



Universidad de
los Andes



**FACULTAD
DE DERECHO**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XII

PONENCIAS PRESENTADAS EN LAS
XIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

HERNÁN CORRAL TALCIANI
PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ
(EDITORES)



THOMSON REUTERS

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL:
LA INSPIRACIÓN DE ARTEMISA LLEGA AL DERECHO PRIVADO CHILENO

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME*

RESUMEN

La ley N° 20.930, recientemente publicada, crea el Derecho Real de Conservación Medioambiental. Esta normativa constituye un hito en materia de bienes al crearse un nuevo derecho real, cuyo principal objetivo es la conservación del patrimonio ambiental de un predio o de sus atributos o funciones. La justificación de su creación se encuentra en la necesidad de proveer mecanismos legales adecuados para el progresivo desarrollo de iniciativas voluntarias y disponibles para los particulares, que estén destinadas a la protección del medioambiente. A través la definición de su alcance y objeto se dará cuenta de las principales características de este nuevo derecho real.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones más relevantes de nuestra época está constituida, tal como expresa nuestra Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Lbgma), por “la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”¹. Esta conciencia se ha venido reflejando con un amplio alcance en el sistema normativo de nuestro país. En

* Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad de Chile, msalah@derecho.uchile.cl.

¹ Artículo 1° de la Ley N° 19.300, “Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, publicada en el D.O. el 9 de marzo de 1994. En relación con la biodiversidad, baste al efecto ver los instrumentos legales destinados a su protección: SEARLE, Juan Pedro; VALENZUELA, Jorge y ROVIRA, Jaime (Comp.), “Estrategia Nacional de Biodiversidad y Convenciones Internacionales”, en: CONAMA, *Biodiversidad de Chile, Patrimonio y Desafíos*, Santiago, Ocho Libros Editores, 2ª ed. actualizada, 2008, pp. 598-608.

efecto, la historia reciente da cuenta de la incorporación de relevantes normas, tanto de orden constitucional como internacional, destinadas a la protección del medioambiente². Por su parte, numerosas disposiciones legales y administrativas se han encargado de dar forma y definición a las reglas generales de protección medioambiental. La flamante ley N° 20.930, que “Establece el derecho real de conservación medioambiental”³, se vislumbra como un importante impulso en esta relevante tarea. En las siguientes líneas se realizarán dos labores diversas. Primero, se describirá el contexto a partir del cual surge la necesidad de crear una figura de protección medioambiental como aquella consagrada por la ley N° 20.930. Esto resulta de vital importancia para su adecuada comprensión, particularmente a partir de la forma en que este nuevo derecho real se justifica como necesario, a pesar de la existencia de numerosos mecanismos de protección del medioambiente. Segundo, se analizará la regulación de relevantes aspectos de este novedoso derecho real de conservación medioambiental, en adelante Drcma, especialmente en lo que dice relación con su definición, finalidad, objeto y posible terminación.

II. EL MEDIOAMBIENTE, SU PROTECCIÓN Y LA PROPIEDAD PRIVADA

La primera interrogante que se presenta al analizar el Drcma se refiere a la necesidad de adoptar un nuevo estatuto destinado a proteger el medioambiente, particularmente, teniendo presente la existencia de numerosas formas de protección medioambiental ya reconocidas por la regulación nacional. De hecho, hacia el año 2011, de acuerdo con la información recabada por el Ministerio del Medio Ambiente, existían al menos 32 modalidades de protección del patrimonio ambiental en Chile⁴. La multiplicidad de formas de protección

² La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 8, reconoce a las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, se impone al Estado el deber de tutelar la preservación de la naturaleza. Por último, refiriéndose a la forma en que esta protección puede afectar otros bienes resguardados constitucionalmente, se reconoce la posibilidad de establecer restricciones específicas al “ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. En relación con lo anterior, la misma Constitución, esta vez a propósito del derecho de propiedad, considera en su artículo 19 N° 24 a la conservación del patrimonio ambiental como uno de los elementos comprendidos dentro de su función social. Los tratados internacionales firmados en esta área han sido también una fructífera fuente de inspiración del legislador local.

³ Ley publicada en el Diario Oficial el 25 de junio de 2016.

⁴ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Las Áreas Protegidas de Chile, Antecedentes, Institucionalidad, Estadística y Desafíos*, Sierralta L., R. Serrano. J. Rovira & C. Cortés (eds.), 2011, p. 7. En el trabajo se

naturalmente ha conllevado una importante dispersión normativa, en tanto la mayor parte de las categorías protegidas son reguladas por estatutos de diversa naturaleza y alcance⁵. No obstante lo anterior, es importante realizar algunos comentarios que permitan, de forma general, percibir los rasgos actuales de la forma de protección de bienes relevantes para el medioambiente para reflexionar sobre el posible impacto que en este contexto tendrá la ley que estableció el Drcma. Las observaciones se centrarán en la posible propiedad de los bienes protegidos, la obligatoriedad de los estatutos existentes y las estadísticas sobre la magnitud territorial de las áreas protegidas.

