mancomunado de instituciones y organizaciones, públicas y privadas, dio como fruto la realización del Tercer Simposio sobre Sitios Prioritarios para la Conservación de la Diversidad Biológica en Chile, cuyos destacables resultados fueron el establecimiento de criterios objetivos y de uso general

para la selección de sitios de importancia para la biodiversidad, como elemento dinámico presente en éstos, la elaboración de un informe relativo a la implementación de estas áreas prioritarias y la identificación de cien sitios con diferentes grados en cuanto a su prioridad para ser sometidos a un régimen de protección<sup>20</sup>.

Por lo tanto, la influencia que esta norma ha ejercido y continuará ejerciendo en la legislación ambiental es la positiva consecuencia de su adecuado y completo enfoque de uno de los más graves problemas del hombre a nivel global que nos legó el pasado siglo XX.

Un tercer tratado de relevancia en el tema de las áreas silvestres protegidas es la Convención Internacional relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente cómo hábitats de aves acuáticas.

La importancia de los Humedales como espacios naturales susceptibles de protección legal radica en sus múltiples funciones ecológicas, fundamentalmente como reguladores de los regímenes hídricos y como hábitat de una flora y de una fauna características, especialmente de las aves acuáticas,<sup>21</sup> y en el hecho de constituir "un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo"<sup>22</sup>.

Por tanto, por el hecho de suscribir nuestro país este Tratado Internacional incorpora al ordenamiento jurídico nacional un importante instrumento en pro de la conservación de los recursos naturales, ya que su designación como área de "importancia internacional" no sólo eleva el grado de compromiso ambiental de las autoridades ante el concierto de naciones, sino que también produce un positivo impacto en la opinión pública en lo referido a la valoración de la que gozarán estas áreas.

<sup>20</sup> El mencionado Simposio se llevó a cabo entre los días 14 y 16 de abril de 1993, en la ciudad de Santiago de Chile. En "Libro Rojo de los Sitios Prioritarios para la Conservación de la Diversidad Biológica en Chile", Ministerio de Agricultura y Conaf, página 2, 1996, Santiago, Chile.

<sup>21</sup> Ver inciso 1° del Preámbulo de la norma en estudio.

<sup>22</sup> Ob. cit., inciso 2°.

<sup>17</sup> La letra k) del artículo 8° del Convenio prescribe que cada parte contratante "establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas".

<sup>18</sup> La letra c) dispone que cada parte contratante "Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible". Por su parte, la letra i) establece que cada Estado "Procurará establecer las condiciones necesarias para armonizar las utilidades actuales con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes".

<sup>19</sup> Dicha letra del artículo 8° dispone que "Cuando sea necesario, elaborará directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde hay que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica".

De esta forma, la normativa sobre áreas silvestres protegidas se enriquece enormemente al contar con un texto legal que no sólo establece la posibilidad de afectar una de estas zonas a un régimen de protección internacional, sino que además obliga al Estado contratante a adoptar medidas orientadas a la conservación y protección de estas áreas, aun cuando su importancia sea local y no internacional, vale decir, sea o no incluida en el listado de estos sitios.

Sin embargo, existen importantes aspectos relativos a su establecimiento y administración, de cuyo adecuado desarrollo debiera hacerse cargo la nueva legislación sobre áreas silvestres bajo protección.

En efecto, en cuanto al organismo o autoridad encargada de la administración de estas áreas, debemos realizar una distinción previa. En el ámbito internacional, la supervigilancia de estos espacios naturales es ejercida por la UICN al desempeñar las funciones de Oficina Permanente<sup>23</sup>, ello sin perjuicio de las facultades de la Conferencia de las Partes, órgano de carácter consultivo, cuya tarea principal es velar por la adecuada aplicación del Convenio.

En el ámbito nacional no se ha creado un organismo o designado una autoridad que deba hacerse cargo de su administración. Este hecho sitúa a estas áreas en un plano de incertidumbre y desigualdad frente a otras categorías que poseen este presupuesto básico para su adecuado funcionamiento, circunstancia que además atenta contra la necesaria planificación de la utilización sostenible de los recursos presentes en estas áreas, siempre y

---

<sup>23</sup> Las funciones de este órgano están reguladas en el artículo 8º del Tratado, entre las que podemos destacar la mantención de la Lista de los Humedales de Importancia Internacional y recibir la información de las partes contratantes respecto de los cambios de las condiciones ecológicas de los humedales. Si consideramos la labor desarrollada por esta organización ambientalista en las últimas décadas y su experiencia en la participación del debate jurídico ambiental a nivel mundial, podemos concluir que su aporte en la materia es invaluable.

cuando dicha utilización no sea contraria a los objetivos de conservación perseguidos tras su establecimiento<sup>24</sup>.

A lo anterior debemos agregar que debido a las especiales características de estas áreas convergen la competencia de tres organismos estatales en ellas, siendo éstos el SAG<sup>25</sup>, SERNAP<sup>26</sup> y DIRECTEMAR<sup>27</sup>, lo cual acentúa la difusa responsabilidad del Estado sobre estas áreas, a pesar de las obligaciones asumidas por éste.

Sin embargo, esta multiplicidad de competencias podría resolverse a futuro al ser trasladadas y radicadas en el proyectado ente administrador de las áreas silvestres protegidas.

Por lo tanto, podemos constatar que el establecimiento de estas áreas ha sido condicionado tanto en los hechos como en el derecho<sup>28</sup> a la preexistencia de otra área ya sometida a un régimen de protección, lo cual soluciona sólo parcialmente la carencia de un organismo administrador y limita seriamente el cumplimiento de sus objetivos. La afirmación anterior es especialmente válida si consideramos que, en nuestro país, la categoría sobre la cual se han designado los Humedales es la de Santuario de la Naturaleza, la que adolece de serias falencias, particularmente respecto de la idoneidad del ente administrador, como asimismo respecto de su régimen de sanciones entre otros aspectos.

