

Revista de Derecho Ambiental. Año VII N° 11.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

La Revista de Derecho Ambiental, editada por el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, constituye un espacio de exposición y análisis en el plano académico del Derecho Ambiental. Con una periodicidad de carácter semestral, su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y recensiones, abordando diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. En sus páginas se presentan artículos de diferentes autores, en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

Directora Responsable

Prof. Valentina Durán Medina

Sub Directora Responsable

Prof. Pilar Moraga Sariago

Editores Responsables

Jorge Ossandón Rosales

Antonio Pulgar Martínez

Comité Editorial

Dra. Verónica Delgado Schneider, Universidad de Concepción

Dra. Carina Costa de Oliveira, Universidad de Brasilia, Brasil

Dra. Lina Muñoz Ávila, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad de Valparaíso

Dr. Iván Hunter Ampuero, Universidad Austral de Chile

Dr. Alberto Olivares Gallardo, Universidad de Talca

Revista de Derecho Ambiental (en línea)

Centro de Derecho Ambiental

Facultad de Derecho. Universidad de Chile

Pío Nono 1, 4° Piso, Providencia, Santiago de Chile

+562 29785354

cda@derecho.uchile.cl

<http://www.derecho.uchile.cl/cda>

ISSN 0718-0101

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
atribución - compartir igual 4.0 internacional



Regulación de actividades en áreas protegidas

Regulation of activities in protected areas

Lorna Püschel Hoeneisen

Abogada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
LLM, University College of London
lornapuschel@gmail.com

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la regulación de actividades productivas en áreas protegidas. Luego de una introducción sobre la materia, se presenta la legislación de tres países que son referente en conservación de la biodiversidad, para luego examinar la regulación vigente en Chile. En base a lo anterior, se plantean algunas opciones regulatorias y se efectúan recomendaciones sobre cómo abordar legalmente la regulación de actividades en áreas protegidas.

Palabras clave: áreas protegidas, biodiversidad, Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

Summary: *The present article aims to reflect on the regulation of productive activities in protected areas. After an introduction on the subject, the legislation of three countries that are a reference in biodiversity conservation is presented, to then examine the current regulation in Chile. Based on the foregoing, some regulatory options are raised and recommendations are made on how to legally address the regulation of activities in protected areas.*

Key words: *protected areas, biodiversity, Biodiversity and Protected Areas Agency.*

Introducción

Las áreas protegidas constituyen un mecanismo de conservación *in situ* de la biodiversidad, destinado a resguardar los ecosistemas y especies presentes naturalmente en un espacio determinado. Definiciones hay varias¹, todas las cuales comparten los siguientes

¹ El Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD), promulgado en Chile a través del Decreto Supremo N° 1.963 de 1994 del Ministerio de Relaciones Exteriores, conceptualiza el área protegida, en su artículo 2°, como “un área definida geográficamente que ha sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”.

elementos: se trata de áreas definidas geográficamente, cuya finalidad es la conservación de la biodiversidad, que se encuentran reconocidos en un acto de autoridad.

En este sentido, es relevante entender que las áreas protegidas constituyen espacios delimitados dentro del territorio jurisdiccional de un Estado, donde ese mismo Estado —a través de sus organismos competentes, administrativos o legislativos, según el caso— ha decidido priorizar una vocación, cual es la conservación de la biodiversidad existente en ese territorio.

El principal referente técnico mundial en materia de conservación de la biodiversidad, y en particular en la creación y gestión de áreas protegidas, es la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)². Reconociendo que las áreas protegidas no son todas iguales y procurando contribuir a un entendimiento común, este organismo propuso hace ya 25 años un sistema de categorías de manejo de áreas protegidas³. Este sistema, basado en objetivos de gestión, ha sido ampliamente aceptado y se utiliza como referente para definir y clasificar las áreas protegidas⁴. Lo interesante del modelo es que propone seis categorías que comprenden distintas finalidades de manejo, en una suerte de gradiente de protección; a un extremo están las áreas que solo admiten preservación⁵ (como la reserva natural en sentido estricto o el área natural silvestre) y al otro se encuentran áreas

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, en tanto, la define como “un espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado, mediante medios legales u otros tipos de medios eficaces para conseguir la conservación a largo plazo de la naturaleza y de sus servicios ecosistémicos y sus valores culturales asociados”. Nigel Dudley, ed., *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas* (Gland: UICN, 2008), 10, acceso el 11 de marzo de 2019, <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAPS-016-Es.pdf>.

Nuestra regulación nacional solo contempla una definición en el marco de la evaluación de impacto ambiental. En el contexto del análisis sobre los impactos significativos que ameritan que un proyecto o actividad se tenga que evaluar ambientalmente a través de un Estudio de Impacto Ambiental, el D.S. N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, define áreas protegidas, en su art. 8°, como “cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental”.

² La UICN es un organismo internacional sin fines de lucro creado el año 1948, conformado por más de mil miembros que representan al sector público, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de pueblos indígenas, agencias de desarrollo económico, asociaciones empresariales, instituciones académicas y científica, de diversos países. Ver: <https://www.iucn.org/>.

³ Nigel Dudley, *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas*. Cabe apuntar que el sistema no ha permanecido estático; ha sufrido variaciones producto de revisiones periódicas.

⁴ «Categorías de manejo de áreas protegidas de UICN», UICN, acceso el 11 de marzo de 2019, <https://www.iucn.org/es/regiones/am/C3%A9rica-del-sur/nuestro-trabajo/C3%A1reas-protegidas/categor%C3%ADas-de-manejo-de-C3%A1reas-protegidas-de-uicn>

⁵ Siguiendo la definición de “Preservación de la Naturaleza”, establecida en el artículo 2° letra p) de la Ley N° 19.300, entenderemos que la preservación supone la mantención de las condiciones naturales de un lugar, sin o con muy poca intervención.

que admiten actividades de uso sustentable⁶ (como el paisaje terrestre y marino protegido o el área protegida manejada).

Lo anterior se relaciona de manera directa con las actividades prohibidas y permitidas en las distintas áreas. Tal regulación debiese ser coherente con los objetivos de gestión de cada categoría, de manera de asegurar el fin de conservación de la biodiversidad. De acuerdo a la UICN, uno de los principios que debiesen guiar la regulación sobre actividades en áreas protegidas se relaciona justamente con las categorías. En sus palabras, “[l]a ley debería disponer que todas las actividades permitidas en un espacio en particular, tanto si se autorizan mediante un permiso por escrito como si están previstas en la normativa general, han de ser congruentes con la normativa del sistema en su conjunto y ajustarse a la categoría de área protegida y al plan de manejo de ese espacio”⁷.

Sobre la base de lo anterior, el presente trabajo pretende aportar elementos para una regulación sobre actividades en áreas protegidas. Al respecto, cabe aclarar que el análisis se centrará en las actividades ajenas a la vocación de conservación de tales áreas y que se pretende ejecutar por personas distintas de su administrador. Dejando de lado la rigurosidad del lenguaje, para estos efectos se hablará indistintamente de actividades productivas, de explotación o comerciales.

1. Modelos de derecho comparado

La legislación de otros países puede ser una buena fuente de aprendizaje, sobre todo en materias donde nos hemos quedado atrás. De acuerdo al Índice de Desempeño Ambiental⁸ del año 2018, Chile se encuentra en el lugar 106, de un total de 180, en la categoría Biodiversidad y Hábitats⁹. Los líderes, en tanto, son una curiosa mixtura de países desarrollados y en desarrollo¹⁰.

