

RÉGIMEN JURÍDICO DE BIENES PÚBLICOS DE NATURALEZA INTERDISCIPLINÁRIA LEGAL REGIME OF PUBLIC ASSETS OF INTERDISCIPLINARY NATURE

Jalusa Prestes Abaide¹ – <https://orcid.org/0000-0002-6024-5072>

Abstract

In this study, with the object being minerals, more specifically fossils of the genus polysolenoxilon (FOUCAULT, A.; RAOULT, J. F., 1985, p 136), which are a particular type of fossils of petrified trunks. We use the method of comparative law. We had to adapt the terminology to the specifics of Brazilian administrative law, which has its own idiosyncrasies. As Brazil follows the Federative model, which is similar to the North American. This study focus on analyzing the consequences involved in the state's lack of control over the legal instruments to the protection of state's assets such as fossils. The enrichment of minorities at the expense of the loss of public wealth is in fact the loss of State sovereignty and citizenship. And eventhough the Brazilian Constitution of 1988 has a compromise about such issues, there is no specific current law that enforces the protection and/or trade of fossils, so we were left with no choice but to look at this issue through the administrative law.

Resumen

El estudio presenta un nuevo bien jurídico de naturaleza intrínseca interdisciplinaria, y que por esto genera indefiniciones jurídicas en su régimen de protección. Se trata de un tipo especial de fósil – seres vivos petrificados – (FOUCAULT, A; RAOULT, J. F., 1985, p 136), fósiles estos que pertenecen al género even though, son aquí llamados simplemente como fósiles o troncos petrificados. El objeto de estudio recibe un amplio valor cuando necesariamente es visto por el punto de vista económico, y las consecuencias que implican al Estado la falta de regulación sobre los instrumentos de uso y la protección de estos bienes cuyo ambiente natural es el subsuelo, como las minas y que integran el patrimonio cultural de Brasil, por orden constitucional.

Palabras Clave: Bienes Públicos; Fósiles; Patrimonio Cultural

Sumario: Introducción; 1. Delimitación Teórica y Jurídica; 2. La doble aplicación conceptual y sus consecuencias en el ámbito del derecho administrativo; 3. Problemática Jurídica Constitucional y Administrativa a partir del Concepto Interdisciplinario de

¹ Doctora en derecho por la UB/ES. Postdoctora en derecho por la USEK/LB, Profesora de la Facultad de Derecho – UFSM/BR. Miembro fundador de la Asociación Derecho y Sociedad: Oñate. Socia y fundadora de la Asociación de Profesores de Derecho Ambiental de Brasil (APRODAB) y socia de la Asociación de Profesionales Medio Ambientalistas de España (APROMA) – líder del grupo de investigación “Gestión de Bienes Naturales de Dominio Público (NEJURP/CNPq) y del Laboratorio de Estudios Internacionales (LEIn/CNPq). E-mail: jalusabaide@hotmail.com.

“fósil”; 4. Posible Definición Jurídica de Fósiles bajo Institutos de Derecho Administrativo en el Derecho Comparado; 4.1. Uso del bien jurídico de naturaleza interdisciplinaria por particulares; Conclusiones; Bibliografía.

Recibido/Received 19.11.2020 – Aprobado/Approved 01.09.2021

INTRODUCCIÓN

La relación jurídica entre el Estado y los bienes que integran su campo, ya no son fácilmente identificadas, hoy en día, cuando la intervención del Estado en la economía es cada vez más pequeña, ponemos en duda la pertinencia de su presencia “indispensable” en la administración de su patrimonio, este es el caso del medio ambiente cultural, especialmente cuando se trata de espacios naturales protegidos por su valor o interés cultural, con lo que esto dá lugar a nuevos bienes ambientales, aquí de interés o valor cultural, como las obras de arte hechas por la naturaleza que constituyen objetos de contemplación, como los de las islas de Pascua, o bien de carácter científico que se han sustituido a ser el objeto de la cultura por su naturaleza o valor intrínseco, como son las montañas que se integran a paisajes que pueden ser objeto de protección, así como las cuevas, algunos minerales y lo que es objeto de este estudio, los fósiles o florestas petrificadas del sur de Brasil.

El enriquecimiento de las minorías políticas y/o económicas a expensas de la pérdida de la riqueza pública implica la pérdida de parcelas de la soberanía del Estado y de la ciudadanía de un pueblo. A partir de la Carta Constitucional brasileña de 1988, los fósiles pasaron a ser considerados como objeto de la cultura, pero hasta el momento no hay una ley actualizada que determine los instrumentos de protección y/o el comercio controlado de estos bienes, las razones por las que atraviesan esta situación deje el análisis del lector, o del investigador, en la medida en que vamos presentando y desarrollando la problemática por la vía del derecho constitucional, administrativo y ambiental, sin adentrarnos en especificaciones de orden procesal o en esfera penal.