---

<sup>24</sup> Ver inciso 1º del Preámbulo de la norma en estudio.

<sup>25</sup> Siglas del Servicio Agrícola y Ganadero, dependiente del Ministerio de Agricultura.

<sup>26</sup> Siglas del Servicio Nacional de Pesca.

<sup>27</sup> Siglas de la Dirección de Territorio Marítimo y Marina Mercante.

<sup>28</sup> Dicha exigencia se encuentra contenida en el numeral 4º del artículo 2º, disposición que establece que las partes contratantes al momento de firmar el Convenio o depositar su instrumento de ratificación ó adhesión deben designar como mínimo un humedal, a efectos de ser incluido en la lista respectiva. Nuestro país cumplió su obligación, designando al Santuario de la Naturaleza "Río Cruces", ubicado en la comuna de Valdivia, como Sitio Ramsar, por lo que en virtud de la Ley 17.288 su administración quedó entregada al Consejo de Monumentos Nacionales.

En cuanto a las normas sobre afectación y desafectación de estas áreas, se ubican en los artículos 2º y 3º del Convenio. En ellas se establecen los presupuestos básicos para que estas áreas naturales sean incorporadas a la categoría internacional, quedando el procedimiento específico entregado a la regulación que las normas y prácticas internacionales establezcan al respecto.

Las normas relativas a la desafectación de Humedales ya inscritos en la lista respectiva presentan singulares características. En primer lugar, cumplirían con el mandato establecido en la Convención de Washington<sup>29</sup>, en orden a que la desafectación o modificación de los límites de las áreas silvestres es un acto que debe ser ordenado por ley, al ser precisamente esa la naturaleza que posee el texto en comento.

En segundo lugar, otorga a dicha norma un carácter excepcional, al condicionar su realización a “razones urgentes de interés nacional”, concepto válvula que, al menos, asegura que un acto de esta especie deba fundarse en motivos relacionados con la nación entera y no con un sector de ella (o con el Gobierno de turno), en miras de obtener un interés superior para la sociedad política globalmente considerada<sup>30</sup>.

El Tratado en análisis exige el cumplimiento de tres obligaciones anexas a este acto: a) La obligación de informar “lo antes posible<sup>31</sup>” a la organización o Gobierno que desempeñe las funciones de la Oficina permanente. b) La obligación de considerar “sus responsabilidades de carácter internacional relativas a la conservación, ordenación, vigilancia y explotación racional de las poblaciones migratorias de aves acuáticas”.<sup>32</sup> c) Se establece la obligación por parte del Estado contratante de “compensar en lo posible toda obli-

gación de establecer nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección, en la misma región o en otros lugares, de una adecuada porción de su hábitat de origen”.<sup>33</sup>

La compensación a la cual el Estado queda obligado es bastante difusa y sólo factible de ser cumplida en la medida que se adopte, por ejemplo, la implementación de la conservación *ex situ* respecto de la flora y fauna asociadas a estos hábitats. Sin embargo, la segunda obligación aludida sí constituye una verdadera “compensación” y nos parece del todo acertada y consecuente con los objetivos trazados por el Convenio, siendo a nuestro juicio la *condictio sine qua non* para que esta desafectación o modificación de límites señalada precedentemente pueda llevarse a cabo.

Consideramos que las disposiciones contenidas en este Tratado respecto a este punto sientan un importante precedente para la legislación de áreas silvestres protegidas, en cuanto homologar en ésta las razones de derecho y las obligaciones a las que queda sujeto el Estado para realizar la desafectación o modificación de los deslindes de estas áreas.

Finalmente, cabe señalar que el Convenio establece diversas obligaciones para nuestro país en orden al adecuado cumplimiento de sus normas e implementación de estas áreas. De esta forma, el artículo 4º las enumera, pudiendo indicarse al efecto las siguientes: a) fomento de la investigación e intercambio de información respecto de los Humedales, su flora y su fauna; b) gestionar el aumento de las poblaciones de aves acuáticas en Humedales adecuados; c) favorecer la formación del personal competente para el estudio, administración y salvaguardia de estas áreas y d) la coordinación y el apoyo activo en cuanto adopción de políticas y dictación de la normativa pertinente a la conservación de estas áreas y de su flora y de su fauna.

Además de los tratados ya enunciados debemos mencionar al Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje. Este Tratado Internacional entró en vigencia el 12 de diciembre de 1981,

<sup>29</sup> Ver inciso 1º del artículo 3º de la citada Convención.

<sup>30</sup> En VERDUGO MARINKOVICH, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO; ob. cit., en nota 4, pp. 305.

<sup>31</sup> Ver N° 5 del artículo 2 del Convenio.

<sup>32</sup> Ver N° 6 del artículo 2 del Convenio en estudio.

<sup>33</sup> Ver N° 2 del artículo 4 del Tratado en análisis.

fecha de la publicación del D.S. N° 868 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El rol que desempeña este Tratado, dentro de la normativa referente a las áreas silvestres, es de carácter complementario a las disposiciones anteriormente analizadas, ello porque no regula el establecimiento de una nueva categoría de áreas protegidas, sino que de sus disposiciones nacen diversas obligaciones para los Estados partes, en orden a arbitrar medidas de protección y conservación a favor del componente migratorio de la biota nativa.

Sobre la base de un análisis del Convenio, podemos identificar respecto de las áreas silvestres protegidas dos situaciones:

La primera la constituiría el hecho de que alguno de los hábitats o zonas dentro del área de distribución de una especie migratoria quede comprendido dentro de los territorios que conforman un área silvestre. En este caso, las acciones establecidas por este Convenio debieran ser incorporadas a la realización y ejecución de los planes de manejo de la unidad respectiva, por parte del organismo administrador de ésta, cumpliéndose de este modo con las obligaciones asumidas por el Estado.