De acuerdo a la UICN, actualmente se utilizan básicamente tres técnicas jurídicas para regular las actividades al interior de las áreas protegidas: “prohibir ciertas actividades en la mayoría o la totalidad de las situaciones; exigir la obtención de un permiso escrito para llevar a cabo ciertas actividades que, en caso contrario, quedan prohibidas, y; permitir

⁶ Siguiendo la definición de “utilización sostenible” del artículo 2° del Convenio sobre Diversidad Biológica, entenderemos que uso sustentable o sostenible supone utilizar un componente de la biodiversidad de forma tal que no lo ponga en riesgo en el largo plazo.

⁷ Barbara Lausche y Francoise Burhenne, *Directrices para la Legislación relativa a Áreas Protegidas* (Gland: UICN, 2012), 206, acceso el 11 de marzo de 2019, <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-081-Es.pdf>.

⁸ Este índice, denominado *Environmental Performance Index* (EPI), evalúa el desempeño ambiental de 180 países, en base a 24 indicadores que cubren diez categorías. Ver: «Global metrics for the environment», EPI, acceso el 11 de marzo de 2019, <https://epi.envirocenter.yale.edu/>.

⁹ Esta categoría contempla los siguientes indicadores: áreas marinas protegidas, biomas terrestres protegidos, protección de especies, representatividad de áreas protegidas y hábitats.

¹⁰ En orden decreciente: Zambia, Botswana, Alemania, Reino Unido, Luxemburgo, Polonia, Bután, Francia, Venezuela y Eslovenia.

ciertas actividades sin necesidad de obtener un permiso escrito, siempre y cuando se respeten unas normas generales”¹¹. Según el mismo documento, “[h]ay dos formas principales de abordar conceptualmente las actividades reguladas en la legislación sobre áreas protegidas. La primera consiste en identificar todas las actividades cuyo desarrollo se pueda tolerar e indicar que quedan prohibidas aquellas que no se hayan autorizado de forma expresa. Para que este planteamiento dé resultado, es indispensable realizar una selección y formulación meticulosas de todas las actividades permitidas posibles para minimizar así cualquier error de interpretación y abuso y evitar en un futuro la necesidad de efectuar modificaciones, que podrían ser complejas y prolongadas. La segunda opción es señalar los tipos de actividades que, en general, se prohíben o se controlan de cualquier otro modo, y dar por supuesto que quedan automáticamente permitidas todas las actividades no incluidas en dichas categorías”¹². Las dos técnicas serían útiles y lo más probable es que se combinen.

Conforme a lo señalado, en la regulación de actividades en áreas protegidas es posible identificar técnicas de prohibición absoluta, de prohibición relativa y de autorización general tácita o por defecto. Lo anterior dependerá, probablemente, de la categoría de manejo de que se trate, así como de las particularidades de cada país. En este sentido, la prohibición absoluta será más frecuente de encontrar en categorías de preservación o bien respecto de actividades que son transversalmente inaceptables en un área protegida, tales como cazar especies nativas o introducir especies exóticas invasoras. Por el contrario, las técnicas de autorización tácita aplicarán mayormente a categorías que admiten utilización sostenible y respecto de actividades que admiten un margen de apreciación en cuanto a su sostenibilidad.

A fin de retratar el diagnóstico anterior y de extraer lecciones, se presentan a continuación aspectos de interés de la regulación de tres países que son ejemplo en conservación de su biodiversidad y que a la vez representan realidades socioeconómicas y culturales distintas.

1.1. Botswana

Botswana, país africano con un desempeño destacado en conservación de biodiversidad¹³, contempla a nivel legal las siguientes categorías de áreas protegidas: parques nacionales, reservas o santuarios silvestres y reservas silvestres privadas¹⁴.

Respecto a los parques nacionales, se regula de manera detallada la entrada al área, prohibiciones, habilitación reglamentaria y minería. En el caso de las prohibiciones, estas

¹¹ Barbara Lausche y Francoise Burhenne, *Directrices para la Legislación...*, 204.

¹² Barbara Lausche y Francoise Burhenne, *Directrices para la Legislación...*, 205.

¹³ El año 2018 ocupó el 2º lugar a nivel mundial en la categoría “Biodiversidad y Hábitats”, de acuerdo al Índice de Desempeño Ambiental.

¹⁴ *Wildlife Conservation and National Parks Act, Chapter 38:01*. Ver Parte II, *National Parks, Game Reserves, Sanctuaries and Private Game Reserves*, secciones 5 – 14. Disponible en: <https://www.elaws.gov.bw/>.

serían aplicables a cualquier persona (sea visitante o persona jurídica), y las hay absolutas – como matar o dañar animales o introducir especies– y relativas –como construir estructuras, construir caminos o aeropistas o, en general, alterar el ambiente natural del parque–; en este último caso, será posible realizar la obra con la autorización previa de la autoridad competente.

La norma sobre minería dispone que, en principio, ella está prohibida; en aquellos casos en que se hubiesen adquirido derechos mineros previo a la declaración del respectivo parque nacional, la prohibición puede ser exceptuada con permiso escrito del Ministro del Ambiente, Vida Silvestre y Turismo¹⁵.

En el caso de las reservas o santuarios silvestres y en las reservas silvestres privadas, se prohíbe legalmente la caza o captura de la especie, variedad o espécimen en virtud del cual se declaró el área, salvo permiso previo. Luego la ley hace una remisión reglamentaria para regular distintas materias, entre ellas, la prohibición, control o regulación de entrada de personas o animales, incluidos los domésticos; la quema, corta o remoción de árboles; la extracción de miel; la pesca; y el uso de vehículos, entre otros.

1.2. Francia

País europeo desarrollado y de cultura jurídica continental, Francia es un caso interesante para revisar. No solo se encuentra dentro del *top ten* en la categoría Biodiversidad y Hábitats del Índice de Desempeño Ambiental 2018, sino que recientemente fusionó cuatro organismos públicos para crear la Agencia Francesa para la Biodiversidad¹⁶, un órgano estatal bajo el Ministerio del Medio Ambiente, cuya misión es apoyar la implementación de las políticas públicas vinculadas al conocimiento, gestión, restauración y preservación de la biodiversidad.

La legislación francesa contempla las siguientes categorías de áreas protegidas a nivel nacional: parques nacionales, reservas naturales nacionales, parques naturales marinos, reservas biológicas, reservas nacionales de caza y fauna silvestre y, por último, áreas de conservación del litoral¹⁷. La regulación más exhaustiva se la llevan los parques nacionales, los cuales contemplan dos espacios: una zona (o más) núcleo y una de adhesión¹⁸. La regla general es que en los parques nacionales se prohíbe la realización de obras, construcciones e instalaciones, salvo que ellos sean autorizados por la autoridad pública del parque, previa consulta a un consejo científico. Asimismo, la ley habilita a una norma reglamentaria o al

¹⁵ *Wildlife Conservation and National Parks Act, Chapter 38:01, Parte II, sección 10.*

¹⁶ Mediante la Ley N° 2016-1087, el año 2017 inició sus funciones la *Agence française pour la biodiversité*. Ver: <https://www.afbiodiversite.fr/>.

¹⁷ Ley N° 2006-436, relativa a los parques nacionales, a los parques naturales marinos y a los parques naturales regionales.

¹⁸ *Coeur y d'adhésion*, en el idioma original. Ver art. 3° de la Ley N° 2016-1087.

plan de manejo respectivo a establecer reglas particulares aplicables a obras, construcciones e instalaciones.

