

SERVIDUMBRES DE INTERES PUBLICO-ECOLOGICO

Dr. Virgilio Calvo Murillo^(*)
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Interés Jurídico de la Materia Ecológica
 - a) El denominado "Derecho Ambiental"
 - b) Protección Constitucional de la Materia Ecológica
2. Los alcances de la reforma al artículo 50 constitucional
 - a) Servidumbres administrativas y privadas
 - b) La llamada servidumbre ecológica sin fundo dominante.
Naturaleza jurídica
3. Argumentos en favor de la posibilidad de concluir convenios entre particulares o que éstos dispongan por sí constituir Servidumbres Ecológicas sin fundo dominante
 - a) El Principio de Autonomía de la Voluntad
 - b) La Función Social de la Propiedad
 - c) La Propiedad Funcionalizada
4. Conclusiones

1. INTERES JURIDICO DE LA MATERIA ECOLOGICA

- a) El denominado "Derecho Ambiental"
- b) Protección Constitucional de la materia ecológica

El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ha sido un tema que ha merecido el interés de los juristas desde hace un tiempo para acá.⁽¹⁾ Incluso, la jurisprudencia nacional no ha escatimado en indicar que se trata muy claramente de un "derecho fundamental", en la sentencia 189 del 30 de setiembre de 1991 de la Sala Primera de la Corte.⁽²⁾ Esto significa que tiene contenido propio, dimanante de él derechos e intereses, lo que equivale a decir que establece garantías, justamente por el especial interés que significa para la humanidad.

Muchas veces, el impulso del derecho ambiental o ecológico (como instrumento de protección al ecosistema) para proteger zonas específicas del embate de actividades potencialmente peligrosas de

(1) El profesor italiano Massimo Severo Giannini ("Ambiente", saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, en **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1973, citado en *Diritto Pubblico Dell' Economia* del mismo autor, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 95) indica que la disciplina se refiere a: 1. Tutela de bellezas paisajísticas (actividad cultural); 2. Calidad de vida, lucha contra la polución (actividad sanitaria); 3. Gobierno del territorio, en cuanto deban conservarse ciertos aspectos ecológicos (actividad urbanística); 4. Conservación del aprovechamiento de los bienes comunes que es una de las fases de la lucha contra la polución (derecho sanitario).

Tal cita se aplica a la realidad europea, ya que en el caso de Latinoamérica y otros países del Tercer Mundo, debe tenerse por comprendido dentro del término "ambiente", la protección a la biodiversidad.

(2) "...Todos los anteriores aún cuando abundantes tienen lineamientos de altísimo contenido axiológico, cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional, sino por el contrario se trata de un movimiento de carácter universal cuyo resultado ha sido colocar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un verdadero derecho humano. Se le ubica dentro de los denominados derechos de la tercera generación; un paso adelante de los derechos humanos civiles o políticos (de la primera generación) y de los económicos, sociales y culturales (de la segunda generación). Ello ha dado base para formular una nueva clasificación jurídica: la del Derecho Ecológico, el cual hoy tiene un objeto muy definido en los recursos naturales y su complejo de fuentes caracterizado por la organicidad y completez..."

individuos o grupos no ha sido fácil; más bien ha chocado con interpretaciones restringidas amparadas por la doctrina y la jurisprudencia, originadas en conceptos jurídicos civilistas hoy desaplicados en su concepción original. Sin embargo, como quedó indicado atrás, en los últimos tiempos se ha marcado una tendencia innovadora que ha permitido encontrar soluciones acordes con la finalidad a conseguir.

Desde el punto de vista constitucional, son de citar las siguientes normas, que suponen un marco jurídico de protección al tema ambiental o ecológico como obligación del Estado de:

- a) Procurar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por ser –justamente– un derecho las personas; las que adicionalmente están legitimadas para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y, reclamar la reparación del daño (artículo 50).
- b) Proteger las riquezas naturales (artículo 6).
- c) Proteger las bellezas naturales y la adecuada protección de los medios de vida (artículo 89).
- d) Someter a aprobación legislativa los contratos administrativos que comprometan los recursos y riquezas naturales del Estado (artículo 140, inciso 19).

La situación anterior, es el marco jurídico amplio que encauza toda acción tendiente a regular la materia objeto de este estudio. Conviene por tanto a continuación, establecer en primer lugar, los alcances de la reforma al artículo 50 de la Carta Magna y, posteriormente las diferencias que se presentan entre las servidumbres administrativas y las servidumbres privadas.