La segunda correspondería a la situación inversa, vale decir, el hábitat o el área de distribución de una especie migratoria no coincida con zonas naturales sometidas a algún régimen de protección. La solución a este vacío legal la constituiría la incorporación en la futura legislación de áreas silvestres protegidas de una nueva categoría de manejo que subsane esta deficiencia normativa.

El fundamento de esta proposición lo encontramos en el artículo 8° letra d) del Convenio sobre Diversidad Biológica y en numerosas disposiciones del Tratado en comento, como por ejemplo:

- el artículo 1° letra c) N° 3 que establece como condición para considerar el estado de conservación de una especie como favorable la existencia de un espacio vital suficiente para mantener a largo plazo la población de la especie migratoria;
- en este mismo sentido, el artículo 1° letra c) N° 4 establece como condición el hecho de que la distribución y abundan-

cia de la especie migratoria se aproximaría a niveles históricos *en la medida que existan ecosistemas potencialmente adecuados y en la medida que estos sean compatibles con el manejo prudente de la fauna salvaje*;

- las medidas de protección y conservación establecidas por el artículo 3° N° 4, especialmente la contemplada en la letra a), en cuanto permite “readecuar”, determinados hábitats para disminuir el peligro de extinción de ciertas especies;
- el artículo 5° establece las pautas para la celebración de los acuerdos de los que serán objeto las especies declaradas en estado de conservación *desfavorable* y en su numeral 5 dispone que dichos Acuerdos deberían disponer, entre otras medidas, las contenidas en las letras e), f) y g)<sup>34</sup>, las que autorizarían la creación de estas áreas en los Tratados Internacionales, por lo que estimamos que es absolutamente coherente con los objetivos de este Convenio la incorporación de esta nueva categoría al ordenamiento jurídico interno.

Por lo tanto, la nueva ley de áreas silvestres protegidas debería establecer el órgano administrador de estas áreas, cuya finalidad primordial consistiría en ocuparse del cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país en el Convenio y que se encuentran aún pendientes<sup>35</sup>. Consideramos además que dichas medidas deberían regularse

<sup>34</sup> De esta forma la letra e) posibilita la adopción de acciones tendientes a la protección, conservación y readecuación de hábitats de importancia para la mantención de un estado de conservación favorable. La letra f) dispone la mantención de un grupo de hábitats adecuados y dispuestos apropiadamente en relación a las rutas de migración. Finalmente, la letra g) establece como alternativa el suministro de nuevos hábitats favorables para la especie migratoria.

<sup>35</sup> Lo cual, además, no obedece a ningún antecedente científico-técnico explícito, ni se ajusta a procedimientos confiables que se hayan dado a conocer, lo que pugna abiertamente con las exigencias establecidas por el artículo 37 de la Ley 19.300.

con mayor detalle en la nueva Ley de áreas silvestres protegidas, guardando la debida coherencia y complementariedad con el resto de la normativa ambiental, especialmente con textos como la Ley de Caza, debiendo dilucidarse, por ejemplo, si las disposiciones sobre responsabilidad administrativa y penal serán de exclusiva reglamentación de esta norma o de la nueva legislación aludida.

Para finalizar, debemos señalar que la no dictación del reglamento de clasificación de las especies de flora y fauna silvestres según su estado de conservación, como lo ordena el artículo 37 de la Ley 19.300, constituye una grave omisión por parte del Estado, que resta organicidad a la normativa ambiental. En efecto, como ya señalamos el Convenio establece dos listados de especies en diferentes estados de conservación (desfavorable y en peligro), antecedente de gran importancia en la aplicación de sus disposiciones. Sin embargo, el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Caza establece un catálogo distinto, basado en denominaciones diversas a las listas comentadas, por lo que es tarea urgente el encargar a alguna institución u organismo de carácter científico emitir un pronunciamiento que establezca la existencia o no de la supuesta correspondencia entre ambos listados, de manera de lograr armonizar las normas que regulan el recurso faunístico migratorio<sup>36</sup>.

Una de las consecuencias de mayor relevancia que la suscripción del Convenio sobre Diversidad Biológica acarreo en el ámbito jurídico ambiental chileno fue la dictación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Para el tratamiento de la problemática ambiental esta ley enfoca sus disposiciones a tres aspectos fundamentales: a) Creación de un marco jurídico, dentro del cual se debe re-

<sup>36</sup> El artículo 8° de la Convención de Washington hace mención a un Anexo que incluiría especies cuya protección es de "urgencia e importancia especial"; sin embargo, el acceso a dicho documento no ha sido posible, generándose a su respecto una situación de falta de certeza jurídica a la que debiera ponerse fin a la brevedad. En Convenio Conama-Universidad Diego Portales, ob. cit., en nota 58, pág. M-26.

organizar la legislación ambiental. Es por ello que se titula "Ley de Bases Generales", ya que establece una serie de principios sobre los que se deben guiar las futuras normas jurídicas que aborden la temática ambiental; asimismo, menciona una serie de normas y mecanismos de regulación que deberán ser desarrollados con posterioridad a su entrada en vigencia<sup>37</sup>. b) Establecer una institucionalidad de carácter eminentemente coordinador de los distintos órganos de la administración del Estado y c) La creación e implementación de una serie de instrumentos de gestión ambiental<sup>38</sup>.

En relación con las áreas silvestres protegidas contiene una serie de definiciones que son vitales para una correcta comprensión y aplicación de las normas sobre áreas silvestres protegidas<sup>39</sup>, como son los conceptos de medio ambiente biodiversidad, conservación del patrimonio ambiental, desarrollo sustentable, recursos naturales y preservación de la naturaleza, en las que sin duda poseen una gran influencia del Tratados y Convenios internacionales suscritos por Chile.

Las definiciones enunciadas y contenidas en la Ley N° 19.300, sumadas al concepto de "utilización sostenible"<sup>40</sup>, establecen las

<sup>37</sup> En FUENTES OLIVARES, FLAVIO. *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Libromar Limitada, agosto 1999, Santiago de Chile, p. 160.

