



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento Derecho Privado

SOBRE EL ACCESO A LAS MONTAÑAS Y A LA NATURALEZA
Perspectiva Nacional y Comparada

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
CARLOS MAXIMILIANO FISCHER GILSON

Profesor Guía: Dra. María Agnes Salah Abusleme
Santiago, Chile 2019

*A mis amigos del monte
Por las aventuras y sonrisas*

“(...) Las montañas constituyen para mí una especie de conversación conmigo mismo. ¿Continuaré o no? ¿Seré capaz de hacer esto o no? Son las emociones las que me traen aquí. Entonces ¿se puede “gobernar” una montaña? ¿Especialmente cuando se encarga de esto únicamente un burócrata que nunca ha estado en las montañas y no las entiende?”

Kukuczka, Jerzy (1992). *Mi mundo vertical*. Ediciones Desnivel: Madrid. p. 58.

Agradecimientos

Hace ya más de cinco años que las montañas han tenido sido una fuente de obsesión personal. He disfrutado de innumerables aventuras en los montes de nuestra cordillera, y fue allí donde encontré la motivación para investigar sobre un tema interesante y de eminentemente utilidad para la comunidad de montaña. Los cerros no solo fueron mi refugio; también en innumerables ocasiones tuve revelaciones jurídicas al descender de las alturas. En el montañismo mientras más fuerte es el equipo, más posibilidades hay de éxito. Corresponde entonces agradecer a la *cordada* que hizo esto posible.

A mis padres, por apoyarme en todo, en especial con mis cada vez más intensas y locas aventuras por la Cordillera.

A Nico Thumm, por abrirme los ojos ante las inmensas posibilidades que ofrecen nuestros montes.

A Armando, por ser uno de los mejores maestros.

A Chago, Nacho y Pochoco, por aguantar mis continuas disquisiciones acerca de las montañas y el derecho.

A Pachi y Coni, por llevarme a las mejores salidas y tener toda la paciencia del mundo.

A Pitflow, por prestarme su pequeño palacio en las montañas de la Araucanía para terminar este trabajo.

Y a Tucker y Erica, por siempre mostrar su interés en mi investigación.

Índice

Introducción.....	11
Capítulo 1 - El acceso a la naturaleza en el Derecho comparado.....	17
1.1 Preludio y rasgos de familiaridad	17
1.1.1 Las familias geográficas.....	18
1.1.2 Una propuesta de clasificación.....	19
1.2 El modelo sueco: la tradición de <i>allemansrätten</i>	21
1.2.1 Fuentes normativas.....	22
1.2.2 Fórmula de calificación jurídica.....	24
1.2.3 Derechos y responsabilidades de los usuarios.....	25
1.2.4 Medidas de resguardo para los derechos del propietario	26
1.2.5 Particularidades del derecho de acceso público en Suecia.....	27
1.3 El modelo noruego: el <i>Outdoor Recreation Act</i> de 1957	27
1.3.2 Fuentes normativas.....	28
1.3.3 Fórmula de calificación jurídica.....	29
1.3.4 Derechos y responsabilidades de los usuarios.....	30
1.3.5 Medidas de resguardo para derechos del propietario	31
1.3.6 Particularidades del modelo de acceso público en Noruega	32
1.4 El modelo inglés: el <i>CROW Act</i> de 2000.....	32
1.4.1 Fuentes Normativas.....	33
1.4.2 Fórmula de calificación jurídica.....	34
1.4.3 Derechos y responsabilidades de los usuarios.....	35
1.4.4 Deberes y resguardos para derechos del propietario	37
1.4.5 Particularidades del derecho de acceso público en el Reino Unido.....	38
1.5 Consideraciones finales respecto de los modelos comparados de acceso público a la naturaleza.....	39
Capítulo 2 - El tratamiento de las montañas en el Derecho Chileno	41
2.1 El caso de las montañas en el Código Civil.....	41
2.2 Tratamiento de las montañas en el Decreto Ley N°1939	43
2.3 Tratados Internacionales.....	45

Capítulo 3 - La idea de propiedad en el Código Civil	49
3.1 Exclusión y Acceso	49
3.2 El lugar del poder de exclusión en la regulación de la propiedad	51
3.3 Limitaciones a la facultad de excluir en el régimen del Código Civil	57
3.3.1 La facultad de catar y cavar del artículo 591	59
3.3.2 Las reglas de la pesca (arts. 612 y ss.)	61
3.3.3 La facultad del artículo 620.....	63
3.4 Las soluciones del Código Civil y del DL N°1939	65
3.4.1 La afectación como bienes nacionales de uso público y el caso de las playas	65
3.4.2 Las servidumbres.....	69
Capítulo 4 - Hacia un Derecho de acceso público a las montañas y naturaleza.....	73
4.1 Matrices fundamentales del acceso público a las montañas.....	73
4.1.1 Fórmula de calificación jurídica.....	74
4.1.2 Derechos y responsabilidades de los usuarios.....	75
4.1.3 Medidas de resguardo para los propietarios	76
4.1.4 Nueva Institucionalidad.....	79
4.2 Una breve referencia a las iniciativas parlamentarias en la materia.....	80
4.2.1 Boletín N°3188-12, Establece normas para la promoción del desarrollo económico y social y la protección ambiental y de la vida humana en las zonas de montaña (2003)...	80
4.2.2 Boletín N°6840-12, Regula el acceso a valles de la Cordillera de los Andes y áreas silvestres protegidas (2010).....	82
4.2.3 Boletín N°7357-12, Obliga a constituir servidumbre de paso para acceder a las montañas (2010)	83
4.2.4 Boletín N°12460-20, Establece normas sobre acceso a territorios de alta montaña o de altas cumbres (2019).....	84
Conclusión.....	91
Bibliografía.....	93

Resumen

Las montañas son una fuente invaluable de recursos de toda naturaleza. Sin embargo, su aprovechamiento con el objeto de alcanzar un acceso de carácter recreacional ha sido mayormente ignorado, aduciéndose como excusa la barrera infranqueable del derecho de propiedad. En algunas jurisdicciones, el conflicto anterior se ha resuelto mediante la introducción de un derecho de acceso público a la naturaleza, logrando establecer un balance adecuado entre los intereses de propietarios y de las personas que tienen interés de acceder a sus inmuebles.