1 DELIMITACIÓN TEÓRICA Y JURÍDICA

Desde el comienzo de la segunda República el constituyente brasileño ha tratado el tema relativo al patrimonio cultural como una protección especial del Estado, como si puede ver en inúmeros dispositivos insertados en las Constituciones brasileñas, a saber: 1) Constitución Federal de la República brasileña de 1934, artículo 10, III; 2) Constitución Federal de 1937, artículo 128; 3) Constitución Federal de 1946, artículo 174; 4) Constitución Federal de 1967, artículo 172, § 1; 5) Emenda Constitucional nº 1 del 1969 (año de la concreción del estado de excepción – dictadura militar – cuando el Congreso Nacional ha sido cerrado), artículo 180, § 1; y, 6) en el art. 216 de Constitución de la República del 1988 (de la redemocratización), aquí es la primera vez que se incluyen en la lista de bienes del patrimonio cultural brasileño, los sitios paleontológicos, Título VIII – Del Orden Social, Sección II, que trata de la Cultura, *in verbis*:

Art. 216. *Constituem patrimônio cultural brasileiro, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

En una primera mirada, el *caput* del texto de la Carta Magna no parece, técnicamente un enunciado jurídico constitucional, pero el inc. V especifica, y no hace diferencia entre las obras de arte construidas por el hombre de las construidas por fenómenos de lá naturaleza, pues como es sabido de la doctrina, hay innúmeras discusiones a respecto del concepto, o bien, límites conceptuales de cultura, história y ciencia (ABAIDE, 2009. p. 40) de lo que paso a definir a partir de innúmeros estudios, que *“o fenômeno fóssil é um fato natural, que se torna cultural, na medida em que o cientista o reconhece, e passa a ter um valor social independentemente de seu valor intrínseco”*.

Este nuevo “bien” que debe volverse jurídico, tiene una aproximación teórica e interdisciplinaria inicialmente de pequeña orden para que el jurista, pero en la medida que pasa a conocer su podo este objeto o valor cultural y ambiental desde el punto de vista científico, mejor entiende las cuestiones que se refleja en el derecho, pues la paleontología, (FOUCAULT, A.; RAOULT, J. F., 1985, p. 136) ha sido considerada como una disciplina de la geología que estudia los seres fósiles pertenecientes a cualquiera de los reinos, y los fósiles aquí considerados que son anteriores a la edad del hombre, sin embargo, a menudo forman parte del entorno actual y pueden ser utilizarlos como instrumentos para determinar científicamente los paleoambientes y los cambios en la historia de la Tierra, así ha sido la definición de la declaración de Digne en 1991 que entendía como parte de la herencia cultural, el legado o memoria de la Tierra. Los fósiles también sirven para diagnosticar los cambios climáticos, tan necesario en los días actuales, con criterios científicos y estrictos criterios jurídicos, quizás podrían ser procesados y explotados como nuevos materiales de nivel tecnológico, que si algunos desafectados, como será visto a posteriori pueden servir a nuevas tecnologías y desarrollo. Además estos espécimenes en el presente, ayudan en la búsqueda de petróleo, y en la comprensión de la vida sobre la tierra en diversos aspectos, etc.

De acuerdo con la clasificación de las Ciencias y las Tecnologías desarrolladas por la UNESCO, la paleontología no se inserta en las Ciencias de la Tierra y el espacio (tema 25), es una subdisciplina de las Ciencias de la Vida, sino es más utilizado por la Geología; por esta razón está más aplicado a las Ciencias de la Tierra que a las Ciencias de la Vida. El concepto de fósiles utilizado por la paleontología, como una división de las Ciencias de la Vida tiene una aplicación más histórica que cultural, en el sentido de que se ha aplicado aún hoy, es decir, una concepción antropocentrista, (un poco artificial para insertar los fósiles) pero ese es el modelo utilizado por la mayoría de sistemas jurídicos, y por lo tanto, su uso, no deberá ser mercantil, aun que indirectamente puede generar riqueza cuando de las exposiciones en museos, u otros que puedan surgir en de correnia de los instrumentos jurídicos de derecho administrativo que se escoge como paradigma para la elaboración de un régimen jurídico.

La doctrina de derecho ambiental brasileño ya incluye la paleontología como uno de los cuatro aspectos del medio ambiente (FIGUEIREDO. G., 2013, p 68): 1– Natural (florestal, lacustre, marino, fluvial, espeleológico etc.); 2– Artificial (urbano en espacios abiertos o cerrados) 3– Cultural (histórico, artístico, turístico, paisagístico, arqueológico, paleontológico, religioso etc.) y 4– Laboral.

Por lo tanto, los objetos de interés paleontológico sirven tanto para el estudio de la geología como el de la paleobiología. En esto, la aplicación está más centrada en el aspecto cultural y de la historia, por lo general se aplica a la cultura, pero si se ha adoptado como parte de la cultura dentro de una concepción antropocentrista, pasa a ser una compleja definición jurídica la de fósiles, debido a su doble aplicación conceptual por las ciencias de la vida o las ciencias de la Tierra, y también lleva a una doble definición legal.

2 LA DOBLE APLICACIÓN CONCEPTUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Conforme la doctrina italiana (GIANNINI, M.S. 1976), “es posible haber doble posiciones de utilidades sobre un mismo bien cultural, pues que una cosa es el bien cultural, y otra cosa es su utilidad”. Como veremos, los fósiles son ejemplo de nuevos bienes jurídicos de carácter interdisciplinario, desafiando nuevos legisladores y científicos, pues si encuadran en esta definición, y que pueden ser considerados minerales, integrantes de las ciencias de la tierra, y pueden ser considerados bienes ambientales como integrantes de las ciencias de la vida, y pueden ser absorbidos por la sociedad, por lo tanto, pueden estar bajo regímenes jurídicos distintos. La tierra aisladamente no tiene un régimen jurídico específico, tampoco el subsuelo, pero son los objetos sobre la tierra o bajo la tierra en el subsuelo que tienen regímenes jurídicos diferentes dependiendo de cómo el derecho los define.