En relación con la propiedad de los bienes protegidos, numerosas categorías consagradas por las diversas leyes presuponen la propiedad estatal de los inmuebles protegidos. De hecho, este es el caso de dos de las más relevantes, los parques nacionales y las reservas nacionales. Ante la existencia de numerosas categorías protegidas de propiedad del Estado, y a fin de darles una adecuada y global protección, las categorías más relevantes forman parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (Snaspe)⁶.

mencionan como categorías protegidas a: las reservas nacionales; los parques nacionales; las reservas de regiones vírgenes; los monumentos naturales; los santuarios de la naturaleza; los parques marinos; las reservas marinas; los monumentos históricos; las zonas típicas o pintorescas; las zonas de interés turístico; las zonas de conservación histórica; las áreas de preservación ecológica; los sitios Ramsar; los acuíferos existentes en las regiones I, II, y XV; las reservas forestales; los bienes nacionales protegidos; las áreas marinas costeras protegidas; los espacios costero marinos de pueblos originarios; las áreas de prohibición de caza; los lugares de interés histórico/científico; las áreas de protección para la conservación de la riqueza turística; las áreas de desarrollo indígena; las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos; las reservas de la biósfera; los sitios del Patrimonio Mundial de la Humanidad; las zonas de uso preferente de borde costero; las áreas preferenciales para la pesca recreativa; las zonas o áreas especiales; las zonas marinas especialmente sensibles; las zonas santuario de la Convención Ballenera; las áreas de protección de la Ley de Bosques y de la Ley de Bosque Nativo, y las zonas de protección costera.

⁵ Así dan cuenta diversas leyes y convenciones internacionales adoptadas por Chile, entre otras, el Convenio de Diversidad Biológica; la Ley de Bosques; el D.L. N° 1.939, Ministerio de Tierras y Colonización, de 1977, sobre Adquisición y Administración de Bienes del Estado; la Ley sobre “Monumentos Nacionales”; la Ley que “Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas”; la Ley General del Pesca y Acuicultura; la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, la Ley del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo, el Código de Aguas, la Convención de Ramsar y la Ley que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originario. Es importante tener presente que la noción de medioambiente que considera el legislador en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente es amplia y considera tanto elementos naturales como socioculturales (artículo 2° letra II) Lbgma).

⁶ Ley N° 18.362, publicada en el D.O. el 27 de diciembre de 1984, que “Crea un Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado”. Las categorías que quedan incluidas en este sistema nacional son numerosas, entre otras, las reservas de regiones vírgenes, los parques nacionales, los monumentos naturales, las reservas nacionales, los parques y reservas marinas y los santuarios de la naturaleza.

En el caso de bienes de propiedad de particulares, varias de las categorías protegidas por las leyes admiten el dominio privado. Dentro de ellas se pueden mencionar a los santuarios de la naturaleza, los monumentos históricos, las zonas típicas y las áreas de conservación para la protección de la riqueza turística. Adicionalmente, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente considera una categoría que podría estimarse como general: las áreas silvestres protegidas de privados. De acuerdo a las propias referencias realizadas por la Lbgma, deberían considerarse dentro de esta categoría a las áreas que tengan por objeto “asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental”.⁷ Del mismo modo, forman parte de dichas áreas “las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales”⁸.

La supervisión, tanto de las áreas protegidas del Estado como de los particulares, es encomendada al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas⁹, cuya creación se encuentra en actual discusión parlamentaria¹⁰. A diferencia de las áreas silvestres protegidas del Estado, la administración se mantiene en los particulares, y, en la medida que voluntariamente se afecten con el estatuto consagrado por la Lbgma, las áreas silvestres en manos de particulares, se pueden someter de acuerdo al artículo 35 de la Lbgma a “igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas” que las pertenecientes al Snaspe¹¹. El resto del artículo citado de la Lbgma establece, por una parte, los requisitos formales y de publicidad para su establecimiento y, por otra, el término de la afectación. En relación con su establecimiento, se debe contar con una resolución del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas que declare la afectación del

⁷ Artículo 35, inciso 1º de la Lbgma.

⁸ Artículo 36 de la Lbgma.

⁹ Artículos 34 y 35 inciso 2º de la Lbgma. De forma general, al Ministerio del Medio Ambiente le es entregada de forma general la atribución de supervisar el manejo de las áreas protegidas de propiedad privada (artículo 70 letra b) de la Lbgma).

¹⁰ Las áreas protegidas del ámbito terrestre se encuentran hoy administradas por la Corporación Nacional Forestal (Conaf) corporación de derecho privado; y las del ámbito marino, por el Ministerio de Defensa (Subsecretaría de Marina, Directemar), y el Ministerio de Economía (Sernapesca) en zonas marinas. Existe un proyecto de ley destinado a la creación del “Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas” (Boletín N° 9404-12), dando cumplimiento a la obligación establecida en el artículo octavo transitorio de la ley N° 20.417, que “Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”, estableció que debía crearse Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, transformando a la Corporación Nacional Forestal en un servicio público descentralizado.

¹¹ Artículo 35 inciso 1º de la Lbgma.

área. Asimismo, la resolución debe ser reducida a escritura pública e inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente, con fines de publicidad. La desafectación, por su parte, se produciría por el vencimiento del plazo establecido al momento de su establecimiento, por resolución fundada del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento, aún inexistente, o a solicitud del propietario. Por su parte, se consagra la posibilidad de aplicar multas en el caso de las últimas dos causales de término, las cuales corresponden a un valor que no exceda el monto acumulado y actualizado de impuestos y contribuciones de que se habría eximido el inmueble durante el período de afectación. A través de estas reglas de desafectación y multas se dan indicios del contenido de los posibles beneficios que se establecerían en las futuras regulaciones que detallen su contenido.