Según la ley, la reglamentación o el plan de manejo puede: establecer las condiciones bajo las cuales se pueden mantener las actividades existentes; prohibir la caza y pesca, las actividades comerciales, la extracción de materiales, el uso del agua, la circulación del público, el sobrevuelo a menos de 1.000 metros del suelo, cualquier acción que pueda afectar el desarrollo natural de la fauna y la flora y, en general, pueda alterar el carácter del parque nacional, o; regular actividades agrícolas, de pastoreo y forestales. En cualquier caso, se prohíben las actividades mineras e industriales en la zona núcleo del parque.

Adicionalmente, la norma legal habilita a la Administración para establecer disposiciones más favorables para el beneficio de los residentes permanentes en el núcleo de un parque; a las personas naturales o jurídicas dedicadas a actividades agrícolas, de pastoreo o forestales de forma permanente o estacional en la zona núcleo, y; a las personas naturales que realizan una actividad al tiempo de creación del parque nacional, debidamente autorizadas por la autoridad del parque. Las reglas anteriores dan cuenta de la realidad europea central, donde las áreas protegidas deben convivir con población.

1.3. Costa Rica¹⁹

Ejemplo latinoamericano, Costa Rica ha declarado un cuarto de su territorio bajo alguna categoría de área silvestre protegida. La Ley Orgánica del Ambiente faculta al Ministerio de Ambiente y Energía para establecer áreas silvestres protegidas en las categorías de manejo que se establezcan, así como en las siguientes: reservas forestales; zonas protectoras; parques nacionales; reservas biológicas; refugios nacionales de vida silvestre; humedales, y; monumentos naturales²⁰.

Los parques nacionales y las reservas biológicas se rigen por la Ley N° 6.084 del Servicio de Parques Nacionales. Además de prohibir un extenso listado de actividades a los visitantes²¹, en tales categorías no podrán constituirse servidumbres a favor de fundos particulares ni otorgar concesiones de tipo alguno para la explotación de productos²² ni permiso para establecer instalaciones -que no sean las del Servicio de Parques Nacionales²³. La Ley de Pesca y Acuicultura, en tanto, prohíbe expresamente la pesca con fines comerciales y la pesca deportiva en estas mismas áreas²⁴. No obstante lo anterior, la ley habilita para aprobar

¹⁹ Agradezco a Jorge Cabrera Medaglia, quien generosamente compartió un trabajo de su autoría titulado: «Breves nociones sobre el régimen legal de las categorías de manejo nacionales e internacionales (UICN) de áreas protegidas en Costa Rica».

²⁰ Art. 32 de la Ley N° 7.554, Orgánica del Ambiente. Se hace presente que la lista no es taxativa, pues la ley habilita para que se establezcan otras categorías de manejo, además de las mencionadas en la misma ley.

²¹ Art. 8 de la Ley N° 6.084, del Servicio de Parques Nacionales.

²² Art. 11 de la Ley N° 6.084, del Servicio de Parques Nacionales.

²³ Art. 12 de la Ley N° 6.084, del Servicio de Parques Nacionales.

²⁴ Art. 9 de la Ley N° 8.436, de Pesca y Acuicultura.

contratos y concesiones de servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales, las que en ningún caso podrán comprender la autorización del acceso a elementos de la biodiversidad en favor de terceros ni la construcción de edificaciones privadas²⁵. Ejemplos de servicios y actividades no esenciales son los estacionamientos, los servicios sanitarios, la administración de instalaciones físicas, los servicios de alimentación, las tiendas, la construcción y la administración de senderos y la administración de la visita²⁶.

Respecto de las categorías reservas forestales, zonas protectoras y monumentos naturales, no existe un régimen legal que establezca clara y expresamente cuáles actividades se encuentran permitidas y prohibidas²⁷.

La regulación sobre refugios nacionales de vida silvestre efectúa distinciones según estos sean de propiedad estatal, privada o mixta²⁸. Si bien en los tres casos su objetivo es la conservación, investigación y manejo de la flora y la fauna silvestres, hay diferencias respecto de las actividades admisibles. En las de propiedad estatal, solo se admiten labores de investigación, capacitación y ecoturismo. En los refugios privados o mixtos -en la parte privada-, el Ministerio del Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) puede autorizar, de conformidad con los principios de desarrollo sostenible planteados en los planes de manejo, las siguientes actividades: uso agropecuario, uso habitacional, vivienda turística recreativa, desarrollos turísticos, uso comercial, extracción de materiales de canteras, investigaciones científicas o culturales, otros fines de interés público o social y cualquier otra actividad que el SINAC considere pertinente compatibles con las políticas de conservación y desarrollo sustentable²⁹. Además de establecer un requisito administrativo de carácter autorizatorio, el mismo reglamento establece exigencias sustantivas, tales como límites de densidad y superficie y prohibición de asfaltado³⁰.

Dos categorías adicionales, establecidas por norma infra legal³¹, corresponden a las reservas marinas y las áreas marinas de manejo. Para las reservas marinas se detallan actividades prohibidas, al tiempo que se habilita al respectivo plan de manejo para establecer otras actividades prohibidas³². En las áreas marinas de manejo se prohíbe un número acota-

²⁵ Art. 39 de la Ley N° 7.788, de Biodiversidad.

²⁶ De acuerdo al mismo art. 39, tales contratos o concesiones pueden otorgarse a personas jurídicas sin fines de lucro que tengan objetivos de apoyo a la conservación de los recursos naturales.

²⁷ Esta afirmación debe ser matizada en el caso de los humedales. Éstos, con independencia de constituir área silvestre protegida o no, se encuentran protegidos por diversas disposiciones dada su condición de Patrimonio Natural del Estado (e.g. Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Conservación de la Vida Silvestre).

²⁸ Art. 150 del Reglamento N° 32.663, de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

²⁹ Art. 151 del Reglamento N° 32.663, de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

³⁰ Art. 157 del Reglamento N° 32.663, de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

³¹ Decreto Ejecutivo N° 35.369 del 2009, regulación de las nuevas categorías de manejo para las Áreas Marinas Protegidas, conforme al Reglamento a la Ley de Biodiversidad.

³² Artículo 3 bis del Decreto N° 35.369. Las actividades prohibidas expresamente son la pesca mediante redes de arrastre y otras artes de pesca poco selectivas; pesca comercial de escala mediana, avanzada, semi-industrial e industrial; el uso de compresores para la pesca subacuática; la instalación de marinas, puertos,

do de actividades y otras se condicionan a lo que disponga el respectivo plan de manejo³³. Para ambas categorías, se establece un sistema de autorización para las actividades o proyectos de desarrollo y aprovechamiento de los recursos marinos costeros y oceánicos comprendidos en ellas. Tales autorizaciones deberán ajustarse al respectivo plan de manejo y las directrices e instrucciones técnicas y administrativas emanadas del Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

1.4. Conclusiones preliminares

El primer aprendizaje derivado de las recomendaciones internacionales y de los ejemplos de derecho comparado es que no existe una fórmula única para regular las actividades dentro de las áreas protegidas. El principio inspirador común, no obstante, es respetar la categoría y los objetos de conservación del área.

En los tres casos examinados es posible observar que las categorías con mayor nivel protección –que en común son los parques nacionales– contemplan la regulación más exhaustiva sobre realización de actividades, estableciendo algunas prohibiciones absolutas y otras relativas, esto es, susceptibles de ser exceptuadas a través de una autorización administrativa. Cabe notar que tal autorización es otorgada por la autoridad ambiental o aquella con competencia en áreas protegidas, lo que es plenamente coherente con la vocación de conservación que se le asigna a un área cuando se decide declararla como protegida. Asimismo, en los tres casos se observa una remisión legal más o menos detallada a un reglamento o derechamente a los planes de manejo, destinada a precisar o establecer prohibiciones, exigencias o regulaciones respecto de las actividades en tales áreas.