El presente documento busca indagar acerca de la compatibilidad de nuestro sistema de propiedad con un derecho de acceso público a la naturaleza tal como está configurado en Suecia, Noruega e Inglaterra. Para ello, se tomará como punto de partida dichos sistemas, explorando sus fuentes, matices y alcances, para luego ahondar en la configuración del derecho de propiedad en nuestro Código Civil, en particular respecto a su atributo de exclusividad. A partir de sus excepciones, se explorarán las distintas herramientas que plantea nuestro ordenamiento jurídico privado para dar un primer paso en la evaluación de la problemática del derecho de acceso público a las montañas.

Palabras Clave: Montañas; Recreación; Propiedad; Exclusividad; Derecho Civil; Derecho de acceso público a la naturaleza.

Introducción

El régimen de propiedad y la regulación de las montañas ha suscitado poco interés entre los tratadistas nacionales. Dejando de lado asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales y la preservación de áreas silvestres, la dogmática local no se ha preocupado de tratar la importancia que poseen las zonas cordilleranas como lugares de recreación y esparcimiento, merecedoras de un tratamiento jurídico propio.

Particularmente en Chile, país donde más del 60% del territorio nacional es de carácter montañoso¹, la ausencia de este enfoque sobre la cordillera es preocupante. A pesar de la importancia histórica y cultural que tiene la Cordillera de los Andes², existen escasas iniciativas legales³ que buscan aprovechar las montañas como lugares de aprovechamiento deportivo^{4,5}.

Con el aumento sostenido del PIB per cápita de nuestro país, no es de sorprender que en los últimos años haya aumentado el flujo de visitantes a zonas de la Cordillera, tanto para efectos de practicar montañismo, senderismo, esquí de travesía, y la escalada en todas sus disciplinas; como también para simplemente escapar del tedio de la vida diaria⁷. En una población como la nuestra con altas tasas de sedentarismo⁸, el aprovechamiento de las montañas como lugares de sano esparcimiento puede revertir esta tendencia y fomentar una revolución tanto en nuestra cultura y estilo de vida⁹. En efecto, las montañas permiten un ejercicio casi ilimitado de autonomía individual, como también en la generación de lazos de comunidad¹⁰. Por estos

¹ FAO (2012). *Diagnóstico Nacional de Montaña. Fortalecimiento de la gestión participativa para el desarrollo sostenible de los Andes*. pp. 4-5.

² Un ejemplo particularmente evidente es el cuarto verso de la primera estrofa de nuestro himno nacional.

³ Véase el Decreto N°6.258 de 27 de noviembre de 2017 de la Municipalidad de Pinto, que Aprueba Ordenanza Municipal que regula la visitación responsable y protección del medioambiente de la zona.

⁴ Véase el Boletín Legislativo N°6840-12, proyecto que Regula el acceso a valles de la Cordillera de los Andes y áreas silvestres protegidas. Véase también el Decreto N°108 del Ministerio de Relaciones Exteriores que crea el Comité Nacional de Montaña, publicada en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 2014.

⁵ Un caso paradigmático es el ocaso del proyecto Sendero de Chile, iniciado por el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar el año 2001. Hoy en día, sólo cuenta con 1500 km habilitados de sendero, lejos de los 6500 km contemplados a tener entregados el año 2010. Fundación Sendero de Chile (2018). *Nuestra Historia*. Santiago, Chile: Fundación Sendero de Chile. Recuperado de <https://www.fundacionsenderodechile.org/losorigenes>. Consultado el 25 de enero 2019, 17:32.

⁶ En la Resolución Exenta N° 256/09, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana de fecha 30 de marzo de 2009, se estipula expresamente en el considerando 6.3.2 que la obra del Proyecto Altomaipo en el Sector Alto Volcán "(...) no interrumpirá el acceso o recorrido de la zona, por parte de montañistas profesionales, aficionados, o visitantes."

⁷ MCNEISH, Wallace, y OLIVIER, Steve (2017). *Contracting the Right to Roam*. En K. Spracklen et. al. (Ed.), *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Londres: Palgrave Macmillan, pp. 290-292.

⁸ MINISTERIO DEL DEPORTE (2015). *Encuesta Nacional de Hábitos de Actividad Física y Deportes 2015 en la población de 18 años y más*. Santiago: Ministerio del Deporte. pp. 31 y ss.

⁹ ILGUNAS, Ken (2018). *This land is our land. How we lost the right to roam and how to take it back*. Nueva York: Penguin Random House LLC, pp. 12-17.

¹⁰ Véase los excelentes libros *Annapurna: el primer Ochomil* de Maurice Herzog; *Mi Mundo Vertical*, de Jerzy Jurek Kukuczka; y *Espíritu Libre. Vida de un Escalador* de Reinhold Messner.

motivos, se trata de un espacio que el Derecho debe regular de manera inteligente y no paternalista.

Sin embargo, dado el tratamiento dispar que poseen las montañas en nuestra legislación, muchos deportistas profesionales y *amateurs* se encuentran con infranqueables cercos que impiden el acceso a valles de gran extensión en la zona centro, y a volcanes en la zona sur¹¹. En otros casos, las barreras son económicas, con propietarios cobrando por el derecho de paso¹². Además, también existe una tendencia de los organismos administrativos a denegar el acceso a zonas cordilleranas aduciendo el riesgo inherente a actividades de montaña, entre otros. En definitiva, la asociación de la idea de propiedad con un derecho preferente de *exclusión*¹³ es lo que ha posibilitado la situación actual en nuestras zonas andinas.