2. LOS ALCANCES DE LA REFORMA AL ARTICULO 50 CONSTITUCIONAL

- a) Servidumbres administrativas y privadas.
- b) La llamada servidumbre ecológica sin fundo dominante.
Naturaleza Jurídica
- c) Las actividades privadas de interés público

La reforma al artículo 50 constitucional ha marcado un hito en la protección del medio ambiente. Establece tres situaciones, que son:

1. Derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado;
2. Legitimación de toda persona para denunciar los actos que infrinjan ese derecho;
3. Legitimación de toda persona para reclamar la reparación del daño causado.

Se trata en la primera parte de una "norma programática", que se dirige a los Poderes del Estado y, les impone comportamientos determinados que deben seguir. Sin embargo, no obstante establecer "directrices", no por eso dejan de ser operativas o normativas. Y, desde el punto de vista constitucional su naturaleza jurídica equivale a la de los principios. Como tales, encauzan el desarrollo de toda la legislación infraconstitucional, orientando la aplicación del derecho en la forma fijada en los mismos. Se trata por tanto de normas verdaderas, a través de las cuales una comunidad determinada aspira a que se realice un programa ideológico determinado. En palabras del constitucionalista español Pablo Lucas Verdú,⁽³⁾ el alcance jurídico de las normas programáticas radica en fijar las directrices interpretadoras de la Constitución, conforme a ciertos valores consagrados por la Carta.

A continuación, establece la "acción popular", legitimando a toda persona para denunciar actos y para reclamar el daño causado, lo que obviamente hace que cada ciudadano sea un fiscalizador del correcto trato del ambiente y, un guardián que velará porque no se cometan abusos en su contra.

La servidumbre administrativa es un derecho real constituido por el Estado sobre un bien privado o del dominio público, para que se use por toda la colectividad. Su característica principal es que, contrario a lo que se presenta en la servidumbre de derecho privado, no existe fundo dominante; porque su aprovechamiento es de toda la comunidad.

Ambas tienen muchas afinidades, (por ejemplo en las dos se aplica el principio de que nadie puede tener servidumbre sobre su propio fundo y ambas otorgan al titular un derecho real) originadas en que la institución es una figura de teoría general del derecho. Las diferencias se dan esencialmente por el intrínseco público que caracteriza a la servidumbre administrativa y que falta en la privada, lo que establece del mismo modo

(3) Estudios sobre el *Proyecto de Constitución*. Madrid, 1980, p. 16.

un régimen distinto en cada caso, que implica decir que la primera no supone la existencia de un fundo dominante,⁽⁴⁾ no se extingue por las causas admitidas en derecho privado, es imprescriptible, se protege por los mismos medios del dominio público y, su constitución precisa de indemnización en favor del propietario del fundo sirviente, en razón de que se afecta "lo exclusivo" de su derecho.⁽⁵⁾

Queda claro entonces, que ambos tipos de servidumbres, a través de las diferencias indicadas, constituyen dos manifestaciones de una misma situación, que obedecen a fines distintos (uno público, el otro privado) y, se regulan por regímenes jurídicos también distintos (uno de derecho público y otro de derecho privado).

Las servidumbres ecológicas son de tipo convencional⁽⁶⁾ y voluntario, con plazo determinado o indefinido.

Característica esencial de las mismas, es que permiten establecer:

- a) Corredores biológicos sobre fincas particulares;
- b) Areas destinadas a bosque natural;
- c) Hábitats necesarios para la conservación de especies animales con hábitos migratorios;
- d) Abrevaderos para especies animales que requieren agua o alimento;
- e) Bellezas escénicas de atracción turística;
- f) Parches de bosques;
- g) Senderos ecológicos;
- h) Quintas ecológicas;
- i) Urbanizaciones ecológicas y condominios;

(4) Los artículos 370 y 371 del Código Civil son claros en preceptuar la necesaria presencia de un fundo dominante y un fundo sirviente.

(5) La doctrina jurídica (puede verse un interesante desarrollo del tema en Bercaitz, Miguel Angel, *Problemas Jurídicos del Urbanismo*. Buenos Aires, 1972, pp. 61 y ss. Distingue entre meras limitaciones o restricciones administrativas al dominio que afectan "lo absoluto" del derecho de propiedad; las servidumbres que afectan "lo exclusivo"; y, las expropiaciones que afectan "lo perpetuo". Concretamente en lo que se refiere a las servidumbres, la afectación del carácter exclusivo del dominio significa que el propietario se ve obligado a compartir su uso con la colectividad.

(6) Conforme a los artículos 378 y 379 del Código Civil el convenio es un medio jurídicamente idóneo para constituir servidumbres continuas y aparentes, discontinuas y continuas no aparentes.