2. Regulación vigente en Chile

No es novedad afirmar que en nuestro país existe una dispersión normativa y orgánica en materia de áreas protegida o que Chile carece de un verdadero sistema nacional de áreas protegidas³⁴. Precisamente uno de los objetivos del proyecto de ley que crea el Servi-

atracaderos y cualquier otro tipo de infraestructura, salvo aquella autorizada por el Ministerio del Ambiente y Energía, por razones de prestación de servicios ambientales en el área; la explotación u ocupación antropogénica, contrarias a los propósitos de la designación; y la exploración y explotación minera y petrolera.

³³ Arts. 7 y 9 del Decreto N° 35.369.

³⁴ En palabras de Alejandra Precht *et al.*, “es posible sostener que nuestro sistema jurídico carece de un sistema integrado, claro y coherente de áreas sujetas a protección especial, encontrándonos con una gran dispersión normativa e institucional en la materia”. Alejandra Precht, Sonia Reyes y Carola Salamanca, *El ordenamiento territorial en Chile* (Santiago: Ediciones UC, 2016), 81. Sergio Praus *et al.*, por su parte, afirma que “Chile ha carecido hasta la fecha de una estructura institucional orgánicamente establecida a cargo de las AP, caracterizándose por una administración/gestión segmentada o compartimentalizada en las distintas categorías de AP, bajo la tuición y/o administración de organismos públicos diversos (...)”. Sergio Praus, Mario Palma y Rodolfo Domínguez, *La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile* (Santiago: Proyecto GEF-PNUD-MMA, 2011), 24, acceso el 11 de marzo de 2019,

cio de Biodiversidad y Áreas Protegidas es establecer un Sistema Nacional de Áreas Protegidas que permita gestionar de manera integral todas las áreas protegidas, tanto públicas como privadas, terrestres y acuáticas, marinas y continentales³⁵.

Hoy existen diversas normas que se refieren, de manera más o menos específica, a la posibilidad o imposibilidad de realizar actividades en áreas protegidas³⁶. Las principales son la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 4.601, sobre Caza (Ley de Caza); la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (Ley de Bosque Nativo); la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley de Pesca y Acuicultura); la Ley N° 18.248, el Código de Minería; la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo (Ley de Turismo), y; la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales (Ley de Monumentos Nacionales)³⁷.

Mención aparte merece la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América –más conocida como Convención de Washington³⁸. Sobre ella, nos limitaremos a señalar que establece prohibiciones más o menos genéricas en relación a las categorías que reconoce –reserva de región virgen, monumento natural y parque nacional–, siendo la más controversial aquella según la cual las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales³⁹. Atendida la controversia jurídica existente en torno a su aplicación⁴⁰, no consideraremos esta norma en esta sección.

En este contexto, el presente acápite tiene por objeto presentar la regulación vigente sobre áreas protegidas desde la perspectiva de las actividades comerciales o de explotación, a fin de mostrar un panorama ordenado sobre la materia y contrastarlo con lo que propone el proyecto de ley en trámite. No se trata, en consecuencia, de un análisis acabado sobre la

http://bdrnap.mma.gob.cl/recursos/privados/Recursos/CNAP/GEF-SNAP/Praus_Palma_Dominguez_2011.pdf.

³⁵ Boletín N° 9404-12, Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

³⁶ En aplicación de la definición utilizada, en este trabajo se entiende que son categorías de áreas protegidas vigentes en Chile las siguientes: reserva de región virgen, parque nacional (incluyendo el parque nacional de turismo); reserva nacional (incluyendo la reserva forestal); monumento natural; santuario de la naturaleza; parque marino; reserva marina; y área marina costera protegida (incluyendo la área marina costera protegida de múltiples usos).

³⁷ Otras normas legales fundamentales en la creación de áreas protegidas son el Decreto Supremo N° 4.363 de 1931, que aprueba la Ley de Bosques y el Decreto Ley N° 1.939 de 1977, que establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. No se han incorporado en el cuerpo de este trabajo, pues no se refieren de manera expresa a actividades de explotación en áreas protegidas.

³⁸ Este tratado internacional fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Supremo N° 531 de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³⁹ En efecto, el artículo III, inciso primero, oración final dispone lo siguiente: “Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales” (refiriéndose a los parques nacionales).

⁴⁰ Un artículo que aborda esta materia es: Ximena Fuentes Torrijo y Juan Pablo Arístegui Sierra, «¿Nos basta con los convenios internacionales existentes para una adecuada regulación del uso sustentable de los recursos naturales?», en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. por Sergio Montenegro, *et. al.* (Santiago: Thomson Reuters, 2016), 65-104.

aplicación de tal regulación, en particular en el seno del sistema de evaluación de impacto ambiental⁴¹.

2.1. Caza y captura de especies de fauna terrestre

La Ley de Caza es explícita en prohibir la caza o captura en reservas de región virgen, parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y santuarios de la naturaleza⁴². Atendido el ámbito de aplicación de la ley, la prohibición se hace extensiva a animales de la fauna silvestre, con excepción de las especies y los recursos hidrobiológicos⁴³.

No obstante lo anterior, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) puede autorizar la caza o captura de determinados especímenes en tales lugares exclusivamente con las finalidades que indica la ley: para fines científicos, para el control de animales que causen graves perjuicios al ecosistema, para establecer centros de reproducción o criaderos, o para permitir la utilización sustentable del recurso. Adicionalmente, en este caso deberá además contarse con el permiso del órgano que administra el área⁴⁴.

2.2. Pesca extractiva y acuicultura⁴⁵

La Ley de Pesca y Acuicultura prohíbe expresamente la realización de toda actividad de pesca extractiva y acuicultura en zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del llamado Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE)⁴⁶. De acuerdo a una interpretación virtualmente indiscutida⁴⁷, la referencia al SNASPE comprende las categorías de reservas de región virgen, parques nacionales, monumentos natura-

⁴¹ Para ello se pueden revisar diversos trabajos, entre ellos: Eduardo Correa Martínez, «Ejecución de proyectos en áreas protegidas: ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo», en *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. Valentina Durán *et. al.* (Santiago: Lexis Nexis, 2008): 211 y ss.; Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2° Edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2014), 16.6.2.

⁴² Art. 7° inciso 1° de la Ley N° 4.601, de Caza.

⁴³ Art. 1° de la Ley N° 4.601, de Caza.

⁴⁴ En el caso de reservas de región virgen, parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales, el órgano competente es hoy la Corporación Nacional Forestal (CONAF). En el caso de santuarios de la naturaleza, la situación variará caso a caso, según en quien recaiga la administración. Art. 7° inciso 2° de la Ley N° 4.601, de Caza.

⁴⁵ Un trabajo que ha tratado la relación entre las actividades de pesca o acuicultura y las áreas protegidas es: Felipe Guerra Schleeff, «¿Se pueden intervenir las áreas silvestres protegidas del Estado? Una aproximación al contexto chileno a partir del dictamen N° 38.429 de la Contraloría General de la República», *Revista Justicia Ambiental* 7 (2015): 189, acceso el 11 de marzo de 2019, https://cl.boell.org/sites/default/files/libro_fima_interior_y_tapas.pdf

⁴⁶ Art. 158 de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, Contraloría General de la República, Dictamen N° 38.429/2013, de 18 de junio de 2013.

les y reservas nacionales. Por su parte, cabe notar que la pesca extractiva comprende toda actividad de pesca, esto es, la industrial, artesanal, de investigación y deportiva⁴⁸.

Acto seguido de la prohibición, la ley reconoce la posibilidad de que la autoridad pesquera autorice las actividades descritas en las reservas nacionales y las reservas forestales, sin expresión de causa.