Sin embargo, como se da cuenta en el Registro Nacional de Áreas Protegidas del Ministerio del Medio Ambiente, y el texto de “Diagnóstico y Caracterización de las Iniciativas de Conservación Privada en Chile”¹², a la fecha no se han establecido “definiciones operativas básicas, estándares y procedimientos administrativos” que las regulen a fin de que alcancen un reconocimiento oficial¹³. En consecuencia, no existían a la época de la dictación de la ley que consagra el Drcma mecanismos generales para el establecimiento de áreas de protección medioambiental para los particulares.

Otro aspecto que resulta relevante para el análisis del contexto normativo en el que se dicta la ley que consagra el Drcma, dice relación con la voluntariedad de los estatutos de protección medioambiental. Los mecanismos de protección actualmente existentes se erigen como obligatorios para los dueños de un bien inmueble protegido por alguna de las categorías normativas establecidas (salvo por las ya mencionadas áreas de protección silvestre sin aplicación). El elemento común de las categorías de protección ambiental de determinados predios que pueden ser de propiedad de particulares, es que en ellos se protege de forma obligatoria algún componente que forma parte del medioambiente. De esta forma, una vez que una determinada especie o lugar es reconocido como un objeto necesario de protección medioambiental, el particular debe

¹² Documento de Trabajo que corresponde a informe técnico elaborado en el PROYECTO MMA/GEF-PNUD, *Creación de un Sistema Nacional Integral de Áreas Protegidas para Chile: Estructura Financiera y Operacional*, Santiago, Salesiano Impresores S.A., 2016, p. 2.

¹³ *Ibid.*, p. 12 y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, en <http://bdrnap.mma.gob.cl/buscador-rnap/#/busqueda?p=1251> (consulta 10 de enero de 2017).

respetar dicha protección¹⁴. En estos casos, y en virtud de la función social de la propiedad, los particulares deben respetar las limitaciones impuestas a los bienes inmuebles de su dominio.

Finalmente, es importante tener presente para comprender adecuadamente el contexto normativo en que surge esta iniciativa legal la estadística relativa a la relevancia y magnitud de las áreas protegidas en manos de privados. Es innegable que el Estado se erige como un actor importantísimo en la protección y conservación del medioambiente. De tanta magnitud es la relevancia del Estado en la protección del medioambiente que una estadística realizada por la Corporación Nacional Forestal (Conaf), da cuenta que entre sólo tres categorías de protección, los parques nacionales, los monumentos naturales y las reservas nacionales, se cubren 14.604.609 hectáreas, que corresponderían prácticamente al 20% del territorio de Chile nacional¹⁵. Por el lado de las áreas de protección de dominio privado no existe certeza en relación con el número de iniciativas de conservación privada. Los estudios dan cuenta de más de 300 iniciativas de esta naturaleza¹⁶. Asimismo, las más recientes estadísticas señalan que ellas alcanzarían en su conjunto aproximadamente 1.669.151 hectáreas.

Si bien de los números reseñados se concluye razonablemente que en la actualidad el principal propietario de inmuebles involucrados en la protección medioambiental en Chile es el Estado, las iniciativas privadas aparecen como un importante actor en la materia. Ello ha llevado a que en los últimos años se desarrollen importantes estudios para identificarlos, así como sus características y necesidades¹⁷. De acuerdo con SEPÚLVEDA, la formación de redes territoriales sería idónea para proteger en conjunto superficies significativas,

¹⁴ Diversos casos se han conocido particularmente con las declaratorias de las araucarias araucanas como monumentos naturales o los monumentos nacionales. El tema de la procedencia de las indemnizaciones dista de ser pacífico en cuanto a su procedencia, fundamento y por último su cálculo.

¹⁵ Así 36 parques nacionales cubrirían 9.141.200 hectáreas; 49 reservas nacionales cubrirían 5.428.980 y 16 monumentos naturales cubrirían 34.429 (total: 14.604.609 hectáreas) Conaf, en <http://www.conaf.cl/parques-nacionales/parques-de-chile/> (consulta 10 de enero de 2017).

¹⁶ Si bien el diagnóstico da cuenta de estudios que identificarían alrededor de 377 iniciativas de esta naturaleza, el estudio identificó 310 iniciativas privadas, PROYECTO MMA/GEF-PNUD, *Diagnóstico y Caracterización de las Iniciativas de Conservación Privada en Chile*, cit., pp. 13-14 y 25-26.

¹⁷ Al menos se pueden mencionar los siguientes estudios: CODEFF (Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora), *Las Áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile*, Chile, 1999, que daba cuenta que a la fecha de su publicación 104 predios que habían decidido formar parte de la Red de Áreas Protegidas Privadas, pp. 23-24 y 99-101; Fundación TERRAM, *Áreas Protegidas Privadas en Chile*, Terram Publicaciones, 2005; y PROYECTO MMA/GEF-PNUD, *Diagnóstico y Caracterización de las Iniciativas de Conservación Privada en Chile*, cit.

formar parte de corredores biológicos y de zonas de amortiguación en torno a áreas protegidas públicas o privadas¹⁸. La función de personas privadas en la protección del medioambiente también ha sido destacada por los especialistas¹⁹. Por su parte, y ya en el ámbito jurídico, PEÑAILILLO da cuenta de las ventajas del diseño de un instrumento jurídico como el propuesto en el proyecto de ley que dio lugar a la creación del Drcma²⁰. Asimismo UBILLA considera que existirían bases teóricas de importancia tanto desde una perspectiva sociológica como económica para el establecimiento de un derecho real de conservación²¹.