- j) Conservación para los descendientes del propietario
- k) Mitigar y compensar el impacto ambiental⁽⁷⁾

Estas servidumbres, sirven en consecuencia a una variada gama de situaciones, todas con una finalidad común: la de ser instrumento de protección al ambiente, dentro de una concepción del derecho como instrumento de protección al ecosistema.

Resulta importante establecer su naturaleza jurídica, en razón de su creciente importancia y aplicación en el mundo de hoy; y, porque pueden constituirse con o sin fundo dominante.

Las que se constituyen sin fundo dominante, son privadas desde el punto de vista de los sujetos contratantes y del tipo de derecho que se aplica. Sin embargo, tiene caracteres de públicas desde el objeto y la finalidad: la protección del medio ambiente en sus diferentes aspectos y manifestaciones. Se da por tanto, una duplicidad de regímenes jurídicos, que coexisten en su regulación.

Si se toma en cuenta esa dicotomía, debe concluirse que la denominada servidumbre ecológica sin fundo dominante, es una servidumbre privada de interés público. La razón es sencilla: es privada por las razones indicadas, pero sirve un interés público muy claramente definido; que incluso como se indicó atrás –tiene protección constitucional, a través de un sistema articulado de normas de igual rango.

Esta conclusión se origina en lo que la doctrina denomina “actividades privadas de interés público”. Se trata de actividades privadas que el Estado regula, orientándolas hacia metas que se propone y que por tanto son públicas. Son pues, actividades privadas conectadas con un fin público. Así el Estado ejerce censura sobre las películas, sobre la enseñanza privada primaria y secundaria y, sobre la actividad de las federaciones y asociaciones deportivas. Lo básico y fundamental es la conexión entre actividad privada e interés público; que incluso, podría hacer surgir un control estatal sobre las mismas, ya sea a través de autorizaciones o de aprobaciones. Estas actividades, por tanto, ocupan un lugar intermedio entre la actividad pública y la privada pura y simple.

(7) Un detallado estudio y definición de cada una de las hipótesis citadas se puede encontrar en “Servidumbres Ecológicas” en *Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales*. Cedarena, Combos, 1994, p. 5 y siguientes, inédito.

Consecuencia de lo anterior, es que se da un régimen público especial, que se impone a los sujetos privados. Sin embargo, es importante advertir que, como se trata de imponer limitaciones a los sujetos privados, lo que en alguna medida es contrario al Principio de Autonomía de la Voluntad, tales limitaciones deben serlo únicamente en la medida que tal control haga posible conseguir el fin que el Estado se propone; lo que además, deberá ser dispuesto en forma previa y expresa por el ordenamiento jurídico.

Puede concluirse que cualquier asociación que se dedique a la protección del ambiente, (como es el caso de CEDARENA en Costa Rica) es un ejemplo de esta figura, por la índole de las funciones que realizan y, las finalidades que sus pactos constitutivos les imponen conseguir.

Queda claro de igual modo, que la servidumbre ecológica con fundo dominante, se regula íntegramente por el derecho privado. No existe en este caso —en consecuencia— rasgos de tipo público que supongan la intervención de normas de igual naturaleza, porque su estructura se ajusta en todo a las regulaciones que prevee el Código Civil.

3. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR CONVENIOS ENTRE PARTICULARES O QUE ESTOS DISPONGAN POR SI CONSTITUIR SERVIDUMBRES ECOLOGICAS SIN FUNDO DOMINANTE

- a) El Principio de Autonomía de la Voluntad
- b) La Función Social de la Propiedad
- c) La Propiedad Funcionalizada

El Principio de Autonomía de la Voluntad o Libertad del particular, se encuentra establecido en el artículo 28 de la Constitución Política y, permite al particular (persona física o jurídica) realizar todo lo que no le esté prohibido; por lo que en palabras de la misma constitución, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, se encuentran fuera de la acción de la ley.

Este principio es un claro fundamento jurídico que da base para que se concreten los acuerdos o las decisiones unilaterales respectivos. En el caso de los convenios, se trata de dos sujetos privados que pactan sobre aspectos de relevancia pública; como son todos los que se dirigen

a salvaguardar el ámbito ecológico en sus diferentes manifestaciones. El tema del ambiente tiene toda una estructura de base a nivel constitucional, aunque también es cierto que no está lo desarrollado que debiera a nivel legal. Sin embargo, los acuerdos de marras aunque de índole privada tienen relevancia pública. En consecuencia no habría impedimento alguno para que puedan concluirse.