Respecto a la actividad acuícola, se contempla una restricción adicional: los cultivos intensivos o extensivos de especies hidrobiológicas exóticas deberán mantener una distancia mínima de 1,5 millas náuticas de parques marinos y reservas marinas y, en los casos de áreas terrestres que colinden con el mar, la zonificación del borde costero deberá establecer una franja marina mínima de resguardo para excluir el desarrollo de los mismos cultivos mencionados⁴⁹.

2.3. Actividad forestal

Los bosques comprendidos al interior de ciertas áreas protegidas –a saber, reservas de región virgen, parques nacionales y monumentos naturales⁵⁰– constituyen lo que la Ley de Bosque Nativo denomina bosques nativos de preservación⁵¹.

A diferencia de otros bosques nativos que también se definen como de preservación –aquellos que constituyen hábitat de especies vegetales protegidas legalmente o clasificadas en alguna categoría de conservación–, la Ley de Bosque Nativo no establece una prohibición general de corta, eliminación, destrucción o descepaado ni de intervención de hábitat en bosques que forman parte de un área protegida⁵². Lo anterior probablemente responde a que los bosques nativos presentes en las áreas protegidas mencionadas se encuentran en predios de propiedad fiscal, bajo la administración de la propia CONAF.

⁴⁸ Art. 2° números 1) y 14) de la N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, que definen respectivamente Actividad pesquera extractiva y Pesca artesanal.

⁴⁹ Art. 67 incisos 7° y 8° de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.

⁵⁰ Cabe hacer presente que esta es una interpretación, toda vez que la definición de bosque nativo de preservación alude a “los bosques comprendidos en las categorías de manejo con fines de preservación que integran el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado” (énfasis agregado).

⁵¹ El art. 2° de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, establece la siguiente definición: “4) Bosque nativo de preservación: aquél, cualquiera sea su superficie, que presente o constituya actualmente hábitat de especies vegetales protegidas legalmente o aquéllas clasificadas en las categorías de en ‘peligro de extinción’, ‘vulnerables’, ‘raras’, ‘insuficientemente conocidas’, ‘fuera de peligro’ o que corresponda a ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, cuyo manejo sólo puede hacerse con el objetivo del resguardo de dicha diversidad.

Se considerarán, en todo caso, incluidos en esta definición, los bosques comprendidos en las categorías de manejo con fines de preservación que integran el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado o aquel régimen legal de preservación, de adscripción voluntaria, que se establezca”.

⁵² La prohibición que establece el art. 19 sólo se enfoca en bosques con presencia de especies vegetales clasificadas. En efecto, dicha disposición prohíbe “la corta, eliminación, destrucción o descepaado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas, de conformidad con el artículo 37 de la ley N° 19.300 y su reglamento, en las categorías de ‘peligro de extinción’, ‘vulnerables’, ‘raras’, ‘insuficientemente conocidas’, ‘fuera de peligro’, que formen parte de un bosque nativo, como asimismo la alteración de su hábitat”.

Siguiendo las reglas generales, toda acción de corta de bosque nativo, cualquiera sea el tipo de terreno en que éste se encuentre, debería efectuarse previo plan de manejo aprobado por CONAF⁵³.

Dado que el bosque que crece en suelo declarado área protegida (en alguna de las categorías mencionadas) constituye bosque nativo de preservación, cabría entender que para su intervención se requiere contar con un plan de manejo de preservación⁵⁴, esto es, un plan de manejo cuyo objetivo fundamental es “resguardar la diversidad biológica, asegurando la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y ecosistemas contenidos en el área objeto de su acción”⁵⁵. Aplicando esta lectura, la elaboración y aprobación del respectivo plan de manejo de preservación se confundirían en la misma CONAF.

2.4. Minería⁵⁶

El Código de Minería establece un permiso sectorial, de competencia del intendente de cada región, para “ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales”⁵⁷.

De acuerdo a una lectura, se trata en principio de una prohibición de ejecución de labores mineras con fines de interés público, la que es posible remover a través de la técnica de la autorización⁵⁸. Lo cierto es que esta norma reconoce la posibilidad de realizar labores mineras en las áreas protegidas mencionadas, estableciendo en tales casos una exigencia administrativa, cual es la obtención de un permiso del intendente.

No hay en la norma de origen una referencia a las razones, en virtud de las cuales, tal autoridad política podría acoger o rechazar una solicitud de esa naturaleza. No obstante,

⁵³ Art. 5° de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

⁵⁴ Así por lo demás se entiende de lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto N° 93, de 26 de noviembre de 2008, Reglamento General de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, señala: “Toda intervención de un bosque de preservación obligará a la presentación y aprobación previa de un plan de manejo de preservación”.

⁵⁵ Art. 2° número 18) inciso 2° de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

⁵⁶ Trabajos que han abordado de manera específica la relación entre minería y áreas protegidas son los siguientes: Natalia Fernández Sepúlveda, «Actividades mineras en parques nacionales», *Revista de Derecho Ambiental* 4 (2013): 169-204; Raúl Campusano Droguett, «Áreas protegidas y minería», en *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, ed. por Valentina Durán *et. al.* (Santiago: Lexis Nexis, 2008): 185-206; Jorge Retamal Valenzuela, «Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 22, N° 1 (2015): 507-528, acceso el 11 de marzo de 2019, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v22n1/art13.pdf>.

⁵⁷ Art. 17 número 2° del Código de Minería. No se abordará acá una discusión que surge de lo dispuesto en el inciso 3° del mismo artículo 17. De acuerdo a él, el permiso referido sólo sería necesario cuando las declaraciones “hayan sido hechas expresamente para efectos mineros, por decreto supremo que además señale los deslindes correspondientes”, decreto que debe llevar además la firma del Ministro de Minería. Según explica Precht *et al.* en *El ordenamiento territorial en Chile*, 93 – 94, existirían dos interpretaciones.

⁵⁸ Esta es la lectura del profesor Alejandro Vergara Blanco. Ver: Alejandro Vergara Blanco, *Instituciones de Derecho Minero* (Santiago: AbeledoPerrot, 2010), 525.

el D.S. N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dispone que el requisito para el otorgamiento de este permiso “consiste en preservar los ecosistemas asociados a parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales que serán intervenidos”⁵⁹.

Por su parte, tampoco es del todo claro el sentido de la expresión labores mineras, concepto que no se encuentra definido ni tampoco es utilizado habitualmente en la regulación minera. No obstante, es razonable entender que es un concepto amplio, que al menos comprende las acciones de catar y cavar, así como la exploración y explotación mineras⁶⁰.

2.5. Turismo

El turismo es probablemente la actividad que, *a priori*, presenta mayor compatibilidad con las áreas protegidas. Esta mirada subyace en la Ley de Turismo, la cual contempla un título dedicado especialmente al “desarrollo turístico en las áreas silvestres protegidas del Estado”⁶¹.

De acuerdo a su texto, solo se podrán desarrollar actividades turísticas en áreas protegidas del Estado “cuando sean compatibles con su objeto de protección, debiendo asegurarse la diversidad biológica, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”⁶².

Esta regla sustantiva se complementa con un procedimiento administrativo en virtud del cual ciertas áreas –que cuentan con plan de manejo vigente y son priorizadas por el Comité de Ministros del Turismo–, pueden ser concesionadas a privados para usos turísticos o para la instalación de infraestructura⁶³.

2.6. Actividades en general

Existen en la legislación nacional un par de referencias genéricas a actividades en áreas protegidas: la primera se encuentra en la regulación específica de santuarios de la naturaleza y la segunda, en la regulación sobre evaluación de impacto ambiental.