A estas alturas, es imposible no contrastar la situación de la regulación de las montañas con la situación del acceso a las playas, ríos y lagos. El Decreto Ley (DL) N°1.939 de 1977, sobre Normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado ya reconocía la importancia de contar con vías de acceso que permitieran a la ciudadanía aprovechar dichos bienes nacionales de uso público¹⁴. Sin eliminar del todo el poder de exclusión que corresponde a los propietarios, este cuerpo legal simplemente establece una obligación genérica e indeterminada de contar con un acceso peatonal gratuito a las playas, debido a su carácter de bien nacional de uso público, lo que justifica este tratamiento especial.

¹¹ DONOSO, Cristián. (2009). *Chile, el país de las montañas prohibidas*. Santiago, Chile: Libertades Públicas. Recuperado de <http://www.libertadespublicas.org/?p=1534>.

¹² GASCO GLP S.A (2019). *Protocolo para solicitar acceso al Volcán Maipo – Fundo Cruz de Piedra*. Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.empresasgasco.com/wp-content/uploads/2019/02/PROTOCOLO-ACCESO-FUNDO-CRUZ-DE-PIEDRA-versio%CC%81n-2019-.pdf>.

¹³ KATZ, Larissa. (2008). *Exclusion and Exclusivity in Property Law*. University of Toronto Law Review, 58 N°3. p. 277.

¹⁴ MÍGUEZ, Miguel. (2014). *De las Cosas Comunes a Todos los Hombres. Notas para un Debate*. Revista Chilena de Derecho, 41 N°1, pp. 27-36.

El DL N°1.939 no es un caso aislado en nuestra legislación. En el Código Minero¹⁵¹⁶, Código Civil¹⁷¹⁸ y otras leyes especiales, nuestro legislador ha impuesto limitaciones al dominio con el fin de satisfacer necesidades de utilidad pública y privada, mediante la afectación de la facultad de exclusión que poseen los propietarios.

Con estos casos en mente, cabe preguntarse si acaso no es razonable contar con herramientas jurídicas que garanticen el acceso a los macizos cordilleranos. En efecto, se trata en general de grandes extensiones de tierra que tienen un escaso valor de uso para parte de sus propietarios, cuyo valor económico radica más bien en su riqueza mineral que en su valor visual y deportivo. Ante esta situación, cabe preguntarse ¿No será acaso razonable permitir un acceso público a zonas de la cordillera para aprovechar su valor recreacional y estético? Y enseguida, ¿Si las playas merecen un acceso gratuito para la ciudadanía, por qué no extender dicho beneficio a las montañas?

En definitiva, lo que está en juego es el acceso a bienes que la economía califica como bienes públicos. Dicha ciencia ofrece una aproximación al problema mediante los conceptos de rivalidad y exclusividad – si un bien es no rival, entonces el aprovechamiento de una persona de dicho bien no disminuye su disponibilidad a terceros, mientras que la no exclusividad implica que no es posible denegar acceso a su provecho¹⁹. Es indiscutible que las montañas, hasta cierto punto, son bienes claramente no rivales, pues el goce de una persona no limita el goce de otra. En cuanto a su no-exclusividad, esta vendría a depender del régimen de dominio en cuestión. Una aproximación al concepto de propiedad que se aleja de la exclusión en términos puramente

¹⁵ Artículo 14 Código de Minería – “*Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales. Los perjuicios que se causen con motivo del ejercicio de esta facultad deberán indemnizarse. El juicio respectivo se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 233.*”

¹⁶ Artículo 15 Código de Minería – “*Se podrá catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño.*

En los demás terrenos, será necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o de su tenedor. Cuando el dueño sea la Nación o la Municipalidad, el permiso deberá solicitarse del gobernador o alcalde que corresponda.

En los casos de negativa de la persona o funcionario o a quien corresponda otorgar el permiso, o de obstáculo al ejercicio de la facultad señalada en el inciso primero, podrá ocurrirse al juez para que resuelva.

Con todo, tratándose de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales, sólo el dueño podrá otorgar el permiso.”

¹⁷ Artículo 620 Código Civil – “*Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo hagan sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas.”*

¹⁸ Artículo 828 Código Civil – “*El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.”*

¹⁹ MANKIW, Gregory. (2012). *Principios de Economía*. México D.F: Cengage Learning Editores, pp. 217-218.

físicos es fundamental para poder contar con limitaciones al dominio²⁰, tal como sería un acceso público y gratuito a las cumbres.

En el derecho comparado la discusión respecto de la exclusividad del dominio ha suscitado un gran interés en el último lustro, especialmente a partir de la promulgación del *CROW Act* en Inglaterra y Gales el año 2000²¹, y su símil en Escocia con la *Land Reform Act* del año 2003²². A modo general, podemos señalar que ambos poseen su inspiración en la institución del *Allemansrätten* de los países nórdicos, que permite el libre tránsito de personas por propiedad privada para fines recreacionales.²³ En dichos sistemas, lo que se consagra en definitiva es lo que se ha llamado *the right to roam* (RTR), algo así como el derecho de paso inocente, tal como da cuenta Jerry Andersen:

*“El derecho de acceso público a la naturaleza, sin embargo, no está limitado a transitar por senderos. El alcance de este derecho es mucho más amplio, permitiendo al público transitar libremente sobre praderas u otras tierras particulares incultas. Bajo un derecho de acceso público a la naturaleza, una familia podría elegir un lugar sobre un acantilado u monte para una comida campestre, en contraste, una servidumbre de paso es solamente para el tránsito.”*²⁴

En paralelo a este modelo de acceso a la naturaleza, se encuentra el régimen norteamericano, basado mayormente en la existencia de Parques Nacionales²⁵. Dado el carácter casi inviolable que adquiere la propiedad en dicha jurisdicción²⁶, las posibilidades de introducir con éxito un modelo de acceso al estilo de un RTR es extremadamente lejano²⁷.