Los antecedentes existentes a la época del envío del proyecto sobre creación del Drcma consideraban números y porcentajes similares a los reseñados y ello fue lo que incentivó a la creación de nuevos mecanismos que estimularan la participación de los particulares en la protección medioambiental²². Teniendo presente la experiencia comparada, se señaló en el proyecto la relevancia alcanzada por la conservación voluntaria materializada a través de privados, particularmente organizaciones no gubernamentales²³. La fuente de inspiración de quienes presentaron el proyecto de ley el año 2008, según da cuenta

¹⁸ SEPÚLVEDA LUQUE, Claudia, “Conservación de la biodiversidad en Chile: actores y territorio, la conectividad que falta”, en *Revista Austral de Ciencias Sociales* 7 (2003), p. 113.

¹⁹ Ídem, pp. 111-128; RIVERA, Claudio y VALLEJOS-ROMERO, Arturo, “La privatización de la conservación en Chile: repensando la gobernanza ambiental”, en *Bosque* 36 (2015) 1, pp. 15-25.

²⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Sobre un derecho real para la conservación del ambiente”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción 2009*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, pp. 113-128, en particular pp. 114-115.

²¹ UBILLA FUENZALIDA, Jaime, “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación”, en *Revista de Derecho Ambiental* 1 (2012), pp. 72-96, en particular, pp. 80-82.

²² Proyecto ingresado el 17 de abril de 2008, Boletín N° 5823-07, originado en la moción de los diputados de la época señores Patricio Vallespín López, Alberto Robles Pantoja, Eugenio Bauer Jouanne, Jorge Burgos Varela, Edmundo Eluchans Urenda, Juan Lobos Krause, Carlos Montes Cisternas, Roberto Sepúlveda Hermosilla y señora Carolina Tohá Morales. Todas las referencias a la historia legislativa se encuentran en CÁMARA DE DIPUTADOS CHILE en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6207 (consulta 10 de enero de 2017).

²³ Proyecto de ley, Boletín N° 5823-07, p. 1. El proyecto inicialmente realizaba una mención a la función social de la propiedad como fuente de las limitaciones y obligaciones que se realizaban al dominio del bien objeto de conservación medioambiental (artículo 1° del Proyecto). Dicha mención fue suprimida en la ley publicada, en razón de que la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados consideró improcedente la referencia, pues el proyecto sólo correspondería una regulación de la propiedad que permite al dueño de un inmueble la asunción de ciertos gravámenes (Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el Proyecto de Ley que Establece el Derecho Real de Conservación, p. 22).

su mensaje, fueron los *conservation easements* del derecho norteamericano. La doctrina anglosajona los ha definido como “un acuerdo legalmente válido que restringe permanentemente el desarrollo y uso futuro de la tierra a fin de asegurar la protección de sus valores de conservación”²⁴. Sin perjuicio de las fuentes de inspiración de esta moción, como se verá en las líneas siguientes, este derecho real constituye un nuevo derecho que por sus características no puede asimilarse a aquellos ya reconocidos por nuestra legislación. Varios de sus rasgos son en todo caso similares a aquellos especificados para derechos reales consagrados en el Código Civil, particularmente, las servidumbres.

Como veremos a lo largo de estas líneas, así como Artemisa se erigía al mismo tiempo como la diosa de la naturaleza y de la caza, algo que pudiera parecer contradictorio desde un inicio, este nuevo derecho real reconoce tanto a la propiedad del Código Civil como la protección del medioambiente. Así como reconoce que el dueño de un bien puede, en principio, usar, gozar y disponer libremente del mismo, también puede destinarse para la protección del medioambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras. La Ley N° 20.930 que “Establece el derecho real de conservación medioambiental”, busca, a través de diversos mecanismos, alcanzar este preciado y necesario equilibrio. De este modo, los particulares también pueden participar en la agenda de la conservación medioambiental del país a través de herramientas que se centren en su autonomía.

El derecho privado ya considera numerosas herramientas que permiten finalidades de protección medioambiental. Sin embargo, ellas reconocen diversas falencias que han impedido su uso extensivo²⁵. Después de todo, si es la actividad de las personas la que degrada el medioambiente, parece coherente que ellos mismos promuevan su protección.

III. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN

Lo primero que parece necesario señalar es que el Drcma es un derecho real, cuestión que la propia ley menciona en su título y en sus artículos 1° y

²⁴ GUSTANSKI, Julie Ann y RODERICK, Squires (Eds.), *Protecting the Land, Conservation Easements, Past, Present and Future*, Washington, Island Press, 2000, p. 9.

²⁵ En el trabajo de CODEFF se da cuenta de la posibilidad de utilizar instrumentos de derecho privado como las servidumbres, usufructos, comodatos y condominios copropiedades con fines de protección medioambiental, *Las Áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile*, cit., pp. 59-70.

2º. Muy probablemente, como ya se adelantó, la primera intuición será la de intentar calificar este derecho de acuerdo con las categorías civiles aplicables a los derechos reales. Si se mira a la tradicional clasificación entre derechos reales completos, como el dominio, y aquellos más bien limitados, este derecho real pertenecería a este segundo grupo. La siguiente tarea será la de comprender de qué forma este derecho se diferencia de los otros derechos que forman parte de este grupo, principalmente, el usufructo y las servidumbres. Varias son las similitudes con las servidumbres, de hecho, la misma ley se remite a algunas de las reglas del Código Civil que se refieren a esta institución (artículo 1º inciso 3º). Sin embargo, a diferencia de la noción clásica de servidumbre regulada por el Código Civil, el derecho real que crea esta ley no considera como beneficiario a un predio dominante²⁶. Adicionalmente, diversas características lo harían alejarse de la servidumbre. Así, por ejemplo, el Drcma puede también considerar el aprovechamiento de los frutos que deriven de la conservación del inmueble, materia en la cual se acerca en parte al usufructo.