⁵⁹ Art. 121 inciso 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁶⁰ Para un análisis detallado sobre el alcance del concepto labores mineras, consultar el trabajo de Jorge Retamal Valenzuela, «Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición» y Alejandro Vergara Blanco, *Instituciones de Derecho Minero*, 526 y 527.

⁶¹ Título V de la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

⁶² Art. 18 inciso 1° de la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

⁶³ Ver arts. 18 a 21 de la Ley N° 20.243, del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo.

2.6.1. Santuarios de la naturaleza

El artículo 31 inciso 3° de la Ley de Monumentos Nacionales, refiriéndose a los santuarios de la naturaleza, dispone que “[n]o se podrá, sin la autorización previa del Servicio, iniciar en ellos trabajos de construcción o excavación, ni desarrollar actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural”.

A diferencia de los casos anteriores, aquí se establece una exigencia administrativa general para la realización de actividades en áreas protegidas –específicamente en los santuarios de la naturaleza–, a saber, la necesidad de contar con la autorización previa del órgano competente⁶⁴ para llevar a cabo cualquier actividad que pudiese alterar el estado natural del área.

Si bien la norma no es explícita en indicar el criterio en virtud del cual el organismo competente deberá otorgar o denegar la autorización, es posible inferir que tal decisión deberá fundarse en la conservación del estado natural del área⁶⁵.

2.6.2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente define un listado de proyectos o actividades que, bajo el supuesto de que ellos son susceptibles de causar impacto ambiental, requieren obligatoriamente someterse a evaluación ambiental previo a su ejecución⁶⁶. Tal es el caso del literal p), del art. 10, que indica la “ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.

En aplicación de esta norma, virtualmente todo proyecto o actividad que se pretenda desarrollar al interior de un área protegida, cualquiera sea su categoría, deberá previamente someterse a un proceso de evaluación de impacto ambiental⁶⁷.

⁶⁴ Si bien la disposición hace referencia al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, mientras éste no entre en funcionamiento la competencia continúa radicada en el Consejo de Monumentos Nacionales. Ver al respecto: Contraloría General de la República, Dictamen N° 26.190/2012, de 7 de mayo de 2012.

⁶⁵ Con un lenguaje un poco más estricto (preservar, en vez de conservar), esta es la lectura que se adoptó en el marco del Decreto Supremo N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En su artículo 120, referido al permiso ambiental sectorial en comento, dispone que “[e]l requisito para su otorgamiento consiste en preservar el estado natural del Santuario de la Naturaleza” (inciso 3°).

⁶⁶ Arts. 8° y 10 de la Ley N° 19.3600, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁶⁷ Se utiliza la expresión virtualmente, por cuanto existen algunos casos en que, dada la poca envergadura o potenciales impactos de la iniciativa, no corresponde someterla a evaluación ambiental. Así lo ha instruido en SEA por medio del Oficio Ord. N° 130844/2013, así como ha sido confirmado por Contraloría General de la República, Dictamen N° 48.164/2016, de 30 de junio de 2016.

Adicionalmente, el titular de un proyecto o actividad que se pretenda ejecutar en un área protegida, deberá evaluar si su iniciativa es susceptible de afectar el área en cuestión, y en particular sus objetos de conservación⁶⁸. Si la respuesta es afirmativa, la vía de evaluación ambiental del proyecto en cuestión será el Estudio de Impacto Ambiental, lo que supone un estándar mayor de evaluación y resguardo ambiental.

Finalmente, cabe tener presente que, atendida la vocación de ventanilla única que tiene el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁶⁹, varias de las regulaciones antes mencionadas constituyen lo que se denomina permisos ambientales sectoriales, esto es, autorizaciones que tienen un contenido ambiental y que, en consecuencia, deben tramitarse dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁷⁰.

2.7. Conclusiones preliminares

La revisión de la legislación nacional sobre la materia da cuenta de una dispersión normativa importante, existiendo diversos cuerpos legales que se refieren de manera parcelada a la posibilidad o imposibilidad de realizar actividades comerciales o de explotación en áreas protegidas. Esta dispersión no solo dificulta el conocimiento y manejo de tal regulación, cuestión más bien práctica, sino que carece de criterios comunes, que respondan a una gestión sistémica de las áreas protegidas del país.

Como se revisó antes, hay actividades que se encuentran por regla general prohibidas en algunas categorías, para luego habilitarse una excepción, previa autorización de un órgano administrativo sectorial. En algunos casos la regulación establece criterios en virtud de los cuales se puede autorizar la actividad, mientras que en otros ello queda entregado a la discrecionalidad absoluta del organismo correspondiente. En cualquier caso, la dispersión institucional existente hace difícil aunar criterios y en ocasiones pone en duda el verdadero resguardo de la vocación de conservación del área, toda vez que los órganos competentes cumplen funciones de fomento productivo.

Pese a lo anterior, es posible destacar que existen diversas normas vigentes que se refieren a actividades específicas en áreas protegidas, aportando en tal sentido a una certeza jurídica sobre lo que en principio se puede o no hacer en ellas.

⁶⁸ Art. 11 letra d) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente y art. 8 del Decreto Supremo N° 40 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁶⁹ Art. 8° inciso 2° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

⁷⁰ El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es el que identifica cuáles son aquellas autorizaciones o permisos sectoriales que constituyen permisos ambientales sectoriales para efectos del SEIA. Ver art. 107 y ss.

3. Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas

El proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (PL o PL SBAP)⁷¹ contempla un título especial denominado “Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”, el cual se organiza en diversos párrafos.

Si buscamos orientación sobre las actividades productivas que pueden o no realizarse en las áreas protegidas del sistema que se propone, es preciso acudir a dos párrafos: el que se refiere a las Categorías de áreas protegidas (Párrafo 2°) y el que regula los Planes de manejo de áreas protegidas (Párrafo 5°). También es pertinente revisar el artículo sexto transitorio, que se refiere a las situaciones previas a la declaración de un área protegida.

No nos referiremos aquí al párrafo De las concesiones y permisos en áreas protegidas del Estado (Párrafo 7°), por cuanto las concesiones reguladas en el proyecto de ley se refieren a actividades de investigación científica, educación o turismo que van en beneficio de los objetivos del sistema. En otras palabras, no se trata de concesiones sectoriales para la realización de actividades en áreas protegidas (tales como concesiones mineras, eléctricas, marítimas u otros). Los permisos, en tanto, aplican únicamente a actividades transitorias o que no requieren infraestructura. De igual forma, se omitirá mencionar la disposición particular titulada Prohibiciones en áreas protegidas, puesto que ella establece prohibiciones dirigidas a personas que son usuarias del área, principalmente visitantes y en algunos casos concesionarios; no se refiere, en consecuencia, a prohibiciones genéricas sobre qué actividades comerciales o de explotación se pueden o no desarrollar en áreas protegidas⁷².

El foco del análisis, entonces, dice relación con actividades productivas de mediano o largo plazo que terceros deseen realizar en las áreas protegidas, sin tener por finalidad contribuir directamente a los fines de conservación de las mismas. También se hará referencia a las actividades de esa misma naturaleza que preexistan a la creación de un área protegida.

⁷¹ Boletín N° 9404-12. Se seguirá aquí la versión más reciente del proyecto de ley en su tramitación, la cual difiere significativamente del boletín ingresado al Congreso el año 2014: se trata de la versión aprobada por la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado en octubre de 2017, que consta en el informe final de dicha Comisión.