En principio, uno se inclinaría a pensar que, en base a la tradición continental de nuestro ordenamiento jurídico, en Chile sería inadmisibles contar con un derecho de acceso público de

²⁰ FENNELL, Lee Anne (2019). *Property beyond exclusion*. William & Mary Law Review, *forthcoming* 61, pp. 34-36.

²¹ *Crown Rights of Way Act*, UK, 2000. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/37/contents>. Última visita realizada el 25/1/2019, 10:05

²² *Land Reform Act*, Escocia, 2003. Consultado en <https://www.legislation.gov.uk/asp/2016/18/contents>. Última visita realizada el 25 de enero 2019, 10:10.

²³ NATURVARDSVERKET (2017). *Right of public Access – a unique opportunity*. Estocolmo, Suecia: Naturvardsverket. Recuperado de <http://www.swedishepa.se/Documents/publikationer6400/978-91-620-8522-3.pdf?pid=4204>, consultado el 8 de enero 2017, 13:01.

²⁴ ANDERSON, Jerry. (2007). *Britain's Right to Roam: Redefining the Landowner's Bundle of Sticks*. Georgetown International Environmental Law Review, 19. P. 380-381. Traducción personal del autor - “*A right to roam, in contrast, is not limited to a specific path. Instead, the right to roam gives much broader access, allowing the public to wander freely over private meadows or other uncultivated private lands. Under a right to roam, a family could pick a spot on top of an escarpment or mountaintop and spread out a blanket for a picnic lunch; in contrast, a footpath easement is for travel only*”.

²⁵ KENLAN, Peter. (2016). *Maine's Open Lands: Public use of private land, the right to roam, and the right to exclude*. Maine Law Review, 68 N°1. pp. 192-194.

²⁶ ANDERSON *Op. cit.*, p. 426.

²⁷ ANDERSON *Op. cit.*, pp. 417-418.

dichas características. La realidad apunta que nuestro país, tal como EEUU, optó por establecer el acceso a la naturaleza mediante la existencia de áreas silvestres protegidas (ASP) administradas por órganos del Estado²⁸.

El derecho de acceso público a las montañas y naturaleza es mucho más amplio de lo que sugiere su nomenclatura. Dichas reglas no solamente buscan garantizar y proteger el acceso a las cumbres cordilleranas, sino que, además, busca ampliar el acceso del público a otros sitios de interés en zonas de montaña, tales como valles, quebradas, humedales, y otros lugares más de interés recreacional, deportivo y/o científico.

Nuestra posición en la materia es que el modelo de propiedad privada plasmado en el Código Civil Chileno es compatible, previa reforma legal, con un derecho de acceso público a las montañas y naturaleza, tal como está planteado en ciertas legislaciones de Europa.²⁹

En lo que sigue, se tratará de examinar exhaustivamente el tratamiento de nuestro legislador civil hacia las montañas y su aprovechamiento³⁰. En el Capítulo 1 se revisará y clasificará los regímenes de acceso público extranjero, para tener una noción básica de los bienes jurídicos involucrados y el alcance de dicho derecho de acceso. Luego, en el Capítulo 2 volveremos al derecho nacional para hacer un breve estudio respecto del régimen normativo aplicable a las montañas, con énfasis en su régimen de propiedad. En el Capítulo 3 se hará un examen crítico de la situación del derecho real de propiedad sobre bienes inmuebles, prestando especial atención a facultad de exclusión que éste confiere, sus excepciones, y las posibles soluciones al problema del acceso a la naturaleza que podemos encontrar en el Código Civil. El Capítulo 4 trata sobre las matrices y principios que debería tener un proyecto de acceso a las montañas, junto con revisar el contenido de los proyectos legislativos presentados hasta hoy en Chile.

²⁸ Es importante notar que existen muchas iniciativas de preservación de naturaleza en manos de privados, como sería el Parque Tantauco, en Chiloé, y los numerosos parques administrados por la Fundación Tompkins. En Chile, el marco normativo para las áreas protegidas se encuentra radicada en la Ley N° 18.362, que crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado, y la Ley N° 18.348, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables.

²⁹ El derecho de acceso público a las montañas nos obliga a realizar profundas reflexiones en múltiples áreas del derecho. Por razones conceptuales, este trabajo se enmarca desde una óptica de derecho privado, y en particular, desde el enfoque de la propiedad privada. A pesar de la suprema importancia que posee en este tema, solo se verán tangencialmente asuntos relacionados con la responsabilidad civil, protección ambiental y regulación administrativa que puede suscitar la problemática del acceso a las montañas.

³⁰ Si bien las iniciativas legales que puedan surgir en esta materia pueden tener un efecto importante en cuanto a la apertura de bienes al goce del público, no se puede desconocer la importancia que tiene la ampliación de la infraestructura pública en cuanto a la apertura de nuevas vías terrestres y de comunicación por las zonas de montaña como una manera efectiva de ampliar el acceso público a las montañas.

Finalmente, en las conclusiones se defenderá la necesidad de contar con un derecho de acceso de acceso público a las montañas y naturaleza.

Capítulo 1 - El acceso a la naturaleza en el Derecho comparado

1.1 Preludio y rasgos de familiaridad

El Derecho comparado europeo es nutrido en modelos legislativos que aseguran a toda persona el acceso no tan solo a las montañas, sino además a la naturaleza entendido en términos amplios. Cada legislación posee sus propios caracteres, y tienden a recoger la tradición cultural y legal de sus respectivos países, tal como plantea Gorovitz:

*“Europa parece dividida en su enfoque por su historia legal y cultural. Los países nórdicos, con una fuerte cultura y tradición de responsabilidad individual y ambiental, adhieren al concepto de acceso público. Los países alpinos también tienen una fuerte tradición de acceso a bosques y pastizales andinos para la práctica del senderismo y otros deportes al aire libre. Estos países valoran el acceso público, pero tienen reglas codificadas regulando el uso responsable de este acceso en términos del resguardo de la privacidad y derechos del propietario, y protección del suelo y del medioambiente.”*³¹