A diferencia de los mecanismos de protección medioambiental mencionados en el apartado anterior, el rasgo característico de los Drcma es la voluntariedad imperante al momento de su creación. La propia ley lo señala así al definir al Drcma como “un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada” (artículo 2º). Sin perjuicio de que se espera que sean los particulares los principales involucrados en la constitución de los Drcma, bajo la redacción de la ley, tanto los predios susceptibles de ser objeto de un Drcma como los posibles titulares del mismo son concebidos en forma amplia. Así, el Estado también podría constituir Drcma respecto de bienes de su propiedad y podría también erigirse como titular de estos derechos.

La interesante pregunta que se manifiesta se refiere a la forma en que esta facultad de conservación se relaciona con las facultades del dominio. Antes de la constitución del Drcma el dueño del predio tiene, en principio, las facultades de uso, como de goce y de disposición del bien en plenitud. Una vez que

²⁶ Se ha planteado la interrogante de si la falta de predio dominante es tan relevante como para crear un derecho real nuevo, CORRAL TALCIANI, Hernán, “El Derecho Real de Conservación: notas después de una primera lectura de la ley N° 20.930, de 2016”, en *Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, 28 (2016), pp. 67-81, pp. 70-71.

se constituye este derecho real, algún aspecto de una o más facultades de la propiedad que se relacione con la noción de conservación medioambiental es desmembrado del mismo, y un tercero distinto del dueño del predio adquiere la facultad de determinar, en parte, en palabras de KATZ, la “agenda” de uso, goce, y eventualmente algunos aspectos de la disposición del inmueble²⁷. Mirado desde la perspectiva del dueño del predio, se manifiesta a través de la constitución de este nuevo derecho real en una de las características atribuidas doctrinaria y jurisprudencialmente al derecho de propiedad: su elasticidad, permitiendo así que su contenido se contraiga o expanda de acuerdo con las limitaciones a las que es sometido o deja de estarlo²⁸. Mientras el Drcma esté vigente, el dueño del predio no podrá impedir, obstaculizar o perjudicar su ejercicio (artículo 6º inciso 5º). Más se dirá cuando se analice su objeto.

1. Partes intervinientes

Necesariamente se requiere de la existencia de dos personas diferentes en el contrato a través del que se constituye un Drcma. Por una parte, se encuentra el dueño del predio y, por otra, el titular del Drcma. Son estas partes quienes voluntariamente definen la creación de este derecho real. Los predios podrán tener, tal como es la regla general, uno o más dueños. En caso que sea más de un predio objeto de este Drcma, todos sus dueños deberán naturalmente manifestar su voluntad en el contrato de constitución (artículo 7º N° 6). En relación con los titulares del Drcma, tal como se mencionara, el artículo 4º reconoce que el titular del Drcma puede ser cualquier “persona natural o jurídica, pública o privada”. Este es uno de los grandes cambios que sufrió la ley durante su tramitación. Cuando se inició la discusión del proyecto sólo podían ser titulares del Drcma ciertas personas de derecho público y corporaciones o fundaciones privadas destinadas a la conservación medioambiental.²⁹ Esta ampliación de los posibles titulares del Drcma es fundamental para alcanzar un profundo desarrollo de iniciativas de conservación medioambiental entre

²⁷ KATZ, Larissa, “Exclusion and exclusivity in property law”, en *Toronto Law Journal* 58 (2008), pp. 275-315, pp. 277-278.

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales: Bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª ed. 1997, pp. 39-40 y Corte Suprema, 28 de abril de 2008. Rol N° 280-2008 (C. 4º).

²⁹ Proyecto de ley, Boletín N° 5.823-07, artículo 5º.

cualquier persona que sea dueña de un inmueble. En cierto sentido, el titular del Drcma adquiere cierta injerencia en la configuración del estatuto aplicable al dominio del inmueble. Como consecuencia de ello, las limitaciones y cargas del inmueble objeto del Drcma, no sólo las definirá el legislador amparado por la función social del dominio, sino que también una o más personas interesadas en que el inmueble tenga como finalidad alguna forma de conservación medioambiental. Por ello, si más personas pueden ser titulares del Drcma, mayores serán las posibilidades de que se constituyan.

Se debe entender que el requerimiento de que sean diferentes personas el dueño del predio y el titular del Drcm es fundamental durante toda la vida del derecho. De lo contrario, en caso que durante su vida llegue a coincidir el dueño del predio con el titular del Drcma, se debería considerar que se extingue el Drcma. Por último, la titularidad de un Drcma puede estar radicada en una o más personas. Ello se manifiesta expresamente como una de las menciones posibles en el contrato de constitución del Drcma, el cual requiere que se identifique si éste se constituye a favor de dos o más titulares (artículo 7º Nº 6).

2. Objeto de la conservación medioambiental

En cuanto a la finalidad perseguida por el Drcma, la ley menciona en la definición de este derecho la de “conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste”. Se analizarán dos aspectos en relación con la definición: la noción de conservación y la de patrimonio ambiental.