⁷² Lo anterior no se dice expresamente, pero se infiere de la naturaleza de las actividades que constituyen infracciones, así como de lo dispuesto en el inciso final de la misma disposición: “Estas prohibiciones tampoco serán consideradas para efectos de la evaluación de impacto ambiental ni para el otorgamiento de concesiones sectoriales a que se refiere el artículo 97 de la presente ley, pudiendo además el proponente incurrir en ellas una vez obtenida una resolución de calificación ambiental”. Esta lectura consta asimismo en las actas de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado.

3.1. Actividades prohibidas y permitidas

En el párrafo 2°, titulado Categorías de áreas protegidas, el proyecto de ley lista las diez categorías que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas: reserva de región virgen, parque marino, parque nacional, monumento natural, reserva marina, reserva nacional, santuario de la naturaleza, área marina costera protegida de múltiples usos, humedal de importancia internacional o sitio Ramsar y área de conservación de pueblos indígenas.

Para cada categoría –regulada cada una en un artículo individual–, el proyecto sigue como regla general el siguiente esquema: el primer párrafo describe el área, el siguiente se refiere a los objetivos de conservación y el último hace alusión a actividades prohibidas o permitidas, según el caso. Centremos entonces la atención en el inciso final, sin perder de vista el objetivo de cada categoría, pues están estrechamente vinculados.

Para las categorías de mayor protección –reserva de región virgen⁷³, parque marino, parque nacional y monumento natural–, el PL establece una prohibición genérica de explotación de recursos naturales con fines comerciales. Esta fórmula se condice, por una parte, con el objetivo de todas estas áreas: la preservación de ciertos niveles o atributos de la biodiversidad⁷⁴. Y por otra, es un claro guiño a la Convención de Washington, la cual proscribió para los parques nacionales la explotación de sus riquezas con fines comerciales⁷⁵.

Ahora bien, qué debe entenderse por explotación, recursos naturales y fines comerciales será materia de interpretación⁷⁶. Siguiendo el tratado internacional mencionado, se ha optado por una prohibición general, sin alusión precisa a tipologías de proyectos o actividades.

La propuesta para las categorías de reserva marina, reserva nacional, santuario de la naturaleza y área marina costera protegida de múltiples usos sigue una regla similar, pero inversa. Similar, pues también utiliza conceptos jurídicos indeterminados que será neces-

⁷³ En el caso de la reserva de región virgen, el inciso primero, que define la categoría, dispone también que ella se encuentra “vedada a toda explotación productiva y comercial, con excepción de la investigación científica, educación y fiscalización por parte de los organismos públicos” y luego, el inciso 2° y final es el que establece la prohibición de “explotación de recursos naturales con fines comerciales”.

⁷⁴ En efecto, el parque marino tiene por objetivo “preservar ecosistemas, unidades o procesos ecológicos (...)”; el parque nacional tiene como objetivo “la preservación del patrimonio natural, escénico o cultural asociado, la continuidad de los procesos evolutivos y de las funciones ecológicas, junto con las especies y ecosistemas característicos del área (...)”; y el monumento natural cumple el objetivo de “preservación de un componente específico de la biodiversidad o de elementos o sitios de especial interés (...)”.

⁷⁵ En tal sentido, ver nota al pie N° 38. Algo similar ocurre con la reserva de región virgen, la cual es definida en dicha convención como “vedada a toda explotación comercial”.

⁷⁶ De estos tres conceptos, el único que se encuentra definido legalmente es recursos naturales: el art. 3° letra r) de la Ley N° 19.3600, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, los describe como “los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos”.

rio interpretar, e inversa, puesto que se refiere a actividades permitidas. En concreto, la fórmula que se repite en estas categorías de menor nivel de protección es que en ellas podrán “desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos” que provea el área. Al igual que en el caso de las categorías de preservación, la regla que se propone se encuentra alineada con los objetivos de tales áreas, cual es el uso o aprovechamiento sustentable de la biodiversidad⁷⁷.

Las otras dos categorías –humedal de importancia internacional y área de conservación de pueblos indígenas– omiten el tercer inciso y, en consecuencia, no se pronuncian expresamente sobre actividades⁷⁸.

Complementando lo anterior, el PL dispone que toda área protegida deberá contar con un plan de manejo. Dicho instrumento, continúa, “constituirá el marco regulatorio del área protegida, tanto para su adecuada gestión como para la definición de actividades permitidas y prohibidas en su interior”. En coherencia con ello, al fijar los contenidos mínimos de un plan de manejo, se refiere a “[l]as actividades compatibles e incompatibles con el área”.

Aquí se sigue un desarrollo normativo habitual en el área del derecho ambiental, cual es establecer un mínimo legal –contenido en las categorías de áreas protegidas–, el cual es complementado por una norma administrativa, previa habilitación del propio legislador⁷⁹.

Cabe hacer notar que el PL no contempla un permiso sectorial, a cargo del Servicio, para realizar actividades en áreas protegidas. En términos prácticos, esto significa que, bajo el esquema que plantea el PL, el SBAP participará en el proceso de evaluación ambiental de proyectos o actividades como órgano con competencia ambiental, mas no contará con un permiso ambiental sectorial respecto del cual pronunciarse en el marco de dicho proceso.

Como alternativa a un permiso, la disposición que cierra el párrafo sobre categorías de áreas protegidas dispone la siguiente regla de oro: “Todo proyecto o actividad que, conforme a la legislación respectiva, se pretenda desarrollar dentro de los límites de un área protegida, deberá respetar los objetivos de la categoría y el objeto de protección del área y ser compatible con su plan de manejo”. Se trata de una regla sustantiva que admite un mar-

⁷⁷ En el caso de la reserva marina, el proyecto de ley establece como objetivo “desarrollar una gestión activa de las comunidades biológicas, especies nativas y hábitats, a objeto que pueda existir aprovechamiento sustentable por parte de las comunidades locales”. La reserva nacional tiene por objetivo “el uso sustentable de las comunidades biológicas, especies y hábitats, a través de una gestión activa para la conservación (...)” y el área marina costera protegida de múltiples usos, “el uso sustentable de los servicios ecosistémicos (...)”. El santuario de la naturaleza, en tanto, se aparta de esta redacción, y establece como objetivo “la conservación y mantención de especies y hábitats, terrestres o acuáticos (...)”.

⁷⁸ Esta falta de coherencia responde a la tramitación legislativa: esta sección fue objeto de un sinnúmero de indicaciones, de distintos autores, las cuales fueron votadas una a una, siendo algunas acogidas y otras rechazadas.

⁷⁹ Desde una perspectiva más global, esta sería una solución estándar: identificar a nivel legal los principales tipos de actividades reguladas y otorgar habilitación reglamentaria para regular el detalle. En tal sentido, ver: Barbara Lausche y Françoise Burhenne, *Directrices para la Legislación...*, 204.

gen de discrecionalidad en su interpretación y aplicación, la cual deberá efectuarse caso a caso por el SBAP.

Al respecto, vale la pena aclarar que el proyecto de ley no altera las reglas antes descritas sobre evaluación de impacto ambiental, por lo cual seguirían vigentes las exigencias de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y eventual Estudio de Impacto Ambiental respecto de proyectos o actividades que se desarrollen al interior de un área protegida.

3.2. Actividades preexistentes

El artículo sexto transitorio inciso final de la propuesta legislativa aborda la situación de actividades previas a la creación de un área protegida. Al respecto y siguiendo la lógica de los incisos anteriores, indica que “[l]a creación de un área protegida tampoco obstará el desarrollo de actividades que, al interior de esta área, contaren con una resolución de calificación ambiental favorable”.

El objetivo de esta regla es que los proyectos que al tiempo de ser calificados ambientalmente no se emplazaban en un área protegida, podrán ejecutarse en los mismos términos autorizados si posteriormente, en el mismo lugar, se crea un área con fines de conservación de biodiversidad.