En general, todos los países que contemplan un RTR tienen los siguientes elementos nucleares³²:

- i. Garantizan, como mínimo, el acceso *peatonal* a propiedades fuera del área urbana;
- ii. Los suelos son calificados jurídicamente para determinar su acceso público;
- iii. Permiten el paso por propiedad privada *sin pedir autorización al dueño*;
- iv. Establecen normas de responsabilidad para los usuarios, y ciertos deberes para los propietarios³³;
- v. Existe una disminución de los estándares de cuidado que debe el propietario a los visitantes, que son responsables de su propio actuar; y

³¹ GOROVITZ, Heidi. (2011). *Public Access to Private Land for Walking: Environmental and Individual Responsibility as Rationale for Limiting the Right to Exclude*. The Georgetown International Environmental Law Review, 23, p. 261. Traducción personal del autor - “(...) Europe seems divided in approach by its legal and cultural history. Nordic countries, with a strong culture and tradition of environmental and individual responsibility, embrace concepts of public access. Alpine countries also have a strong tradition of access to forests and alpine pastures for hiking and outdoor recreation. These countries value access, but have codified rules regarding responsible use of that access in terms of privacy and right of the landowner, and protection of the land and environment.”

³² A propósito, véase ANDERSON, Jerry. (2007). *Britain's Right to Roam: Redefining the Landowner's Bundle of Sticks*. Georgetown International Environmental Law Review, 19, 375-435; SAWERS, Brian. (2011). *The Right to Exclude from Unimproved Land*. Temple Law Review, 83, 665-696; LOVETT, John. (2010). *Progressive Property in Action: The Land Reform (Scotland) Act 2003*. Nebraska Law Review, 89, 739-818 y PERLE, Judith. (2015). *The Invisible Fence: An Exploration of Potential Conflict between the Right to Roam and the Right to Exclude*. Birkbeck Law Review, 3, 77-102.

³³ Para efectos de claridad en lo que sigue, todas las alusiones a propietarios se hacen extensibles también a toda persona que en virtud de un hecho o derecho se encuentre en una posición semejante al propietario; tal como quien sea poseedor de un inmueble, el que posea un derecho de usufructo respecto de un inmueble, el propietario fiduciario, el comodatario, el arrendatario y meros tenedores precarios de inmuebles.

vi. Establecen mecanismos para el resguardo de la privacidad de los propietarios³⁴.

1.1.1 Las familias geográficas

A modo preliminar, se puede realizar una distinción entre los sistemas de (i) Escandinavia, (ii) Europa continental y (iii) el mundo anglosajón.

- i. Por una parte, el modelo nórdico tiene una extensa trayectoria histórica, y en su mayoría, son normas de carácter consuetudinarias. Además, es en estos países donde la regulación se presenta con mayor generosidad para los usuarios, en términos de derechos y terrenos accesibles; lo anterior debido en parte al escaso nivel de conflictos relativos a la propiedad y a la baja densidad poblacional³⁵. En Suecia y Finlandia, el derecho de acceso público se encuentra consagrado en sede constitucional, aunque las normas que regulan su ejercicio son de carácter consuetudinario. El modelo de Noruega está contenido en un estatuto del año 1957, y puede considerarse *levemente* menos liberal en su régimen³⁶.
- ii. Los sistemas de Europa continental tienen sus orígenes en el siglo XX, concentrándose en Suiza³⁷ y Austria³⁸. La regulación es más restrictiva que en Escandinavia, y tiende a privilegiar la posición del propietario frente al usuario³⁹.

³⁴ Acerca de la importancia de la privacidad en el derecho de propiedad, véase BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon (2018). *Property as the Right to Be Left Alone*. University of Pennsylvania Law Review, *forthcoming*, pp. 4-11.

³⁵ GOROVITZ *Op. cit.*, p. 223.

³⁶ GOROVITZ *Op. cit.*, pp. 232-234.

³⁷ ZGB (Código Civil Suizo). Disponible en <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html#a699>, consultado el 31 de julio de 2019 a las 12:42. Traducción del Consejo Federal del gobierno de Suiza. Artículo 699 ZBG - "(Right of access and to ward off danger). 1. Any person has the right to enter woodlands and meadows and to gather wild berries, fungi and the like to the extent permitted by local custom except where the competent authority enacts specific limited prohibitions in the interests of conservation.

2. Cantonal law may enact more detailed regulations on access to land owned by others for the purposes of hunting and fishing."

³⁸ Forstgesetz 1975 (Ley de Bosques de 1975 de Austria). Disponible en <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010371>, consultado el 31 de julio a las 12:55. § 33. "(1) Jedermann darf, unbeschadet der Bestimmungen der Abs. 2 und 3 und des § 34, Wald zu Erholungszwecken betreten und sich dort aufhalten.

(2) Zu Erholungszwecken gemäß Abs. 1 dürfen nicht benützt werden:

a) Waldflächen, für die die Behörde ein Betretungsverbot aus den Gründen des § 28 Abs. 3 lit. d, § 41 Abs. 2 oder § 44 Abs. 7 verfügt hat,

b) Waldflächen mit forstbetrieblichen Einrichtungen, wie Forstgärten und Saatkämpfe, Holzlager- und Holzausformungsplätze, Material- und Gerätelagerplätze, Gebäude, Betriebsstätten von Bringungsanlagen, ausgenommen Forststraßen, einschließlich ihres Gefährdungsbereiches,

c) Wiederbewaldungsflächen sowie Neubewaldungsflächen, diese unbeschadet des § 4 Abs. 1, solange deren Bewuchs eine Höhe von drei Metern noch nicht erreicht hat.