En relación con la noción de “conservación”, es importante tener presente la remisión que realiza el artículo 1º de la ley que establece el Drcma a las definiciones del artículo 2º de la Lbgma³⁰. Esta ley, que vino a dar un nuevo impulso a la protección medioambiental, definió la conservación del patrimonio ambiental como “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medioambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar

³⁰ Esta remisión es de relevancia en tanto otras leyes también contemplan una definición de lo que debe entenderse por conservación. Por ejemplo, la ley N° 18.362 de 1984 definía a la conservación como “La gestión de utilización de la biósfera por el ser humano, de modo que se produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero asegurando su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras. La conservación comprende acciones destinadas a la preservación, el mantenimiento, la utilización sostenida, la restauración y el mejoramiento del ambiente natural” (artículo 2º).

su permanencia y su capacidad de regeneración”³¹. El objetivo de conservar el patrimonio ambiental se debe entender en concordancia con el artículo 6º de la ley que establece el Drcma, el cual indica en su inciso 1º las prohibiciones, restricciones u obligaciones que deben acordar las partes al constituirse el Drcma. El contrato debe integrar al menos una de ellas. En virtud de la libertad contractual que impera en esta materia, se podrán establecer en mayor número, y también se podrán adicionar otras no descritas por el artículo 6º. Respecto de las obligaciones pecuniarias que pudieran establecerse se podrán fijar límites en cuanto a los montos y en caso que se acuerde más de un gravamen, plazos diferentes para su cumplimiento (artículo 6º inciso 2º). Asimismo, para el caso en que sean dos o más inmuebles los gravados con el Drcma o si se constituyera a favor de dos o más titulares, se deben especificar cuáles son las obligaciones y derechos para cada uno de ellos (artículo 7º Nº 6). Todo lo anterior responde a la idea de que pudiera ser frecuente que un grupo de personas, por ejemplo de vecinos de un inmueble, sean titulares de un Drcma, y al mismo tiempo que varios inmuebles sean afectados por dicho derecho, pero sujetos a obligaciones o prohibiciones diversas según la ubicación o características de los predios afectados o los intereses de los titulares de los Drcma.

Las prohibiciones, restricciones y obligaciones que menciona la norma citada corresponden a tres. En primer lugar, se considera la posibilidad de que se establezca una “restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más fines”. La ley da ejemplos de dichos fines, tales como inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola y forestales. En consecuencia, a través de este gravamen, los dueños de los inmuebles sobre los que se constituye un Drcma estarán impedidos de desarrollar en ellos actividades que de otra forma podrían haber realizado libremente. Esta modalidad de Drcma se asemeja mucho a las servidumbres negativas del Código Civil en cuya virtud se prohíbe hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito al dueño (artículo 823 del Código Civil). En segundo lugar, a través de la constitución de un Drcma los dueños de los inmuebles sobre los que se constituyen pueden asumir la obligación de “hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz”. En este caso, el establecimiento del Drcma redundará en la asunción de obligaciones de hacer para los dueños de los predios. Es decir, ellos se obligan a realizar alguna de las actividades antes

³¹ Artículo 2º letra b) de la Lbgma.

descritas, las cuales, desde luego, forman parte de lo que se consideran acciones destinadas a conservar el medioambiente. Por último, y en tercer lugar, los dueños de los inmuebles sobre los cuales se constituyen Drcma, asumen la obligación de “ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos”³². Esto es, los dueños de los predios gravados asumen la obligación de realizar una serie de actividades destinadas a la explotación racional de los recursos naturales existentes en el mismo, el cual, al mismo tiempo, debe garantizar su uso sostenible.

Adicionalmente, la ley resta valor a ciertas formulaciones contractuales del Drcma. Los objetos excluidos corresponden a los contratos que no sean específicos; cuyo objeto sólo sea el cumplimiento de las normas vigentes; o que no se ajusten a lo dispuesto en la misma ley que establece el Drcma (artículo 6º). La sanción considerada cuando se les identifica como el objeto de un Drcma es la nulidad, absoluta se debería entender, que generalmente se traduciría en una falta de objeto o el incumplimiento de las solemnidades legales. De ahí la trascendencia de definir con claridad el objeto de este Drcma. Ciertamente, la constitución de un derecho de este tipo podría redundar en una redefinición del posible precio futuro de venta del bien raíz gravado. Por esto, y especialmente por el posible temor a que se realice un mal uso de esta institución, en perjuicio de los acreedores del dueño del inmueble, se debe definir con claridad la forma que adquirirá la conservación del inmueble.

Finalmente, la ley reconoce la posibilidad de que se conceda al titular del Drcma el derecho a percibir los frutos naturales y civiles que deriven de la conservación del inmueble (artículo 6º inciso final). Ello redundará en que además del Drcma se considere un derecho de usufructo sobre el bien, restricción de toda relevancia en caso de enajenación del predio o en caso de término del Drcma. Surgen preguntas importantes en relación con la perpetuidad que podría caracterizar el mencionado usufructo, atendido que éste podría acceder a un Drcma establecido perpetuamente³³.

³² Imposible no recordar el artículo 783 del Código Civil.

³³ Perpetuidad prohibida en el artículo 769 del Código Civil en cuanto se prohíben los usufructos sucesivos y, principalmente, el artículo 770 que menciona los plazos máximos de duración del mismo. Para el caso de las personas jurídicas la ley que establece el Drcma permite que en caso de disolución pudiera estipularse que el Drcma no se extingue (artículo 12 N° 2).