Nuevos bienes pasan a ser abordados por el derecho constitucional brasileño a partir de 1988, y por el hecho de Brasil ser uno de los países signatarios de la Declaración de Digne, se nos permite interpretar los sitios de valor paleontológico como parte integrante del patrimonio Estatal por la vía cultural, de ese modo, por lo tanto, va al encuentro de la clasificación de la UNESCO, incluyéndolo en la lista de las ciencias de la vida, pues a pesar de las discusiones a respecto es posible decir, aunque artificialmente por fuerza de la ley, que ellos “equivalen” a una obra de arte elaborada por el hombre, y si esta es la vertiente dominante, entiendo que debería estar bajo la competencia administrativa del *Instituto do Patrimônio Histórico y Artístico Nacional – IPHAN*, *órgano responsable por la cultura*, y no del *Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM*, *órgano responsable por la minería*, como dispone el decreto ley n. 4146/42 vigente. Pero estar bajo competencia administrativa de un ente público, no implica, necesariamente, exclusión del poder competente de legislar, el poder legislativo (federal).

Sobre el Patrimonio Cultural brasileño (fósil), podríamos aplicar simplemente el Decreto-ley 25/37 (*ley de tombamento y de protección del*

patrimonio cultural brasileño, que está carente de actualización), que en la práctica es insuficiente para garantizar su preservación, una vez que en Brasil, hay una gran extensión territorial con incidencia de fósiles, lo que inviabilizaría económicamente las indemnizaciones por expropiación por interés público, lo que sería más fácil si fueran tratados por la vía ambiental, aunque necesitarían pasar por estudios en el ámbito del derecho administrativo, como vamos a abordar.

Vinculando las competencias administrativas entre los diversos organismos que tratan de este bien de naturaleza interdisciplinaria, se puede empezar por actualizar la ley de patrimonio histórico incluyendo los fósiles y/o yacimientos paleontológicos como un bien jurídico, debidamente definido, pues la ley actual carece de técnicas modernas de uso, y si fuera legislado se sabría cuales los fósiles hacen parte del conjunto de los bienes muebles o inmuebles, facilitando al Estado la gestión y control, pues de conformidad con el artículo 1 de la ley de “*tombamento*” ya que al estar allí, la facultad de goce como un componente inmaterial del concepto de cultura, se nos hace creer que sería este componente que se integrará a la definición de sitios y/o fósiles, pues dispone el decreto ley n. 25/37, art. 1º que,:

Art. 1º. Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (grifei)

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”.

La ley de “*tombamento*” y de expropiación aunque por interés público, exige que la superficie expropiada sea indemnizada, y ahí está el planteamiento critico en esto caso específico de las llamadas florestas petrificadas del sur de Brasil, una vez que en Brasil hay espacios muy grandes con incidencia de estos espécimenes, solo en el estado de Rio Grande do Sul, existen aproximadamente 800 km de extensión con incidencia de fósiles de troncos de árboles de especie araucarias, resta saber si el poder público sería capaz de indemnizar todas las propiedades privadas que contienen fósiles, o si existe la necesidad de una definición jurídica de fósiles y/o de yacimiento paleontológico que esté bajo la actual ley de patrimonio cultural, pues que, de lo contrario, no habrá ninguna protección conforme el legislador constituyente ha determinado en el artículo 216 de la Carta de la República, puesto que es muy amplio y poco definido.

De otra banda, permitir sin control el libre acceso de la comunidad científica o de la población en general, sería ingrediente suficiente para poner en peligro una protección, si no se establece un régimen jurídico específico. Pues opinamos que es

más apropiado elaborar una ley más nueva del patrimonio histórico y cultural que pueda inserir técnicas más modernas de protección que no exclusivamente el “tombamento” (decreto ley 25/1937) mas que permita el uso y destino adecuado a este patrimonio, y que esté de acuerdo con los dictámenes del orden constitucional, en especial para la creación de un libro de registro (“tombo”) para los sitios paleontológicos. Así dispone la ley de patrimonio histórico nacional brasileño:

O sea, Ley de Tombamento:

Art. 4º. O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Además de lo que el Instituto de Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN) necesita ubicar en su regimiento interno sobre su responsabilidad en gestión del patrimonio paleontológico, lo que no existe hasta el momento, y sería, además apropiado la creación de un libro de *Tombo* para el registro de estos bienes dichos culturales, que tampoco se define su naturaleza material, y/o su naturaleza inmaterial, de interés paleontológico que están citados en el artículo 216 de la Constitución Federal brasileña.

3 PROBLEMÁTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA A PARTIR DEL CONCEPTO INTERDISCIPLINARIO DE “FÓSIL”

Con la Carta de la República brasileña, los fósiles pasaron a ser expresamente una parte integrante de la cultura brasileña, lo que parece raro, pues la cultura ha sido definida de modo antropocentrista, y los sectores encargados de su herencia tienen la responsabilidad de demostrar la vinculación entre ciencia y cultura, ya que normalmente los estudios sobre la ciencia se quedan en el ámbito de los laboratorios. Esto implica decir que desde la Declaración Internacional de los derechos a la Memoria de la Tierra en 1991, se hace necesario un replanteamiento de los valores en comparación con la nueva definición de cultura, tal vez por la vía ambiental, donde el pasado de la Tierra es tan importante como la historia del hombre, lo que ayuda a mantener el encaje a la definición de los fósiles, artificiosamente, como parte integrante del patrimonio histórico y artístico nacional de los pueblos, tales

como bienes muebles o inmuebles susceptibles de expropiación, y es aquí, que este estudio pretende traer nuevos paradigmas a la discusión de la comunidad científica y a los juristas en especial.