(3) Eine über Abs. 1 hinausgehende Benutzung, wie Lagern bei Dunkelheit, Zelten, Befahren oder Reiten, ist nur mit Zustimmung des Waldeigentümers, hinsichtlich der Forststraßen mit Zustimmung jener Person, der die Erhaltung der Forststraße obliegt, zulässig. Das Abfahren mit Schiern im Wald ist im Bereich von Aufstiegshilfen nur auf markierten Pisten oder Schirouten gestattet. Schilanglaufen ohne Loipen ist unter Anwendung der nötigen Vorsicht gestattet; eine darüber hinausgehende Benutzung des Waldes, wie das Anlegen und die Benutzung von Loipen, ist jedoch nur mit Zustimmung des Waldeigentümers gestattet. Eine Zustimmung kann auf bestimmte Benützungsarten oder -zeiten eingeschränkt werden. Sie gilt als erteilt, wenn die Zulässigkeit der Benützung und deren Umfang im Sinne des § 34 Abs. 10 ersichtlich gemacht wurde (...)."

³⁹ GOROVITZ *Op. cit.*, pp. 255-257.

- iii. En el sistema anglosajón se presenta una dualidad muy interesante, pues si bien los sistemas de Inglaterra y Escocia entraron en vigor en el siglo XXI, el modelo inglés es muchísimo más parco y restrictivo que el sistema escocés, en términos de las actividades permitidas y las zonas disponibles para su ejercicio. Además, el sistema presente en Inglaterra, Gales y el Norte de Irlanda tiene como uno de sus objetivos extender los senderos históricos ya lentamente recuperados por las asociaciones civiles a lo largo de décadas de lucha legislativa. Comparten el excesivo protagonismo de los órganos y agencias estatales, tanto para la determinación de las tierras accesibles, como para la confección de mapas para los visitantes⁴⁰.

1.1.2 Una propuesta de clasificación

Con estas pequeñas disquisiciones, no queda duda que el RTR y su consagración legislativa en el ámbito europeo se ajusta a las realidades de cada Estado. Así, podemos realizar una clasificación de los modelos según como desplaza el *cerco de la facultad de exclusión en el dominio* en favor de los usuarios o de los propietarios. Esto es, como se resuelve el conflicto de intereses entre los dueños – que buscan mantener la integridad de su propiedad, esencialmente en su carácter exclusivo – y los no-dueños – quienes están principalmente interesados en fines de recreación y no en disputar el dominio del dueño⁴¹.

- i. Los sistemas de régimen abierto negativo: se trata de aquellos sistemas donde la facultad de exclusión que confiere la propiedad cede en favor del acceso a la naturaleza para los ciudadanos y residentes de los respectivos Estados. Los sistemas abiertos son aquellos que entregan mayores derechos a los visitantes de los predios, sin quitar del todo la protección jurídica que compete al propietario. Son sistemas negativos, en cuanto el derecho de acceso público está construido en base a prohibiciones repartidas por el ordenamiento jurídico. Entre ellos, podemos contar los ordenamientos de Suecia y Finlandia, donde el derecho de acceso público cobra el carácter de un derecho público subjetivo, consagrado como garantía fundamental, pero regulado por normas consuetudinarias.
- ii. Los sistemas de régimen abierto positivo: En estos modelos, su esencia se encuentra en la positivización de las normas que establecen los dominios susceptibles del ejercicio del RTR,

⁴⁰ GOROVITZ *Op. cit.*, pp. 240-241.

⁴¹ ANDERSON *Op. cit.*, pp. 376-377.

junto con establecer códigos de conducta para los usuarios. Tienden a ser menos puros que los sistemas consuetudinarios, en cuanto al catálogo de actividades que pueden realizar los usuarios, y tienden a concentrar una participación más activa de la administración estatal⁴² para su control y regulación. Entre estos modelos, podemos encontrar los ordenamientos de Escocia y Noruega.

- iii. Los sistemas de régimen mínimo: Lo característico de esta agrupación de legislaciones es que garantizan un acceso limitado, tanto en cuanto a actividades como a terrenos accesibles, para los usuarios. Los propietarios gozan de mayores prerrogativas para la protección del dominio⁴³; y el grado de suelos accesibles por el ejercicio del derecho es mucho menor⁴⁴. En esta categoría entra el modelo del Reino Unido.

En lo sigue, se realizará un breve examen del cuerpo legal de algunos de estos sistemas, con un enfoque en (i) las fuentes jurídicas del derecho de acceso público, (ii) las fórmulas para la calificación de la propiedad, (iii) los derechos y responsabilidades que competen a los usuarios, (iv) la protección dispensada a los propietarios y (v) algunas particularidades individualmente consideradas.

Para ello, se han elegido los sistemas más representativos de cada familia geográfica. En el apartado (a) se examinará la situación de Suecia, país que representa de manera más fiel la cultura de los accesos abiertos al público, destacándose por su dispersión normativa y la importancia de las normas de carácter consuetudinaria. Luego, se analizará el caso de (b) Noruega, país que codificó su régimen de acceso público que no varía sustancialmente del modelo sueco, pero contempla adecuados resguardos para proteger al propietario y el entorno natural. Finalmente, se examinará el caso de (c) Inglaterra, cuyo sistema de accesos, a pesar de ser más limitado, contempla una fuerte interferencia de los órganos del Estado, además de significar una verdadera revolución en cuanto a la concepción tradicional del derecho de propiedad en el mundo anglosajón.

⁴² En Noruega, el *Outdoor Recreation Act* de 1957 contempla en su sección 21, que son competentes a) El Ministerio de Clima y Medioambiente; b) el Directorio; c) el Gobernador del Condado; d) el municipio del condado, y e) el municipio.

⁴³ GOROVITZ *Op. cit.*, pp. 232-234.

⁴⁴ ANDERSON *Op. cit.*, p. 406 señala que aproximadamente se ha abierto en torno al 12% del suelo para el ejercicio del derecho de acceso público.

1.2 El modelo sueco: la tradición de *allemansträtten*

El derecho de acceso público a la naturaleza en Suecia es el más liberal de todos en el ámbito comparado. Combinando consideraciones de responsabilidad individual y ambiental⁴⁵, el sistema tiene su consagración en sede constitucional, y agota sus normas de conducta en un par de disposiciones dispersas en el Código Penal y en reglas de carácter consuetudinaria, sistematizadas por la Agencia Ambiental de Suecia.