<sup>38</sup> En "Biodiversidad y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile: logros, dificultades y perspectivas". LUIS C. CONTRERAS, en Congreso Internacional Derecho del Medio Ambiente, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1998, p. 19.

<sup>39</sup> Las definiciones contenidas en este artículo se formulan "para todos los efectos legales", por lo tanto, su aplicación posee un carácter *general y obligatorio*, prevaleciendo sobre conceptos diversos de las mismas expresiones que pudiera contener el resto de la legislación ambiental. Dicha aseveración se basa en el artículo 20 del Código Civil, el cual señala que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador la haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

<sup>40</sup> Ver en artículo 2° inciso 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

pautas para que, en armonía con los fines de las áreas silvestres protegidas, la explotación de los recursos presentes en éstas pueda llevarse a cabo en beneficio de la comunidad en su conjunto.

Sin embargo, creo que las definiciones transcritas cobrarán verdadero realce al momento de plantearse el futuro contenido de una nueva ley de áreas silvestres protegidas, ello porque establecen el marco teórico correcto en el cual debe ser entendido este instrumento de gestión ambiental.

El Título II de la Ley N° 19.300 desarrolla la normativa aplicable a los Instrumentos de Gestión Ambiental, establecidos por ésta. Dentro del párrafo 4° intitulado “De las Normas de Calidad Ambiental y de la Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental”, se ubica la disposición que *no sólo justifica, sino que ordena la creación de un Sistema Nacional de áreas silvestres protegidas bajo administración estatal*<sup>41</sup>.

Para el adecuado cumplimiento del mandato expreso, establecido en virtud de los compromisos adquiridos por nuestro país en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, es *menester* la dictación de una ley que establezca la adecuada implementación de este Sistema, circunstancia ajustada al espíritu reestructurador de la Ley de Bases y claramente necesaria frente a la inexistencia de un cuerpo legal de esta naturaleza.

Una de las más importantes innovaciones de esta ley de bases respecto a los espacios naturales consiste en la incorporación de un instrumento de gestión que permite la participación del sector privado a las tareas de protección y conservación del patrimonio ambiental. Dicho instituto es denominado “Áreas silvestres protegidas de propiedad privada” y su regulación es entregada al artículo 35 del comentado texto legal.

De la lectura de su inciso 1° desprendemos que la razón de su creación obedece al

mismo propósito señalado en el artículo precedente, por lo que los objetivos que estas áreas deben cumplir son los mismos que inspiran el sistema estatal.

La remisión a las categorías bajo protección del Estado no se agota en este punto, pues la parte final del comentado inciso 1° establece que estas áreas estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al SNASPE.

Por su parte, el inciso 2° establece que “la supervisión de estas áreas silvestres corresponderá al organismo administrador del SNASPE”, para luego en los incisos 3° y 4° regular el procedimiento de afectación y desafectación de estos espacios silvestres.

Finalmente, el inciso 5° señala las materias que el Reglamento respectivo deberá regular, siendo éstas los requisitos, plazos y limitaciones de aplicación general que se deberán cumplir para gozar de las franquicias, ejercer los derechos, dar cumplimiento a las obligaciones y cargas a que se refiere el inciso 1°.

La acertada visión del Legislativo al incluir una herramienta de gestión, de raigambre extranjera y fruto de exitosas experiencias<sup>42</sup>, no adolece lamentablemente de falencias, tanto de hecho como de derecho, que dificultan su adecuada puesta en funcionamiento.

En primer lugar, la dictación del Reglamento respectivo no se ha concretado, lo cual, sin embargo, constituye una “omisión favorable”. Dicha afirmación se basa en el hecho de que, al no señalarse de forma expresa en el texto de la ley cuáles serían los beneficios de carácter tributario a los que podrían acceder los propietarios de estas áreas, debemos entender que dicha enunciación le fue entregada al mencionado Reglamento.

De ser así, nos enfrentaríamos a un serio problema de constitucionalidad, debido a que, al tenor de los artículos 60 N° 14 y 62 inciso 4° N° 1, estas son materias de ley, cuya iniciativa

<sup>41</sup> De esta forma el artículo 34 establece: “El Estado administrará un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar de la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental”.

<sup>42</sup> Podemos mencionar como ejemplo la vasta red de áreas silvestres de protección, bajo tuición de entes privados, existente en los EE.UU. En FUENTES OLIVARES, ob. cit., en nota 67, pág. 431.

exclusiva corresponde al Presidente de la República y no son materias susceptibles de ser normadas vía reglamento, por lo que estamos frente a otro aspecto que debe ser regulado por la ley de áreas silvestres protegidas.

Otra falencia de esta disposición es no establecer, ni regular, otros instrumentos económicos como, por ejemplo, bonificaciones para la realización de ciertas actividades compatibles con sus objetivos de conservación, entre las que podríamos mencionar proyectos de ecoturismo<sup>43</sup>.

Por lo tanto, adscribimos al sector de la doctrina que argumenta a favor de una regulación adecuada para el comentado instrumento de gestión dentro de la ley de áreas silvestres bajo protección estatal.

A las razones ya expuestas, basadas en los mencionados problemas de constitucionalidad y técnica legislativa, se suman otras consideraciones, como son: a) la disposición adolece del necesario desarrollo, en cuanto al diseño conceptual de estas áreas, b) la necesaria incorporación de instrumentos de carácter económico requiere de un texto legal expreso, por disposición del artículo 19 N° 22 inciso 2°, 60 N° 2 y 60 N° 20 de la Constitución Política.

En conclusión, las disposiciones que regulen este instrumento de gestión, además de subsanar las mencionadas falencias del artículo 35, han quedado, por mandato de esta misma norma, condicionadas a la dictación previa del texto que regule a las áreas silvestres protegidas bajo tuición estatal.