La redacción actual del artículo 50 de la Constitución, hace concluir de modo necesario, que siempre que se dé una servidumbre ecológica sin fundo dominante, se opera del mismo modo una obligación de fiscalización por parte del Estado.

La conclusión anterior es conforme con la esencia del papel que el Estado está llamado a desarrollar en las actividades privadas de interés público. En tal circunstancia, debiera realizar a posteriori medidas en tal sentido, con el fin de encauzar debidamente la actividad. Incluso, debieran crearse órganos idóneos que coadyuven con los particulares en tal sentido, dado que la atribución competencial a más alto nivel corresponde al Estado, a través de diversas normas de rango constitucional.

La función social de la propiedad, hace relación a que los intereses individuales deben subordinarse a los de la comunidad, en el momento en que se dé o pueda darse, una situación efectiva o potencial de conflicto. Es por tanto, la ordenación de los intereses del propietario con intereses públicos, a través de potestades administrativas de control y dirección, que con base en la ley, permiten conformar el contenido y el ejercicio del derecho.

De una concepción inicial de la función social como concepto que opera sobre el ejercicio del derecho, se ha llegado hoy a que se aplique sobre el derecho mismo. Es lo que la doctrina italiana ha denominado "inherencia con un interés público" que es la utilidad que un bien privado produce o puede producir en beneficio público, por lo que fundamentalmente interesa que el propietario respete las obligaciones que se le imponen. Del mismo modo han acuñado el término "propiedad funcionalizada", que significa sujetar el derecho de propiedad particular a una potestad de dirección del poder público, que se hace efectiva por dos modos: a) vínculo de destinación y, b) utilización regulada por parte del poder público.⁽⁸⁾

(8) Un interesante y profundo desarrollo del tema se puede encontrar en Giannini, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 101 y siguientes.

Dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico y para los fines de este estudio, la Ley Forestal es un ejemplo de propiedad funcionalizada. Es importante señalar, que esta Ley diseña una propiedad sometida a potestades administrativas que determinan el uso y destino del bien, con base en la existencia de un plan de explotación autorizado de antemano de acuerdo a criterios técnicos. En tal tesitura, cobra importancia el interés público ecológico sobre el interés del dueño del fundo.

Otro uso de intervención estatal en relación con las servidumbres sin fundo dominante, es el caso desarrollado líneas atrás, de constitución de servidumbres del tipo administrativas o públicas sobre fondos privados. Se trataría de una forma de vinculación a la propiedad menos penetrante que el de la propiedad funcionalizada, en la que el Estado cumple una función sin necesidad de expropiar. Conlleva el pago de una indemnización en favor del propietario del fundo sirviente, justamente por afectársele "lo exclusivo" de su derecho.

4. CONCLUSIONES

Del anterior estudio, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La materia ecológica es hoy tema de interés en los estudios de Derecho;
2. La jurisprudencia nacional estima que el tema es un verdadero derecho fundamental de los particulares;
3. A nivel constitucional existe todo un sistema de protección a la materia ecológica o ambiental (artículos 6, 50, 89 y 140, inciso 19). La reforma del artículo 50 ha marcado un hito en la protección del ambiente y, no obstante ser en su primera parte una norma programática, su naturaleza es normativa, porque también lo es la de los principios, que sirven de instrumentos conformadores de toda la legislación.
4. La servidumbre ecológica es hoy una institución que sirve para proteger el medio ambiente ecológico en sus diferentes manifestaciones. Pueden constituirse con fundo dominante o sin él. Las que carecen de fundo dominante pueden considerarse servidumbres privadas de interés público.
5. La doctrina italiana ha creado el término "propiedad funcionalizada", para referirse a hipótesis de existencia de potestades de dirección sobre el derecho de propiedad en beneficio del poder público. Cabe pensar en nuestro medio, en la

posibilidad de diseñar un sistema de propiedad funcionalizada, con el fin de dar instrumentos de protección en salvaguarda de lo ecológico; o, en constituir servidumbres administrativas, que en razón de afectar lo exclusivo del derecho requieren indemnización para el propietario del fundo afectado.

6. Conforme a lo anterior, considero que sí es posible para dos sujetos privados, convenir en la constitución sobre el fundo de uno de ellos, de una servidumbre ecológica sin fundo dominante, con el pago de una indemnización en beneficio del dueño del fundo sirviente. Del mismo modo, puede una persona física o jurídica, disponer por sí libremente de afectar su propiedad a un fin de interés público que beneficie a toda la comunidad, con la advertencia clara que conforme a la redacción actual del artículo 50 constitucional, permitiría en el futuro a la colectividad velar porque se mantenga ese uso y destino, dentro de los términos propios de la afectación hecha.