Siguiendo a Gorovitz⁴⁶, es fundamental tener en cuenta que dicho país tiene una historia de una reducida tasa de conflictos relativos a la tenencia de propiedad, en relación con sus vecinos anglosajones y continentales. En efecto, la clase campesina siempre mantuvo grados elevados de participación en la propiedad de la tierra y alta participación en la institucionalidad política, pues el país nunca adoptó el modelo feudal. Además, la baja densidad poblacional y el firme arraigo en la identidad nacional del acceso a la naturaleza son elementos ineludibles del análisis de la situación de Suecia. A través del diálogo y el respeto a la institucionalidad, se preservaron muchos de los derechos medievales sobre la tierra común, muchos de los cuales se mantienen en la versión actual de *allemansträtten*.

En palabras de la Profesora Gorovitz;

*“Los suecos tienden a ver el derecho de acceso público a la naturaleza arraigado en su patrimonio cultural, y lo consideran casi un símbolo nacional. En parte porque el allemansträtten nació a partir de ideas y costumbres históricas (es a veces llamado el “Viejo Hábito”), nunca ha surgido un concepto definitivo de esta práctica, y los ciudadanos se rigen por las normas de la costumbre. Así, el allemansträtten se convirtió en un concepto de común acepción, cuya aplicación varía conforme a las prácticas regionales (...) Parecería tratarse de un concepto inmaterial, pues por motivos prácticos el concepto se ha mantenido sin codificación legal. Los suecos no conciben el allemansträtten en términos conceptuales. Más bien, lo conciben como algo más holístico, como el aire que respiramos.”*⁴⁷

⁴⁵ GOROVITZ *Op. Cit.*, pp. 226-227.

⁴⁶ GOROVITZ *Op. Cit.*, p. 223.

⁴⁷ GOROVITZ *Op. Cit.*, p. 224 – traducción personal del autor: “Swedes tend to see the right of access as an entrenched part of their cultural heritage and view it as almost a national symbol. In part because Allemansrätt may have grown out of historical ideas and customs (it is sometimes called the “Old Habit”), citizens understood the customs and no precise definition emerged. Instead, Allemansrätt became a commonly understood concept, interpreted in slightly different ways in different regions (...) It appears to be immaterial, for practical purposes, that the term has remained undefined by law. Swedes do not seem to think of Allemansrätt in terms of a definition. They think of it as something more holistic, like the air we breathe.”

El criterio vector para regular el comportamiento de los usuarios es uno de respeto al propietario, al suelo y al medioambiente. La privacidad es resguardada mediante la prohibición de acceder a las cercanías al lugar destinado a la habitación, y las actividades de más alto impacto tienden a ser más limitados en cuanto a su ejercicio.

1.2.1 Fuentes normativas

1.2.1.1 La Constitución de 1974⁴⁸

El punto de partida para la existencia de un derecho público de acceso de carácter universal es el artículo 18 del Capítulo II de la Constitución Política⁴⁹. Ubicada en el catálogo de derechos fundamentales, la norma configura la garantía de protección del Derecho a la Propiedad, estableciendo la función social de la propiedad, en su inciso primero y luego la exigencia de compensación en caso de expropiación o severa limitación a las facultades del propietario.

El inciso tercero consagra el acceso público universal a la naturaleza, que podrá ser ejercido por cualquier persona, y deberá ser soportado por el propietario. Siguiendo a Gorovitz, la propiedad privada y el derecho de acceso público son instituciones completamente autónomas, a pesar de las limitaciones que puede significar su ejercicio para las facultades de los propietarios⁵⁰.

Con esta formulación, el acceso a la naturaleza adquiere el carácter de un derecho fundamental. En base a su redacción, se ha entendido que este derecho puede ser ejercido tanto por nacionales como por residentes y extranjeros. Correlativamente, el derecho de acceso implica un gravamen de carácter real para los propietarios que deberán cargar con el ejercicio de tales derechos sin derecho a compensación alguna, salvo que se configure alguna de las causales establecidas en la Carta Fundamental, o bien por las causales establecidas en el derecho común.

⁴⁸ CONSTITUTE PROJECT ORGANIZATION (2018). *Sweden's Constitution of 1974 with Amendments through 2012*. Nueva York, EEUU: Constitute Project. Recuperado de https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012.pdf?lang=en, consultado el 25 de enero 2019, 14:11.

⁴⁹ Artículo 18, Cap. II Constitución Política de Suecia Artículo 18 – “*The property of every citizen shall be so guaranteed that none may be compelled by expropriation or other such disposition to surrender property to the public institutions or to a private subject, or tolerate restriction by the public institutions of the use of land or buildings, other than where necessary to satisfy pressing public interests (...)*”

There shall be access for all to the natural environment in accordance with the right of public access, notwithstanding the above provisions.”

⁵⁰ GOROVITZ *Op. cit.*, p. 216.

1.3.1.1 El Código Ambiental⁵¹

La sección primera del capítulo séptimo del Código Ambiental⁵² establece que la persona que ejerza el derecho de acceso público deberá ejercerlo con debido cuidado y consideración hacia la propiedad y el medioambiente. Si bien el Código no trata las obligaciones particulares que conlleva el ejercicio de este derecho, se desprende el principio de que éste jamás puede causar lesión al propietario y al entorno natural.

1.2.1.2 El Código Penal⁵³

En las normas del Código Penal, se pueden identificar algunas de las reglas de comportamiento que involucra el derecho de *Allemansrätten*, especialmente aquellas relativas al resguardo del derecho de los propietarios y respecto al cuidado del suelo y medioambiente.

La primera regla que nos interesa es aquella del Capítulo 4, Sección 6 del Código⁵⁴, que establece, en su inciso primero, la prohibición de invadir o permanecer en lugares destinados por su dueño a la habitación. Dicha norma, ubicada dentro de los delitos y crímenes contra la paz y libertad, es fundamental pues permite entender (i) el alcance del derecho a pernoctar en propiedad ajena y (ii) el resguardo a la privacidad en el ejercicio del *Allemansrätten*.