Ello lo estimamos así, por el claro tenor con que remite la reglamentación de estas áreas a la normativa pertinente del SNASPE, principalmente en cuanto a los objetivos, derechos, obligaciones y supervigilancia de las nuevas categorías.

A pesar de ello, el título que regule las áreas silvestres privadas debiera establecer

con precisión aquellas materias objeto de remisión, junto con otros aspectos esenciales, como, por ejemplo: usos admisibles de los recursos presentes en estas áreas y responsabilidad administrativa y penal por hechos ilícitos cometidos en perjuicio de dichos bienes.

Para finalizar este análisis, no podemos hacer abstracción del desarrollo que, en los hechos, han experimentado estas zonas bajo protección.

El interés del sector privado (lo cual incluye diversos entes como, por ejemplo, Organizaciones no gubernamentales orientadas a la conservación del medio ambiente, empresas y particulares) en concretar iniciativas de conservación y protección de recursos naturales es manifiesto. Así lo demostraría un estudio realizado por investigadores del CIPMA, que establece la existencia de alrededor de 400.000 há destinadas a estos fines<sup>44</sup>.

Sin embargo, dicho proceso se ha realizado de manera informal y, como ya hemos señalado, sin el debido respaldo normativo, lo cual se traduce en un gran inconveniente, ya que, a pesar de las filantrópicas intenciones que pueda tener un ente particular, debido a la carencia de un marco regulatorio adecuado y especialmente de la imprescindible asesoría y orientación técnica, la declaración de un predio como área de conservación podría no coincidir en lo absoluto con los objetivos de corte ambiental del SNASPE, lo cual, en definitiva, podría acarrear más perjuicios que utilidades al entorno o eventualmente a sus propietarios.

Cabe preguntarse entonces ¿a través de qué medios los particulares se han involucrado en la tarea conservacionista? Al respecto podemos distinguir tres clases de instrumentos jurídicos que permiten la participación del sector privado en la protección de las áreas silvestres, éstos son<sup>45</sup>: a) Aquellos que permi-

<sup>43</sup> Los fundamentos para sostener la necesidad de encauzar las inversiones privadas por esta vía, promoviendo una actividad de servicios como la señalada, los encontramos en el artículo de MARCEL CLAUDE, "Astillas Nativas o el Arquetipo del crecimiento empobrecedor", en *Apuntes de Clases de Derecho de Aguas, Urbano y Forestal*, del Profesor AGUSTÍN RAMÍREZ S., Universidad Austral de Chile, año 1998.

<sup>44</sup> Las siglas corresponden al Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente, en [www.Cipma.cl](http://www.Cipma.cl).

<sup>45</sup> En "Guía de Instrumentos Jurídicos que favorecen la participación privada en la conservación de Areas Silvestres en Chile", CODEFF, Santiago de Chile, 1999, p. 5.

ten la participación de personas e instituciones privadas en la *gestión* de las áreas del SNASPE; b) Instrumentos jurídicos públicos que permiten la participación privada en la conservación de áreas silvestres y c) Instrumentos privados que facilitan el mismo objetivo.

La segunda clasificación de estos instrumentos comprende todas las categorías de áreas protegidas, cuyo estatuto jurídico permite afectar terrenos particulares a dichas áreas; éstas categorías son: a) Santuarios de la Naturaleza<sup>46</sup>; b) Lugar de interés histórico o científico; c) Áreas de protección establecidas en instrumentos de planificación territorial; d) Áreas de protección turística; e) Distritos de conservación de suelos, bosques y aguas; f) Lugares de prohibición de caza y g) Humedales de importancia internacional.

Sin embargo, dichos instrumentos carecen de un elemento fundamental en base al cual se posibilite la proyección del sistema propuesto por el legislador: la presencia de instrumentos económicos que constituyan un real incentivo para la participación del sector privado.

Por tanto, estimamos que el marco normativo podría ordenarse bajo la modalidad siguiente: el título regulatorio de las Áreas Silvestres Protegidas de Propiedad Privada debiera establecer el procedimiento a través del cual terrenos particulares pudieran ser afectados al Sistema de protección estatal (remitiéndose en los aspectos pertinentes a esta norma), regulando, además, los instrumentos económicos que deben incorporarse.

Asimismo, este cuerpo legal debiera regular ciertos "instrumentos de apoyo", que contribuyan a una adecuada administración de estas áreas. Al efecto, podemos mencionar la capacitación y educación, tanto del personal encargado en terreno del manejo de las unidades como de la comunidad local, como una forma de armonizar dos realidades que deben coexistir en un mismo medio, de manera de no perjudicar ni a los objetivos de conserva-

ción ni al componente humano, en lo referente a su bienestar social y económico.

A lo anterior podemos agregar la asistencia técnica, tanto de organismos estatales como privados, que pueda traducirse en iniciativas tales como: convenios para monitoreos de determinadas especies, catastros biológicos y programas de conservación de una especie en particular, entre otros<sup>47</sup>.

De esta forma, la normativa sobre áreas silvestres protegidas de propiedad privada se convertirá en el punto de encuentro y cooperación más importante entre el Estado y el sector privado, enriqueciéndose de manera significativa el conocimiento y conservación de la biodiversidad, por el hecho de sumarse la voluntad y la experiencia de ambas partes, resultando de esta simbiosis un invaluable beneficio, a futuro, para la sociedad en su conjunto.

#### RELACIÓN ENTRE EL SEIA Y LAS ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS

El SEIA es uno de los más importantes instrumentos de gestión creados por la Ley de Bases del Medio Ambiente, diseñado precisamente para el logro de los objetivos de protección y conservación que dicha norma plantea. Está definido en el artículo 2° letra j)<sup>48</sup> y regulado en el párrafo 2° de la ley, en el cual se establece que su fundamento consiste en la premisa siguiente: toda actividad o proyecto que altere el medio ambiente sólo puede ejecutarse previa evaluación del impacto que cause. Por lo tanto, esta herramienta se plantea como una efectiva concreción del principio preventivo, que a la luz de lo dispuesto en el mensaje del Poder Ejecutivo es una de las ideas inspiradoras de la referida ley<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> Se entiende por este concepto el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.