La segunda pregunta se refiere a lo que se debe entender por “patrimonio ambiental”. Ello es fundamental, pues la legislación chilena ha considerado en la letra ll) del artículo 2º de la misma Lbgma un concepto amplio de medioambiente: incluye así, no sólo a los elementos naturales, sino que también a los elementos artificiales “de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. Con ello, la protección medioambiental también podrá destinarse a la protección de elementos de valor sociocultural, como son aquellos con contenido histórico o turístico, entre otros. En cuanto a los atributos o funciones del patrimonio ambiental de un predio a que hace mención la norma, la forma en que debe entenderse esta disposición dice relación con que un bien inmueble, al admitir múltiples usos, también puede ser objeto o recipiente de múltiples Drcma que tiendan a la protección de sus diversos atributos o funciones. Así, por ejemplo, se podría constituir un Drcma para la protección de un bosque y otro para la protección de un paisaje turístico del mismo predio.

3. Inmueble sobre el que se constituye un Drcma

En cuanto a la noción de “predio”, la misma ley se encarga de clarificar que puede ser un bien inmueble completo, una parte de un inmueble o un conjunto de inmuebles (artículo 7º N° 2). Esta multiplicidad de opciones ya estaba presente en el caso de la propiedad fiduciaria, que podía recaer sobre una herencia, o una cuota de ella, o uno o más cuerpos ciertos (artículo 734 del Código Civil).

Adicionalmente, el artículo 3º de la ley que establece el Drcma menciona que este derecho “se puede constituir sobre cualquier bien inmueble”. Inmediatamente se plantea la pregunta de si una disposición de esa naturaleza debe entenderse referida a los inmuebles por adherencia y destinación u otra categoría clasificatoria. Es evidente que para el Drcma la protección de inmuebles por adherencia y destinación es clave y se debe entender comprendida en su alcance. El propio Código Civil presenta el más claro ejemplo de lo anterior: los árboles (artículo 568 del Código Civil). Otro buen ejemplo de inmueble por adherencia podría ser una construcción con alto contenido turístico, cultural o histórico. Sin embargo, parecería imposible la constitución de este derecho de forma aislada al terreno al cual acceden, particularmente, porque se requiere la ubicación geográfica de los mismos, tanto porque el contrato debe

mencionar los deslindes del derecho, como porque ellos deben constar en el plano que se debe inscribir al momento de su constitución. Una forma para dar sentido a esta disposición sería la de considerar que se refiere a cualquier tipo de inmueble en cuanto a su destinación, esto es, urbano, rural, rústico o considerado ya dentro de una categoría de protección ambiental o no; y por cierto, en cuanto a su propiedad, esto es privada o fiscal.

4. Constitución del Drcma

En cuanto a la forma de constitución de un Drcma, se requiere, de la misma forma que los derechos reales consagrados por el Código Civil, de un título y un modo. El título, de acuerdo con lo señalado por la ley, necesariamente deberá constar en una escritura pública, transformando así la constitución de un Drcma en un acto solemne (artículo 5º). Dicha escritura reflejará el contrato, gratuito u oneroso, acordado entre el dueño del predio y el titular del Drcma (artículo 7º Nº 3). En caso de ser a título oneroso, como una compraventa, se debe señalar el monto de dinero u otras contraprestaciones que las partes acuerden (artículo 7º Nº 3). Adicionalmente, se debe adjuntar un plano suscrito por los comparecientes en que se grafique el predio (artículo 7º Nº 2).

Una vez realizado lo anterior, el modo de adquirir del Drcma será, por regla general, la tradición. Al igual que los demás derechos reales constituidos sobre los inmuebles (artículo 686 del Código Civil) deberá realizarse mediante la competente inscripción, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, dentro de los 60 días siguientes y con las menciones del artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (artículo 8º). La inscripción se debe realizar en tantos registros conservatorios como predios se encuentren involucrados, siguiéndose el principio establecido en el Código Civil y el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Surge la pregunta de si se podría adquirir también este Drcma por prescripción. La respuesta debiera ser afirmativa, sobre la base de la regla general del artículo 715 del Código Civil, y especialmente considerando que las inscripciones en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces no acreditan dominio, ni sobre los bienes, ni sobre los derechos reales inscritos en sus registros. En esto también se plantearía una diferencia con la servidumbre (artículo 917 del Código Civil). Una interesante situación que podría plantearse es aquella en que se constituye un Drcma por una persona que finalmente termina no siendo la dueña del predio sobre el cual se constituye el mencionado derecho. Tal como los demás derechos reales, la prescripción adquisitiva del mismo

podrá ser ordinaria o extraordinaria, principalmente, según si el título es justo o si concurre o no la buena o fe del titular del Drcma, pues la inscripción siempre deberá estar presente (“requisito, prueba y garantía” del derecho según artículo 8º N° 1).

Finalmente, cabe mencionar que las modificaciones al contrato deberán cumplir con los mismos requisitos e inscripciones ya mencionadas (artículo 10). Como comentario, se puede señalar que habría sido interesante que un Drcma se hubiera también podido constituir por acto testamentario, siempre respetando en todo caso la necesidad de que se identificaran con exactitud a los futuros dueños de los predios afectados y los titulares de los Drcma.

5. Características

Dentro de las características del Drcma, principalmente establecidas en el artículo 3º de la ley, se pueden mencionar su carácter inmueble y distinto del dominio del bien raíz gravado, transferible, transmisible, inembargable, indivisible, inseparable del inmueble al que accede y de duración indefinida, salvo acuerdo en contrario.