Otro aspecto legal que merece ser interpretado de manera sistemática en relación a los fósiles, es su inclusión entre los bienes del Estado, ya que la Carta Magna en el Título III, Capítulo II, en su artículo 20, se refiere a los bienes de propiedad del Estado (*União*), pero no explicita el yacimiento paleontológico, mas solamente los arqueológicos. A pesar de que es posible comprender que realmente ellos son propiedad del Estado (*União*), de conformidad con el artículo 20 y los incs. I, IX, o bien X, y, dependiendo del tipo de dispositivo cuando él se enmarca, puede implicar a más de uno de los mecanismos de protección, aunque la mejor hermenéutica **no** permitiría dudas, pues en verbis:

Art. 20. São Bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; (grifei)

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (grifei)

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos. (grifei)

Los bienes de propiedad del Estado (*União*) integran el dominio público, así como los recursos minerales incluyendo los del subsuelo, y es en el subsuelo que se encuentran los fósiles. Pero en el concepto de bienes públicos, se puede pensar también en los de bienes ambientales, permitiendo, por lo tanto, una protección bajo normas de derecho ambiental, pues en mi opinión, los fósiles son bienes de naturaleza intrínseca interdisciplinaria, a ellos se puede suponer que el patrimonio paleontológico puede ser definido como un recurso mineral, como fue dicho antes, y por lo tanto, de acuerdo con la clasificación de la UNESCO que es objeto de estudio de las ciencias de la Tierra, bajo el régimen de la ley de Minas y bajo el control y la supervisión del *Departamento Nacional de Produção Mineral* (DNPM), que igual al Instituto de Patrimonio Histórico Nacional (IPHAN), es omiso en su reglamento interno en lo que dice respecto a competencia administrativa en relación a estos nuevos bienes.

Esta interpretación tiene respaldo, pues el propio código de minería de Brasil apunta en este sentido, mientras las discusiones para el nuevo marco regulatorio de la minería, continúa igual, solo ha cambiado el número del artículo que actualmente es el art. 10, III; en el protejo del nuevo código ha pasado a ser tratado en el artículo 15, III; manteniendo, la necesidad de legislar de una manera especial, es decir, crear una ley propia sobre los fósiles destinados a los museos... o para otras finalidades científicas.

Como se puede ver del decreto ley n. 227/67 (actual Código de Minería de Brasil):

Art. 10. Reger-se-ão por Leis especiais:

I – as jazidas de substâncias minerais objeto de monopólio estatal;

II – as substâncias minerais ou fósseis de interesse arqueológico;

III – os espécimes minerais ou fósseis, destinados a museus, estabelecimentos de ensino e outros fins científicos;

IV – as jazidas de águas subterrâneas.

Parágrafo único. *As águas minerais em fase de lavra reger-se-ão pelas disposições do Código de Mineração e deste Regulamento, ressalvadas as prescrições do Código de Águas Minerais.*

Queda entendido que este dispositivo por el código de minería vigente, y por el protejo del nuevo código, debe ser regulado por la vía legislativa, de acuerdo con la Carta de la República, creando así la ley especial para resolver los problemas de definición de las responsabilidades administrativas entre DNPM y el IPHAN, que reemplace a los estándares que aún se aplican hoy en día, decreto-ley n. 4146/42, aunque desconfortable a los organismos de fiscalía.

Sin embargo, no excluye la indicación de reglamentar las cuestiones mediante ley federal, y en este míster, la actual discusión sobre el nuevo código de minería brasileña ha fallado para regular la cuestión de que se trate, reportándose nuevamente al legislador para establecer la ley especial para definir el asunto relacionado con los fósiles no combustibles.

Desde el año 1942 existe una ley especial que se ocupa de los fósiles no combustibles, que todavía puede ser aplicado por la Fiscalía General (*Ministério Público Federal – MPF*) que tiene la competencia para instaurar el proceso criminal en caso de conflicto con la ley, también puede ser aplicado por el Poder Judicial y el enjuiciamiento de los órganos administrativos involucrados con el tema, pues hay que tener en cuenta que en Brasil no existe el sistema del contencioso administrativo, el sistema es el mismo norteamericano de jurisdicción única teniendo en vista que es un sistema federativo y republicano.

Este decreto ley del año de 1942 fue recibido (*recepcionado*) por la Constitución Federal, no tiene conflicto con el orden constitucional, es decir, el Decreto-ley 4.146 /42 es la normativa válida y eficaz, aplicable para la extracción en los depósitos fosilíferos, pero por ser muy antiguo, no contiene los nuevos instrumentos garantizados por la legislación ambiental, y tampoco la actual legislación ambiental contempla algo sobre el régimen jurídico de fósiles no combustibles, no obstante la no existencia de conflicto constitucional, podría ser creada una ley especial que repetidamente es mencionada esta necesidad por el código de minería, para así tener una mejor comprensión y una visión crítica y segura en esta cuestión. Sigue el decreto-Ley 4146/42 mencionado, compuesto de un único artículo:

Decreto-Ley 4146/1942:

Art. 1º. *Os depósitos fossilíferos são propriedade da Nação, e, como tais, a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização do Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério da Agricultura.*

Parágrafo único. *Independem dessa autorização e fiscalização as explorações de depósitos fossilíferos feitas por museus nacionais e estaduais, e estabelecimentos oficiais congêneres, devendo, nesse caso, haver prévia comunicação ao Departamento Nacional da Produção Mineral.*

Se señaló que ni el Decreto-ley 25/37, del Patrimonio Histórico, ni el decreto-ley 4.146/42 parecen ser suficientes o exclusivos marcos regulatorios para reconocer el dominio público (por el Decreto-ley 4146/42, es pacífico que el concepto de “Nación” es sinónimo de Estado porque remite al Ministerio de la Agricultura de la época) de los fósiles como patrimonio cultural y, como mínimo, de conformidad con los términos establecidos en el artículo 216 de la Constitución Federal. Sin embargo, así como los bienes del Estado (União), las disposiciones de la sección IX, esto es como recurso mineral, como una riqueza del subsuelo, los fósiles del patrimonio geológico y por lo tanto, aplicables a las ciencias de la Tierra; permite al especialista una comprensión de que los bienes, o riquezas naturales del subsuelo, los fósiles – logra tener muchos otros intereses y/o destinos, tanto en el ámbito de la cultura, como en el ámbito científico, ambiental o económico, si tenemos en cuenta los nuevos institutos de derecho administrativo y ambiental.