<sup>49</sup> En FUENTES OLIVARES, ob. cit., en nota 67, p. 171.

<sup>46</sup> En los hechos, ésta ha sido una de las categorías más utilizadas por el sector privado para los fines de conservación, por lo cual es urgente una modificación de su falente normativa. En [www.cipma.cl](http://www.cipma.cl).

El artículo 10 de la comentada ley enumera una serie de “proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases”, los que deberían por dicha circunstancia ser objeto de evaluación ambiental<sup>50</sup>.

A continuación, el artículo 11 dispone que, en caso de que los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente generen al menos uno de los efectos nocivos en ella descritos, dichos proyectos o actividades requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, en caso contrario, bastará con la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, según lo preceptuado por el artículo 18.

De esta forma, el artículo 10 menciona dos casos de proyectos o actividades con incidencia en áreas protegidas: a) el descrito en la letra e) referido a proyectos en el ámbito del transporte aéreo y terrestre e inversión vial y b) el caso contemplado en la letra p), la cual, de manera genérica, incluye obras, programas o actividades susceptibles de llevarse a cabo en áreas protegidas, bajo condición de que la realización de dicha actividad esté permitida por la legislación que regule dicha área.

Como ya lo señalamos con antelación<sup>51</sup>, es imprescindible que la nueva ley sobre áreas silvestres protegidas determine cuáles serán los usos admisibles de los recursos presentes en estas áreas, definiéndose las actividades susceptibles de ser efectuadas en estas zonas bajo protección, desde criterios de sustentabilidad y compatibilidad con los objetivos previstos en cada una de ellas.

Si bien debemos ser claros al señalar que la expresión área silvestre protegida no es sinónimo de “área virgen”, la utilización de sus recursos no puede contravenir los fines por los cuales fue afectada una unidad determinada, debido a que, de lo contrario, los objetivos que inspiraron dicha afectación se diluyen en una evidente contradicción normativa.

<sup>50</sup> El artículo 3° del Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental especifica los proyectos o actividades enunciados por el artículo 10 de la ley.

<sup>51</sup> Al respecto, ver comentario ya escrito en este trabajo.

Existe además otro antecedente a considerar, el cual nos obliga a plantearnos la precaución con la que este instrumento de gestión debe aplicarse a las áreas silvestres protegidas.

Del análisis de los efectos descritos por el artículo 11, encontramos que tres de ellos se relacionan directa o indirectamente con la diversidad biológica, siendo éstos los descritos por las letras b), d) y e) respectivamente<sup>52</sup>.

De éstos, el primer y segundo efecto la aluden directamente, por ser ésta un recurso natural renovable y por el hecho de encontrarse algunos taxa, hábitats o ecosistemas bajo algún régimen de protección. En cambio, el tercer efecto alude de manera indirecta a la biodiversidad, pues en ciertas ocasiones la flora, fauna, hábitats o ecosistemas son parte constitutiva y significativa del valor paisajístico o turístico de una zona.

A lo anterior podemos agregar el hecho de que el Reglamento del SEIA especifica una serie de aspectos (en mayor o menor grado relacionados con la biodiversidad) que deben ser considerados para evaluar los *efectos adversos significativos* a los que aluden los tres efectos ya mencionados. Sin embargo, el efecto descrito en la letra d), y que se refiere específicamente a las áreas protegidas, no goza de la misma precisión y acuciosidad con la que son tratados los demás efectos nocivos del artículo 11.

Razonablemente, cabe preguntarse el motivo de esta “laguna” dentro de la regulación establecida por dicho Reglamento. La única categoría respecto de la cual se salvaría dicha omisión sería la de Santuario de la Naturaleza; sin embargo, arribamos a dicha conclusión tan sólo por vía interpretativa, luego de revisar lo preceptuado por el Reglamento

<sup>52</sup> Al respecto, la letra b) alude a efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables. Por su parte, la letra d) hace referencia a la localización próxima a áreas protegidas susceptibles de ser afectadas y, finalmente, la letra e) apunta a la alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona determinada.

en relación a un efecto del artículo 11, que no tiene relación directa con la biodiversidad y que corresponde al contenido en la letra f) del mencionado artículo<sup>53</sup>.

De esta forma, podríamos considerar incluidos a los Santuarios de la Naturaleza al constituir “monumentos nacionales” de aquellos definidos por la Ley N° 17.288. Aun así, estimamos que debió establecerse un parámetro más objetivo en la expresión “alrededor de algún monumento nacional” utilizada por el Reglamento, misma vaguedad que debe subsanarse respecto de la letra d) del artículo 11.

Por lo tanto y por el hecho de gozar del mismo nivel jerárquico, esta herramienta también debe ser objeto de revisión, afín de su adecuada inserción en el marco de la ley que regulará las áreas silvestres protegidas, con el propósito de complementarse ambas normas de manera orgánica y funcional.

## 2. LEGISLACIÓN QUE REGULA DE MANERA ESPECÍFICA DIVERSAS CATEGORÍAS DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS

### 2.1 *Decreto Supremo N° 4.363 o Ley de Bosques*<sup>54</sup>

La importancia de esta ley radica en el hecho de que sirvió de base para la creación de las primeras áreas silvestres en nuestro país, por lo que constituye un importante referente histórico, aun cuando careció de un desarrollo normativo, funcional y orgánicamente planteado en relación con el resto de la legislación forestal dictada a posteriori.