Tal como ocurre hoy⁸⁰, esta norma probablemente tendrá un efecto a la hora de decidir declarar un área protegida en un espacio donde se ha aprobado o se ejecuta un proyecto o actividad.

Conclusiones

A la luz de lo anterior, la primera conclusión de este trabajo es que el proyecto de ley mejora la regulación vigente sobre actividades productivas en áreas protegidas y que lo hace en línea con ejemplos de derecho comparado. Se centralizan en un único cuerpo normativo los lineamientos sobre las actividades prohibidas o permitidas en las áreas protegidas, de manera coherente con los objetivos de cada categoría. Así, las categorías de mayor protección, cuyo objetivo es la preservación, contemplan una prohibición de explotación de recursos naturales con fines comerciales; las otras categorías, que apuntan al aprovechamiento sostenible de los componentes de la biodiversidad, admiten actividades que puedan

⁸⁰ La regla explicitada en el artículo sexto transitorio del PL es la que hoy aplica en la práctica: el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS) ha entendido que la declaración de un área protegida en nada afecta los proyectos o actividades que cuentan con una RCA favorable. Ver, por ejemplo, el Acta de la Sesión Ordinaria N° 1/2015 del CMS, de 18 de mayo de 2015, donde se explicita esta interpretación a propósito de la creación del Santuario de la Naturaleza Cajón del Río Achibueno, en relación al recientemente aprobado Proyecto Hidroeléctrico Achibueno.

ser calificadas como sustentables⁸¹. También es acertada la remisión que se efectúa a los planes de manejo, instrumentos que debiesen tener un margen administrativo para precisar las actividades compatibles e incompatibles en tales áreas.

No obstante lo anterior, siguiendo el ejemplo de otros países y procurando no retroceder en lo dispuesto en leyes vigentes, se sugiere aportar elementos de mayor precisión, ejemplificando actividades comprendidas en la prohibición de explotación de recursos naturales con fines comerciales, así como en la hipótesis de actividades de uso sustentable. Esto puede hacerse, ya sea en el inciso referido a actividades en cada categoría, o bien en la disposición sobre los contenidos del plan de manejo (como lo plantean las legislaciones de Botswana o de Francia). Entendiendo que ello pudiese dificultar la obtención de consensos políticos en el marco de la tramitación legal, tal precisión aportaría en certeza jurídica y además otorgaría mayor fuerza jurídica a los planes de manejo.

En tercer lugar, tanto por su novedad como por su claridad, se destaca la regla sustantiva de compatibilidad entre todo proyecto o actividad que se pretenda desarrollar en un área protegida y los objetivos de la categoría, el objeto de protección del área y lo dispuesto en su plan de manejo. No obstante, la ausencia de un permiso sectorial a cargo del SBAP puede dificultar la aplicación de esta norma. En este sentido, se recomienda la incorporación de una autorización de competencia del SBAP para la realización de actividades no sujetas a una prohibición absoluta, cuya aplicación debiese guiarse, justamente, por la regla de oro antes mencionada. Como se examinó antes, esto es lo que está vigente hoy respecto de algunas actividades y es lo que han implementado países ejemplares en conservación de la biodiversidad.

Finalmente, entendiendo que la autorización ambiental no otorga derechos adquiridos, conviene tener presente que la regla transitoria que se propone explicita una decisión política (y no jurídica) respecto de la situación de proyectos calificados ambientalmente en un contexto donde no existía un área protegida, para luego ser creada un área en el mismo espacio geográfico. Esta es una opción legítima, que se alinea con conceptos relevantes para la inversión, como la certidumbre y la seguridad jurídicas. No obstante, existen otras alternativas que probablemente equilibran mejor el interés público y el privado, como la opción que siguió Botswana para la minería en parques nacionales o bien exigir que proyectos en dicha situación tengan que adaptarse a la nueva realidad, debiendo proponer cambios que permitan compatibilizar su desarrollo a la vocación del lugar de emplazamiento⁸².

⁸¹ Como se explicó en el cuerpo del trabajo, esta regla general no se cumple en un par de categorías: ellas debiesen corregirse y seguir la misma fórmula.

⁸² Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con proyectos o actividades que, contando con una RCA favorable, deben igualmente cumplir con normativa ambiental que es dictada con posterioridad a dicha autorización ambiental.

Bibliografía

- Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2° Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2014.
- Campusano Droguett, Raúl. «Áreas protegidas y minería». En *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, editado por Valentina Durán et. al. 185-206. Santiago: Lexis Nexis, 2008.
- Correa Martínez, Eduardo. «Ejecución de proyectos en áreas protegidas: ¿Cuánta protección y cuánto desarrollo?». En *Actas de las IV Jornadas de Derecho Ambiental*, editado por Valentina Durán et. al. 207-226. Santiago: Lexis Nexis, 2008.
- Dudley, Nigel. ed. *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas*. Gland: UICN, 2008. Acceso el 11 de marzo de 2019. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAPS-016-Es.pdf>.
- EPI. «Global metrics for the environment». Acceso el 11 de marzo de 2019. <https://epi.envirocenter.yale.edu/>.
- Fernández Sepúlveda, Natalia. «Actividades mineras en parques nacionales». *Revista de Derecho Ambiental* 4 (2013): 169-204.
- Fuentes Torrijo, Ximena y Juan Pablo Arístegui Sierra. «¿Nos basta con los convenios internacionales existentes para una adecuada regulación del uso sustentable de los recursos naturales?». En *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*, editado por Sergio Montenegro, et. al. (Santiago: Thomson Reuters, 2016), 65-104.
- Guerra Schlee Felipe. «¿Se pueden intervenir las áreas silvestres protegidas del Estado? Una aproximación al contexto chileno a partir del dictamen N° 38.429 de la Contraloría General de la República». *Revista Justicia Ambiental* 7 (2015): 189-202. https://cl.boell.org/sites/default/files/libro_fima_interior_y_tapas.pdf
- Lausche, Barbara y Francoise Burhenne. *Directrices para la Legislación relativa a Áreas Protegidas*. Gland: UICN, 2012. Acceso el 11 de marzo de 2019, <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-081-Es.pdf>.
- Praus, Sergio, Mario Palma y Rodolfo Domínguez. *La situación jurídica de las actuales áreas protegidas de Chile*. Santiago: Proyecto GEF-PNUD-MMA, 2011. Acceso el 11 de marzo de 2019, http://bdrnap.mma.gob.cl/recursos/privados/Recursos/CNAP/GEF-SNAP/Praus_Palma_Dominguez_2011.pdf.
- Precht, Alejandra, Sonia Reyes y Carola Salamanca. *El ordenamiento territorial en Chile*. Santiago: Ediciones UC, 2016.
- Retamal Valenzuela, Jorge. «Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición». *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 22, N° 1 (2015): 507-528.
- UICN. «Categorías de manejo de áreas protegidas de UICN». Acceso el 11 de marzo de 2019. <https://www.iucn.org/es/regiones/am%C3%A9rica-del-sur/nuestro-trabajo/%C3%A1reas-protegidas/categor%C3%ADas-de-manejo-de-%C3%A1reas-protegidas-de-uicn>
- Vergara Blanco, Alejandro. *Instituciones de Derecho Minero*. Santiago: AbeledoPerrot, 2010.

Recibido: 12 de marzo de 2019.

Aceptado: 17 de mayo de 2019.

Afiliación institucional de la autora:

Lorna Püschel, Profesora de Derecho y Conservación de la Biodiversidad, en el Magíster de Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo y en el Diplomado en Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.