Los fósiles sí que pueden estar relacionados con la actividad económica, siempre que esta **no** sea mercantil, como por el turismo científico, por ejemplo. Desde que se sabe que la producción, no es necesario medir solo por aspectos estructurales económicas, hay otros factores económicos no mercantiles en la sociedad como los factores culturales, históricos y naturales que se pueden ser adoptados, aunque no genere capital. Para la evaluación de la producción económica debéis tener en cuenta la producción social en su conjunto, y no exclusivamente la preparación y la circulación de bienes, porque no todos los bienes generan riqueza económica a partir del modelo establecido por el mercado, pues hay bienes *extra comercio* que también producen riqueza.

Pero, a pesar de que se podría interpretar los fósiles como una riqueza del subsuelo de naturaleza no mercantil, aun así, el problema de la protección no sería resuelto por estar a descubierto de un régimen jurídico especial, como determina la ley de minas. Por otra parte ex surge de esto una otra relación de los fósiles no solo con la cultura y/o la economía, sino también con el medioambiente, en la medida en que los principios de la actividad económica son compatibles con la función social de la propiedad, con la preservación del medioambiente y con el desarrollo sostenido.

Es indiscutible que hay incidencia del sistema jurídico del dominio público sobre fósiles afectados a un interés público, cultural, por ejemplo, como los destinados a los museos, instituciones educativas y/o que deben ser preservados por cualquier otro interés general, dado que la doctrina sobre el régimen del dominio público, permite la aplicación del criterio del interés público además del criterio de la destinación y de la propiedad del bien, y aquí la problemática toma amplitud jurídica.

4 POSIBLE DEFINICIÓN JURÍDICA DE FÓSILES BAJO INSTITUTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Como enseña MONTORO I CHINER (1997, p. 40), que en el caso del art. 46 de la Constitución española, es posible hacer la “distinción entre patrimonio histórico-cultural y artístico, y los bienes que los integran” interpretación acogida por la Ley 9/1993 del Patrimonio Cultural Catalá, donde se hace la distinción entre los bienes muebles o inmuebles, por su valor cultural, y bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional. En esto sentido explica MONTORO I CHINER que “el bien cultural como hipotética propiedad privada, es distinto del bien cultural como disfrute colectivo, aunque ambos coincidan en el mismo objeto... no tienen porque coincidir... en el mismo sujeto, ya que propiedad y disfrute colectivo se separan”.

Así también sobre la base de la mejor doctrina brasileña y en el derecho comparado, si puede pensar en un doble criterio utilizando instrumentos de derecho administrativo para el régimen jurídico de los fósiles, según el tipo (fósiles vegetales, troncos petrificados de araucarias); y de acuerdo con el territorio (espacio, tipo de propiedad), con la *afectación* (CRETELLA Jr., 1984, p. 149) *como la “destinação ou consagração a um uso determinado”*, es decir, tiene la naturaleza jurídica de un acto legislativo o de un facto jurídico, conforme el caso, a un interés público de uso, o bien conforme BIELSA (1926, p. 64-65), “*como a afetação de um bem ao domínio publico supõe sempre...um ato ou um fato administrativo, ou uma declaração legislativa*”, los fósiles protegidos, según la especie, podrían estar destinados a un fin o uso público, basados únicamente en el valor o interés científico y cultural, siendo mantenido el valor patrimonio cultural, pero en función de la destinación pueden tener otras destinaciones.

Suele recordar, que el régimen jurídico de los bienes públicos abarca otras situaciones además de los bienes inmuebles (la telefonía móvil, atmósfera, bienes muebles, derechos...), pueden ser utilizados para satisfacer intereses fundamentales.

En esto sentido, JUSTEN FILHO (2015, p. 1162) enseña que “los bienes públicos deben ser utilizados también de modo indirecto para finalidad de satisfacción de los derechos fundamentales. Esto significa que es necesario una exploración de todos los potenciales económicos de los bienes públicos...”. La función social de los bienes públicos es incompatible con su ociosidad, aunque existan algunos que su fruición pueda implicar en su destrucción, como es el caso en análisis, pues la exploración económica del patrimonio estatal deberá hacerse conforme su naturaleza, función y destinación propia. Y de esta manera, la concepción de bien público norteadora por los derechos fundamentales, incorpora también la protección medio ambiental.

Las florestas petrificadas de sur de Brasil, pueden ser protegidos conforme administrativistas, por el criterio del territorio, una vez declarados en base al interés espacial, puesto que hay una gran cantidad en una gran extensión territorial. Es el caso de los peces de la región del Araripe en el estado de Ceará en nordeste de

Brasil, y los troncos de araucarias (florestas petrificadas) que ocupan una región de aproximadamente 800 km en línea horizontal solamente en el estado do Rio Grande do Sul (frontera con Uruguay) que inviabiliza la aplicación del Instituto del “Tombamento” o de la “Desapropriação” (expropiación), por razones económicas. Ahí el interés va más allá de la ciencia y aún suelen ser declarados por razones de planificación urbanística, medio ambiental (desarrollo sostenido), y/o mineral bajo criterios restrictos como será abordado más adelante.