En cuanto al carácter real del Drcma, se debe entender que éste se tendrá sobre la cosa sin respecto de determinada persona. Con ello, serán intrascendentes las cualidades o características de los dueños futuros del bien afectado o quiénes sean los titulares del Drcma con posterioridad a su constitución. La publicidad que se alcanzará a través de las inscripciones ya mencionadas, será un factor que permita poner en conocimiento de todas las personas su existencia y características.

El carácter de inmueble es consecuencial al hecho que los únicos bienes que pueden ser objeto del Drcma sean los predios y el hecho que los derechos se califican de acuerdo con el objeto sobre el que recaen (artículo 580 del Código Civil). Respecto de los atributos o funciones referentes al patrimonio ambiental del predio, cuando son objeto de un Drcma, la propia ley las califica de inmuebles (artículo 3º inciso 3º). La característica de que a través del Drcma se debe gravar un inmueble ajeno, tendrá incidencia en la posible terminación del mismo cuando en una misma mano se reúna la titularidad del Drcma y la propiedad sobre la que el mismo recae.

La propia ley señala que se puede transferir a cualquier título, salvo que se estipule algo diferente en el acuerdo original que lo constituye (artículo 9º). Por su parte, en relación con la transmisibilidad, esta característica cobra especial relevancia en aquellos casos en que el derecho es perpetuo. En este sentido, el

Drcma formará parte del patrimonio de su titular, el cual, en caso de muerte, debería considerarse dentro de la masa hereditaria transmisible a sus herederos. La consecuencia natural de lo anterior es que este derecho deberá ser incluido en los trámites de posesión efectiva, y, adicionalmente, deberá valorizarse, pues ello tendrá incidencia tanto para la definición de las cuotas de los herederos como la aplicación de los impuestos hereditarios.

La característica de la inembargabilidad constituye una singularidad de este derecho real, que ya ha llamado la doctrina la atención sobre el punto y la incongruencia con el hecho que sea transferible³⁴. En este sentido, se podría conciliar la disposición pensando que, al menos para cuando involucre el disfrute de los bienes, una cosa es el valor sobre los frutos que se reporten, y otra es el Drcma mismo. En este sentido, el derecho espera que no merme la imposición de estas limitaciones beneficiosas para la sociedad y la protección del medioambiente. Pero como pueden también seguirse beneficios en cuanto al disfrute de la cosa gravada, no parece razonable esta inembargabilidad, especialmente considerando que en el caso del usufructo en cambio el usufructo mismo es plenamente embargable³⁵. Así, parecería razonable entenderla sólo limitada al Drcma y no a los frutos (algo así como la inembargabilidad de los derechos sociales, atendida la imposibilidad de reconocer a socios extraños en una sociedad de personas, pero la posibilidad de embargar los frutos que ellos produzcan).

En relación con la indivisibilidad del Drcma, para su adecuada comprensión es relevante la remisión de la ley en su artículo 1º al artículo 826 del Código Civil. En este sentido en caso de división del predio que estaba sujeto a un Drcma, los predios que surjan de la división deberán soportarlo en la parte que les correspondía. Asimismo, el Drcma es inseparable del predio al que accede (artículo 3º).

La duración del Drcm es indefinida, salvo acuerdo en contrario. Asimismo, se pueden plantear diversos plazos para el cumplimiento de las obligaciones que se consideren cuando consistan en más de un gravamen. El Código Civil planteó una tendencia clara en relación con el requerimiento de temporalidad de los derechos reales limitados, de lo que ya daba cuenta su Mensaje y diversas normas que prohibieron usufructos sucesivos y la regulación de las condiciones en la propiedad fiduciaria. En este sentido, el Drcma se debe mirar más

³⁴ CORRAL, H., "El Derecho Real de Conservación...", cit. (n. 26), p. 72.

³⁵ Artículo 803 del Código Civil.

bien como una servidumbre, que beneficia a toda la sociedad, y tal como las servidumbres, puede persistir perpetuamente. Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que ello no merma la facultad de usar la cosa de forma general: no por limitarse algún aspecto del posible uso, goce o disposición de un bien deja el dueño del predio de tener dichas facultades.

Por último, es relevante mencionar que al aplicarse por analogía los artículos 828 a 830 (artículo 1º inciso 3º), el titular tendrá derecho a los medios necesarios para ejercer su derecho, pudiendo incluso realizar obras para su ejercicio. Por su parte, el dueño del predio no puede alterar ni hacer más incómoda la forma en que el titular ejerce su Drcma (artículo 6º).

IV. TEMAS PENDIENTES

Resulta reconfortante saber que el derecho privado puede velar por las necesidades medioambientales de nuestros tiempos, con herramientas que respeten la autonomía de los particulares. Más allá de las reflexiones expresadas, se aprecian numerosos temas que ameritan un profundo estudio en relación con la ley que establece el Drcma. Entre otras, aquellas que dicen relación con los conflictos por posibles superposiciones con otros derechos reales³⁶, las acciones que tiendan a su resguardo, y el término y la extinción de los Drcma. Pero lo que parece más importante, es que se encuentra pendiente la posible integración de los mecanismos de protección considerados en la ley que establece el Drcma con aquellos que en un futuro se establezcan a propósito de la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y los reglamentos requeridos por Lbgma para el adecuado reconocimiento y el establecimiento de derechos y deberes respecto de las áreas silvestres protegidas de privados.

³⁶ Materia regulada por la propia ley que establece el Drcma en su artículo 11 y a la que la doctrina ya le dedicó varias reflexiones, *vid.* CORRAL, H., "El Derecho Real de Conservación...", cit. (n. 26), pp. 78-80.