### 2.2 *Código de Minería*

El *non sense* de estas áreas se resuelve en la siguiente propuesta: la nueva ley sobre áreas silvestres protegidas debería derogar ex-

presamente dichas categorías y a su vez establecer dentro de sus categorías de manejo *los fines* que fundamentan a los Monumentos Históricos y a los Santuarios de la Naturaleza<sup>55</sup>, reglamentando además los usos admisibles en estas áreas, excluyendo aquellos incompatibles con sus objetivos de conservación, señalándose aquí expresamente a las actividades mineras. Esta proposición se basa principalmente en la circunstancia de que dichas categorías *cumplen los mismos objetivos que las áreas protegidas establecidas en el Código de Minería*, por tanto, su regulación en textos diversos no contribuye al logro de los fines de conservación para los que fueron establecidos.

### 2.3 *Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales*<sup>56</sup>

Como ya lo hemos señalado, esta categoría ha sido uno de los instrumentos más utilizados por el sector privado para concretar sus iniciativas de conservación del medio ambiente. Por lo tanto, en cuanto a nuestra opinión respecto de su correcta ubicación y regulación en el futuro ordenamiento de las Áreas Silvestres Protegidas, nos remitimos a lo ya expresado en relación a las Áreas Silvestres de Propiedad Privada.

Sin embargo, es necesario realizar algunas consideraciones:

- En cuanto a su definición y objetivos, se estima que en pos de transformarse en una herramienta de preservación de mayor utilidad ambiental, su función debe reorientarse a propender a la conservación de la diversidad ecológica a nivel de *ecosistemas*.
- La importancia de su pronta y adecuada reformulación legal estriba en el hecho de constituir un mecanismo concreto para el cumplimiento de algunas de las

<sup>53</sup> Dicha letra alude en general a monumentos y sitios de valor histórico y cultural.

<sup>54</sup> Publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de 1931.

<sup>55</sup> Ambas categorías están reguladas por la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales en los artículos 9 y 31 respectivamente

<sup>56</sup> Publicada en el Diario Oficial del 7 de febrero de 1970.

obligaciones ambientales contraídas a nivel internacional por nuestro país. Nos referimos especialmente a lo estipulado en el artículo 8° del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en relación al mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales y a la promoción de un desarrollo ambientalmente adecuado en las zonas adyacentes a las Áreas Protegidas.

Lo anteriormente expuesto se explica ya que, al plantearse como una opción eficaz para incorporar terrenos con características ecológicas de importancia (especialmente de propiedad privada), corregiría uno de los aspectos que en mayor medida limita la operatividad del SNASPE para proteger la biodiversidad del bosque templado en Chile, que consiste en el hecho de que las zonas adyacentes a las reservas no están sujetas a ningún tipo de control o regulación del uso del recurso tierra, lo cual afecta negativamente la sustentabilidad de dichas zonas, debido al fenómeno denominado “efectos de borde”, entre los que podemos mencionar el aumento de depredación, enfermedades y plagas, introducción de especies de malezas, aumento de la susceptibilidad a incendios, uso de pesticidas, entre otros.

Para corregir este problema se requiere introducir formas de manejo del paisaje basadas en criterios ecológicos, función que esta categoría puede cumplir de manera eficiente, ya que pueden establecerse como “áreas de amortiguamiento”<sup>57</sup> de la actividad humana alrededor de las reservas o como un medio para aumentar la conectividad entre las reservas, a través de corredores de hábitat natural”<sup>58</sup>, contribuyendo a minimizar el deterio-

ro ambiental de la matriz o paisaje que rodea el área bajo protección<sup>59</sup>.

#### 2.4 Ley General de Urbanismo y Construcciones y Ley 18.378

Como ya se ha comentado en este texto, la Ley General de Urbanismo y Construcciones no define claramente cuáles son las categorías de protección que pueden establecerse en cada plan regulador, ni la utilización que se les puede dar a los diversos suelos protegidos en éstos.

Dicha circunstancia trae aparejadas graves consecuencias, permitiendo que los cambios de usos de suelo, de áreas calificadas de protección ecológica a suelos urbanos edificables, se transformen en una de las mayores causas de pérdida de suelo urbano. Esta situación se agrava aún más si consideramos la nula incorporación de instrumentos de fomento orientados a la mantención y conservación de áreas verdes privadas dentro del perímetro urbano.

Por lo tanto, estos aspectos deben subsanarse en la legislación respectiva y además incorporar otras categorías de importancia vital para este recurso, como serían, por ejemplo, la zona de protección costera y las zonas inundables o potencialmente inundables<sup>60</sup>. Al igual que en el caso de la categoría “Santuario de la Naturaleza”, estas áreas pueden constituir una importante herramienta de conservación para terrenos de propiedad privada, tanto para asegurar las zonas colindantes, creándose “zonas de amortiguamiento”, como para complementar la protección de la diversidad biológica al permitir la creación de los denominados “corredores biológicos”.

<sup>57</sup> También denominados “buffers” y consisten en áreas delimitadas que sirven para compensar y disminuir el efecto de situaciones adversas. En Guía de Instrumentos Jurídicos, ob. cit., p. 17.

<sup>58</sup> Estos corredores consisten en áreas que permiten la intercomunicación entre sectores de vida silvestre separados físicamente, con el objeto de mantener el movimiento de especies silvestres y así conservar la biodiversidad presente en dicha zona. *Ibidem*.

<sup>59</sup> En ROZZI, RICARDO; ARMESTO, JUAN JOSÉ; FIGUEROA, JAVIER. “Biodiversidad y Conservación de los Bosques Nativos de Chile: una aproximación jerárquica”, *Revista Bosque*, UACH, Volumen 15 N° 2, año 1994, p. 59.

<sup>60</sup> La protección del borde costero es regulada por el artículo 64 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

### 2.5 Ley N° 4.601 sobre Caza

Para el correcto análisis y comprensión de las normas relativas a la categoría contemplada por este cuerpo legal, es necesario sus- traerse del esquema utilizado con anteriori- dad.