En el caso español, se observó que la ley catalana de protección a los espacios naturales de especial interés, es la que mejor permitiría la inclusión de los fósiles. Por lo tanto, entiéndase que este corresponderá una protección bajo el criterio territorial, en estas circunstancias, el lugar donde se encuentran espécimen fósil se definiría como “áreas”, o espacios de especial interés. Ya en Brasil la forma de protección de la zona o espacio de interés especial, si comparada con la ley catalana para una declaración, de acuerdo con el criterio del territorio, los “espacios” de ocurrencia de los fósiles pueden ser considerados como parte integrante de Unidad de Conservación, conforme la ley brasileña n. 9.985, de 18 de julio de 2000, que reglamenta el artículo 225 §1º, incs. I, II, III y VII de la Carta de la República y instituí el Sistema Nacional de Unidades de Conservación de la Naturaleza.

Autorización para cualquier extracción de fósiles sólo debería ser concedida bajo proyecto, que debería seguir las reglas establecidas de antemano y ser sometida a una evaluación de un Comité Científico Interdisciplinario (CCI) integrado entre el Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), *Instituto do Patrimônio Histórico y Artístico Nacional* (IPHAN) y del *Instituto Brasileiro de Medio Ambiente* (IBAMA), de los tres pilares de competencias administrativas bajo una ley de ámbito federal y no solamente bajo autorización del DNPM conforme expresa el decreto ley n. 4146/42.

Algunos fósiles aún podrían, ser desafectados, ya que la “des afectación” consiste en la retirada (a través de ley, pues em Brasil no existe des afectación tácita) del destino o finalidad conferido al bien público, le convertido en bien demanial, por ley o acto administrativo. CRETELLA Jr, (1984, pg. 161), “*a manifestação de vontade do poder público mediante a qual o bem do domínio público é subtraída a sua dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado do Estado, estes passam a ser dominicais*”, y estos se convierten, por naturaleza, al género *recursos naturales no renovables*, y *bien cultural ambiental*, cambiando su categoría para viabilizar una futura alienación. El matiz demanial procedente de la naturaleza y del interés múltiplo de los bienes fósiles, permite que la norma protectora delibere sobre los mecanismos teniendo en cuenta su aspecto o interés científico por la vía medio ambiental, sino también por la vía mineral (y por lo tanto con consecuencia económica, **no** mercantil), y se caracterizaría además, por ser como una especie de propiedad o bien de carácter público no demanial.

Los fósiles también pueden ser definidos como patrimoniales, para aquellos que se valoran, por el Comité Científico, como residuos, pasarían estos al libre comercio, en particular con el fin de potenciar el turismo local; puesto que no raras veces se encuentran en regiones típicamente subdesarrolladas, sin embargo la liberación para el comercio debería imponer a la comercialización, y/o la transformación industrial, con un criterio semejante al establecido en las

denominaciones de origen, que podrán optimizar el desarrollo económico de la región.

Sobre la base de lo que se ha mencionado anteriormente y en la legislación vigente, nos permitimos hacer breves ilaciones con respecto a una posible clasificación de los fósiles como bienes del dominio público – natural o artificial – sobre la base de algunos instrumentos de derecho administrativo, o sea: los bienes públicos de naturaleza interdisciplinaria, aquí tratados como fósiles que integran sitios declarados como de interés paleontológicos (y para esto es necesario definir jurídicamente “sitio” y “sitio paleontológico”), siendo por lo tanto también de interés científico, y declarados como tal, pasan a ser una especie de bien público, que puede ser del dominio público natural (si estuvieren situados en zona rural), y/o del dominio público artificial (en zona urbana), y podrían ser destinados para el uso común de las personas, y/o para el uso especial. Algunos, todavía, podían considerarse bienes patrimoniales o del patrimonio disponible del Estado, siempre que desafectados, porque los fósiles tienen una aplicación científica múltiple, tal y como se ha visto anteriormente.

Para mejor comprensión de como si define los bienes públicos en Brasil, es posible observar en la ley civil:

Dispone el Código Civil brasileño que:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; (grifei)

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. *Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.*

El decreto-ley no. 25/37, define el patrimonio histórico y artístico nacional como ‘el conjunto de bienes muebles e inmuebles cuya conservación es de interés público’. Cuando se estudia los fósiles como elementos que componen este patrimonio, de conformidad con el art. 216 de la Carta de la República de Brasil, el tema se pone más complejo, es importante que se examine con más atención todos los conceptos agregados al precepto legal, por lo que nos lleva a plantear nuevas ilaciones:

Incorporarían el dominio público y natural y serían considerados inmuebles, los fósiles que no se pudiera remover del lugar donde fueran detectados en la naturaleza, por riesgo de pérdida, o mediante la ejecución de un riesgo de daño, por ejemplo. El *lugar* donde estén depositados podría ser declarado zona de intereses afectado al uso común, es decir, Unidad de Conservación, como ocurre con la ley catalana.

También podrían ser utilizados por la propia Administración para uso especial (conforme clasificación de la doctrina mayoritaria de Brasil), como los Monumentos Naturales, con destinación al turismo, por ejemplo, en lo cual la Administración o el particular podrían gestionar las formas de acceso (en el caso de agregarse a la propiedad privada).

Se ajustarían al dominio público natural o artificial, y serían considerados como muebles, los fósiles que podrían ser removidos, sin riesgo de daño, a los museos, por ejemplo. Si ellos son disociables, también pueden ser de uso común, tales como de uso especial, dependiendo de su destino o interés.

En Brasil (MAZZA, A. 2015. p 602) los bienes de regla deben ser utilizados conforme sus características, así que la forma de uso varía conforme la doctrina establece modalidades o sea: 1– uso común, es aquel abierto a la colectividad, sin necesidad de autorización y puede ser gratuito o bien oneroso; 2– uso especial, son los sometidos a las reglas específicas y bajo el consentimiento estatal y puede ser gratuito o remunerado a ejemplo de los “*pedagios*” en las carreteras privatizadas; 3– uso compartido cuando personas jurídicas o privadas precisan usar bienes pertenecientes a otras personas gubernamentales; d– uso privado, cuando la utilización del viene es otorgado temporariamente a determinada persona, bajo instrumento jurídico específico.

El uso del bien público por los particulares es otorgado mediante los siguientes instrumentos: 1– autorización de uso de bien público, que es un acto administrativo precario, de regla es conferida por tiempo indeterminado, pudiendo ser revocada a cualquier momento; es facultado o uso de toda a área, en se tratando de bienes inmuebles; 2– permiso de uso de bien público, es un acto “*discrecionalario*” y precario donde es obligatoria la utilización de toda la área conforme impone el artículo 2 de la Ley n. 8666/93, y la otorga de permisión exige licitación, lo que no ocurre en el primero instrumento y la revocación anticipada puede generar indemnización; 3– concesión de uso de bien público, es un contacto bilateral mediante previa licitación, el uso privativo es obligatorio y con tiempo determinado, pudiendo ser gratuita o remunerada de parte del concesionario; 4– concesión de derecho real de uso, está prevista en el decreto ley n. 271/67, que puede recaer en terrenos públicos o en espacio aéreo, tiene como objetivo primario la regularización urbanística, industrialización, edificación, cultivo de tierras, aprovechamiento sostenido, preservación de las comunidades tradicionales (indígenas) o bien otras modalidades de interés social en áreas urbanas.

4.1 Uso del Bien Jurídico de Naturaleza Interdisciplinaria por Particulares

En la hipótesis de utilización de los bienes fósiles por los particulares, considerando que el régimen de uso varía conforme su especie, los fósiles como bienes de uso común, podrían ser destinados a museos o instituciones educativas; en estos casos debe tener una licencia, permiso o autorización para utilizar parte del dominio público. Siendo ellos identificados como de uso especial, que es una clasificación de los tratadistas brasileños, el Estado podrá disponer a las personas, pero utilizando como para el uso precario. Estos bienes de uso especial son

comprendidos como bienes para provecho de una actividad de la Administración estatal, como su movilidad para estudios científicos.

Sin embargo, hay que tener cuidado de no haber apropiación de un instrumento jurídico para el uso común, con la “excusa” para engañar al sistema jurídico del bien en causa. Dependiendo del régimen, se producirá requisitos formales, (OJEDA. 1999, p. 155) cuando se trata de las infraestructuras y los nuevos derechos que surgen de ellos.

Serían parte del dominio privado del Estado, es decir, serían del patrimonio disponible del Estado, los bienes no afectados a una finalidad de interés público, de uso común, o de un servicio público.

Serían desafectados o pasarían a ser “*dominicais*” aquellos en que un Comité Científico Interdisciplinario (CCI) clasificara por ejemplo, como desechos o residuos, por no aportaren informaciones suficientes para la ciencia, la cultura, y tampoco a promover algún tipo de desarrollo local o regional, pasando a ser bienes “*dominicais osciosos*”, pero que podrían ganar un nuevo status, una nueva finalidad o destinación.

Entiendo que el Estado podría destinar los residuales, “*dominicais osciosos*” para terceros mediante alienación, bajo licitación, o agravés de permuta, con finalidad comercial limitada y reglada mediante institutos de derecho privado, pero todavía de ojo en el bien común, es decir, “*condicionaría la explotación o transformación de residuos fósiles, con la inclusión de una especie de sello origen como las denominaciones de origen* (ABAIDE, 2009, p. 281), *insertada en algunas marcas de vinos, por ejemplo*”. Sin embargo, “*la liberación técnica para la destinación comercial no eximiría el nuevo propietario a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (a un Comitê Técnico Científico Interdisciplinário – CCI) con la inclusión del sello de origen*”, cuando se desee desarrollar cualquier actividad que pueda causar daños al medio ambiente, una vez que los fósiles siempre están en el subsuelo, el sello de procedencia sería una forma de mejorar el desarrollo de la región donde fueran explotados los fósiles y de mantener el interés científico de los objetos de estudio de la geología y de la paleo biología.

Por lo tanto, los fósiles como bienes de naturaleza interdisciplinaria sólo incorporarían el patrimonio disponible del Estado, cuando: a) no cumplan el requisito de que el Estado debe entender que ellos existen para los fines de protección, o; b) cuando se produce la liberación por el comité técnico. El comité técnico (CCI) estará compuesto por un grupo interdisciplinario e interinstitucional, donde se puede atender dictamen técnico de expertos, con los argumentos de la Administración, además de dirigentes de la administración federal, del sector competente en materia de la cultura, del medio ambiente y de minería, pero esto debe implicar una previa desafectación. Y, el ejercicio de las funciones demaniales de las tierras sin destinación publica específica, serían de la responsabilidad del *Ministerio de Minas e Energias* y del *Ministerio do Medio Ambiente*.