La mayor parte de la doctrina está con- teste en mencionar como una categoría de manejo a los denominados “*Lugares de Pro- hibición de Caza*”<sup>61</sup>.

Sin embargo, esta categoría presenta un aspecto bastante particular, que consistiría en su carácter netamente *temporal*.

La permanencia en el tiempo es un ele- mento que podríamos estimar de la esencia de las Areas Silvestres Protegidas en cuanto instrumento de gestión ambiental. Ello, por cuanto dicho elemento subyace en los concep- tos atingentes a estas, tales como conserva- ción del patrimonio ambiental, desarrollo sus- tentable y preservación de la naturaleza y que por esta misma razón es subentendido por el legislador al definir dichas áreas.

De esta forma, esta “categoría” se asi- mila por dicha característica más a las nor- mas de calidad ambiental que a un área bajo protección, ya que aquellas son revisadas con cierta periodicidad por la Conama<sup>62</sup>, lo cual refleja un carácter transitorio y flexible, ne- cesario para el logro de sus objetivos, circuns- tancia que comparte dicha “categoría”.

Así planteadas las cosas, más que encon- trarnos frente a un área protegida, nos parece analizar una facultad entregada al Poder Eje- cutivo para ordenar una fundamentada pero transitoria y confusa medida, debido a que, en la práctica, al no establecerse un plazo a este respecto, podría crearse un área silvestre

de facto, sin el adecuado y necesario respal- do legal que éstas requieren. Este argumento se refuerza luego de analizar detenidamente los objetivos por los cuales puede decretarse la mencionada “prohibición”.

En relación al primero de éstos, *cumpli- miento de Convenciones Internacionales*, po- demos señalar que los Tratados Internaciona- les de relevancia para las Areas Silvestres en general permiten la creación de áreas bajo un régimen de protección, con el fin de cumplir los objetivos por éstos contemplados y consi- derando que en el acto de la suscripción se compromete la responsabilidad internacional de un país contratante, no nos es dable pensar que dichos compromisos sólo merezcan una medida de carácter temporal por parte de la autoridad pertinente.

En cuanto a los restantes motivos que se pueden argüir para concretar su implemen- tación, vale decir, *catástrofes que afecten la fauna silvestre u otras que acarreen un daño ambiental*, son situaciones que merecen, a lo menos, soluciones proyectadas a mediano pla- zo y que, por ende, requieren del respaldo de una categoría de protección establecida y re- gulada adecuadamente en una ley específica, como la de Areas Silvestres Protegidas. Sin embargo, frente a las mencionadas situacio- nes de emergencia podría constituir el paso previo que, de forma rápida y eficiente, otor- gara protección a las especies afectadas, pero debiera contener dicha disposición el manda- to y el procedimiento a seguir para la poste- rior incorporación de la zona de catástrofe en una categoría legalmente establecida para re- parar (en lo posible) el daño producido<sup>63</sup>, in- cluyendo mecanismos de traslado y reubica- ción de especies en espacios adecuadamente habilitados al efecto.

Finalmente cabe agregar que esta Ley de Caza es una norma de carácter complemen- tario a la regulación de Areas Silvestres, es- pecialmente en lo referido a normas sobre res-

<sup>61</sup> El artículo 4° de esta ley establece que el Presidente de la República mediante decreto supre- mo expedido por intermedio del Ministerio de Agri- cultura podrá prohibir temporalmente la caza o cap- tura en determinadas áreas o sectores del territorio nacional, cuando así lo exija el cumplimiento de convenios internacionales, se produzcan situacio- nes catastróficas que afecten la fauna silvestre u otras que produzcan daño ambiental.

<sup>62</sup> Ver artículo 32 inciso 4° de la Ley 19.300.

<sup>63</sup> Una categoría establecida con este fin si- gue siendo una herramienta de conservación, ya que está incorporada en la definición de dicho término, contenido en el artículo 2° letra b) de la Ley 19.300.

ponsabilidad penal, en cuanto tipifica hechos ilícitos que atentan contra la biota nativa, argumento que cobra vigor desde el momento en que el artículo 7º de esta ley incluye prácticamente a todas las categorías de manejo existentes en la legislación actualmente en vigencia.

De esta forma la pregunta que surge es *¿será necesario regular específicamente estos delitos en una ley de áreas silvestres o es conveniente su regulación en la norma que versa sobre la caza y captura de especies nativas?*

Estimo que los delitos relativos a la fauna silvestre deben tipificarse en la Ley de Caza, puesto que ésta es la normativa que se aplica a estos especímenes, sin distinción respecto a si están dentro o fuera de un área protegida, distingo que en este caso no posee relevancia, pues lo importante es asegurar su adecuada protección penal<sup>64</sup>, cuestión que es puesta en duda, al ponderar la proporcionalidad de las penas impuestas frente a los ilícitos

sancionados, ello debido a que la extinción de una especie es un fenómeno irreversible e irreparable, por lo que su función disuasiva y ejemplarizadora debiera ser evidente. Si a lo anterior agregamos el régimen de conmutación de penas, establecido por el artículo 33 de la ley, podremos apreciar la debilidad del esquema sancionatorio, establecido para delitos que atentan contra la conservación de la fauna terrestre de manera grave y directa.

Por lo tanto, estimamos correcto que la o las áreas que se establezcan para el logro de los objetivos establecidos en el artículo 4º de la ley deben regularse en la ley de Areas Silvestres Protegidas, a fin de garantizar su coherencia y armonía con el resto de la normativa conexas, como, por ejemplo, la comentada Ley de Caza.

Sin duda el precedente análisis normativo representa un primer esfuerzo para establecer de una manera coherente y sistemática una regulación moderna de las áreas silvestres protegidas privadas y públicas en nuestro país.

---

<sup>64</sup> Ello, sin perjuicio de la necesidad de incorporar en la futura ley sobre áreas silvestres la tipificación de otros delitos relacionados con estas zonas bajo protección.