CONCLUSIONES

La interpretación sistemática de los artículos 20, I, IX y X; el artículo 23, III, IV, y el artículo 216 de la Constitución de la República brasileña en conformidad

con el artículo 225 de la misma, lleva a reconocer que los fósiles son un nuevo bien aún no jurídico, y un nuevo valor ambiental y que pueden estar ubicados en varios regímenes jurídicos bajo distintos instrumentos de derecho administrativo.

Lo que me induce a concluir que la protección de los bienes de naturaleza interdisciplinaria, aquí tratados fósiles se hacen posible de varias maneras, especialmente por el dominio público: a) por la vía cultural b) por la vía mineral, **no mercantil**; y, c) por la vía medio ambiental o urbanística.

Existen muchas normativas que tangencia el tema, pero no expresan la seguridad jurídica que la Carta Magna de 1988 lo exige.

La declaración de los fósiles como propiedad de la Nación, de conformidad con el decreto-ley 4.146/42, vigente ha sido “*recepcionado*” por la Constitución Federal: por la vía mineral, se les incluyeron entre los bienes de la Unión (Estado), como bienes minerales, por la interpretación del inc. IX del artículo 20 de la Carta de la República, como recursos minerales, del subsuelo.

Aunque los científicos paleontólogos brasileños no sean unánimes en negar la necesidad de legislar a respecto, creo, que existe si la necesidad de regular la cuestión de la paleontología, una vez que la norma constitucional brasileña les define como integrantes del patrimonio histórico y cultural, además remite a otras esferas, saliendo del ámbito constitucional y adentrando en el ámbito del derecho administrativo y ambiental, pues fósiles como bienes de naturaleza interdisciplinaria, son bienes del dominio público, cuyo vacío jurídico beneficia solamente a los traficantes de bienes culturales.

Sobre el aspecto penal, aunque si trate de una “norma penal en blanco”, la ley nº 8.176/91 en su art. 2º, define como criminosa la conducta de exploración y comercialización de bienes de la “*União*”, pero también en el ámbito penal se necesita de complementación de su precepto primario para integrar el concepto de “bienes” y “materia-prima” pertenecientes à *União*.

Además, el silencio del legislador o la voluntad de no legislar, se puede traducir como una conducta antijurídica, aunque sea de manera indirecta, puede causar daño patrimonial, en esta esfera, (OSORIO, F. 2010. p. 238) observa que en las acciones u omisiones de los agentes públicos, puede haber acto de improbidad administrativa, si puede decir que la improbidad es resultante de una conducta positiva o negativa, pues en materia de “*direito administrativo sancionador, las analogías com o direito penal são inevitáveis e necessárias*”... *a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é uma realidade no direito brasileiro*...”.

De hecho, el propio departamento de minería, después de reconocer que existen algunas entidades federales con competencia para proteger el patrimonio fosilífero brasileño, también ha llegado a la conclusión de que el problema radica en “... la actuación deficitaria del Poder Público – ninguno dispone de los instrumentos jurídicos necesarios para satisfacer adecuadamente a la demanda”, y mientras esto, ¿qué pasa con el patrimonio del Estado? ¿Quién va a definir nuevas categorías jurídicas?

Por último, reitero que solo la **protección integrada** que va a garantizar la sostenibilidad y la conservación de estos bienes culturales, ambientales y/o del dominio público. Es necesario establecer una legislación específica para bienes de naturaleza interdisciplinaria aquí tratados, por lo que no se entregue la potestad

reglamentaria al ajuste por medio, exclusivamente de normas administrativas y, no nos apartemos de lo que ha deseado el legislador constituyente de Brasil sobre los yacimientos paleontológicos, y aprovechar el momento para retomar la discusión jurídica y científica, traer nuevas luces, nuevos paradigmas a fin de dar una eficaz protección integrada de nuevos bienes ambientales, culturales y minerales, como requiere el gran desafío para el legislador contemporáneo; ya que para el jurista estudioso del derecho, la interdisciplinariedad está consolidada.

BIBLIOGRAFÍA

ABAIDE, Jalusa Prestes, *Fósseis: Riqueza do subsolo ou Bem Ambiental?* Prólogo de Martin Mateo. 2. ed., Curitiba, Juruá, 2010, p. 347.

ALONSO IBAÑEZ, M^a. R., *El Patrimonio Histórico. Destino Público y Valor Cultural*. Prólogo de Martin Mateo. 1. ed., Civitas. Madrid, 1992, p. 454.

CRETELLA Jr., José, *Tratado do Domínio Público*, 1. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, ed. Civitas, Madrid, 1999.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del Sector Público en España*, Madrid, Civitas, 1974, p. 601.

MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental, Recursos Naturales*, v. III, Colaboración José Díaz Sánchez, Madrid, Trivium, 1991-1997.

MARTINELL, Jordi, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, El registro paleontológico: cultura o naturaleza. Consonancias y disonancias normativas, 2008, v. 240, p. 121-146.

MAZZA, Alexandre, *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2015.

MONTORO CHINER, María Jesús, *Privado y Público en el Renacer del Gran Teatro del Liceo*, Barcelona, CEDECS, 1997, p. 110.

MONTORO CHINER, María Jesús, La inactividad Administrativa en el Proceso de Ejecución de las Leyes. Control Jurisdiccional 'versus' fracaso legislativo, *R.A.P.*, n. 110, mayo-agosto 1986, p. 348.

OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 2. ed., Paris, Dalloz, 1991, p. 13 e ss.