Respecto del derecho a pernoctar, lo que se prohíbe es la invasión con fines posesorios, esto es, con la intención de hacerse dueño del inmueble mediante la expulsión del dueño. Por ello la norma utiliza el vocablo *permanecer*, que evoca estabilidad en el tiempo, en oposición a la idea de pernoctar, que corresponde a un gravamen que debe soportar la propiedad en virtud de la Carta Fundamental. *Negativamente*, el Código Penal establece el derecho de los visitantes a pernoctar por un breve lapso temporal⁵⁵.

En cuanto al resguardo a la privacidad de los propietarios, la norma identifica como una *intrusión ilegal* la entrada a los sitios destinados a la habitación de los propietarios. Tal como

⁵¹ MILJÖ- OCH ENERGIDEPARTEMENTET (2000). *Swedish Environmental Code*. Estocolmo, Suecia: Regeringskansliet. Recuperado de <https://www.government.se/49b73c/contentassets/be5e4d4ebdb4499f8d6365720ae68724/the-swedish-environmental-code-ds-200061>. Consultado el 25 de enero 2019, 14:40.

⁵² Sección 1, Cap. VII Código Ambiental Suecia – “Any person who exercises the right of access to private land or is in the countryside for any other reason shall treat it with due care and consideration.”

⁵³ JUSTITIEDEPARTEMENTET (1965). *Swedish Penal Code*. Estocolmo, Suecia: Regeringskansliet. Recuperado de <https://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>. Consultado el 25 de enero 2019, 14:25.

⁵⁴ Sección 6, Cap. IV Código Penal – “A person who unlawfully intrudes or remains where another has his living quarters, whether it is a room, a house, a yard or a vessel, shall be sentenced to a fine for breach of domiciliary peace.

A person, who, without authorisation, intrudes or remains in an office, factory, other building or vessel or at a storage area or other similar place, shall be sentenced for unlawful intrusion to a fine (...).”

⁵⁵ GOROVITZ *Op. cit.*, p. 217.

señala Gorovitz, la norma protege el espacio irreductible de la morada o vivienda – en sueco, el espacio del *tomt*⁵⁶ - donde el propietario siempre mantendrá el derecho a excluir a terceros de su dominio. En este mismo sentido, otra norma que refuerza la protección del *tomt* es la Sección 4 del Capítulo 12 del Código⁵⁷. Esta regla, ubicada dentro del capítulo de los delitos de daño contra la propiedad, establece no sólo la prohibición de utilizar el derecho de acceso para cruzar edificios, sino que extiende esta norma conductual a cultivos y a *cualquier parte del suelo que puede resultar dañada*.

Finalmente, y confirmando la necesidad de equilibrar el derecho de los visitantes con el dominio y la naturaleza, se encuentra la norma de la Sección 2 del Capítulo 12 del Código Penal⁵⁸. La norma prohíbe el arrancamiento con ánimo de apropiación de pastos, árboles, ramas y brotes y materias no preparadas para la construcción, como árboles caídos y piedras. Esta prohibición no se extiende a los productos naturales que ya encuentran en estado de descomposición (palos secos y nueces caídas, por ejemplo).

1.2.2 *Fórmula de calificación jurídica*

Como se ha podido adelantar, el ejercicio del derecho de acceso no es de carácter absoluto, y a partir de las normas esbozadas anteriormente, se puede realizar un bosquejo respecto de las tierras que son susceptibles de su ejercicio.

- i. No se puede ingresar a la morada o los sitios destinados a la habitación del dueño, designadas como el *tomt*. Esta regla tiene su fundamento en la protección de la privacidad del dueño, como también del adecuado resguardo de sus bienes.
- ii. Tampoco se puede acceder a sitios construidos o en construcción, pues puede afectar gravemente los intereses del dueño en cuanto al uso que ha otorgado a dicha porción de su propiedad. La edificación de cercas y portones para encerrar los predios no constituyen una barrera para el ejercicio del *allemansrätt*, a menos que tengan como fin excluir a visitantes de espacios donde exista actual o potencialmente un interés patrimonial que amerite protección.

⁵⁶ GOROVITZ *Op. Cit.*, pp. 217-218.

⁵⁷ Sección 4, Capítulo 12 Código Penal – “A person who unlawfully makes his way across a building lot, a plantation or other land that can be damaged thereby, he shall be sentenced for taking an unlawful path to a fine.”

⁵⁸ Sección 2, Capítulo 12 Código Penal – “(...) A person who in a forest or field unlawfully takes growing trees or grass or from growing trees takes twigs, branches, bark, leaves, bast, acorns, nuts or resin, or takes windfall trees, stone, gravel, sod or similar things not prepared for use, shall be sentenced for trespass (...)”.

- iii. Dicha prohibición, además, se extiende a las zonas cultivadas, pues constituye un uso respecto del cual el dueño legítimamente puede excluir a otros, dado el riesgo de afectación de sus intereses patrimoniales.

Así, el derecho de acceso puede ser ejercido en todo lo que no constituye alguno de los puntos anteriores. La amplitud del *allemansrätt* está íntimamente relacionada con el principio de la autonomía de la voluntad, que solamente sería limitado por el orden público y las buenas costumbres. Correlativamente, le corresponde al dueño soportar las cargas relacionadas con su ejercicio, siempre y cuando no signifiquen un menoscabo para su patrimonio y al medioambiente;

*“Estas restricciones tienen sentido porque las tierras cultivadas están en uso por el propietario, y sería problemático interferir en este uso (...) En los bosques, el público puede recoger flores que no sean especies protegidas, o que estén en zonas de protección ambiental. Pueden recoger frutos, hongos y ramas caídas, excepto aquellas especies protegidas. Esto también es razonable pues las especies protegidas lo son tanto para el público como respecto de propietarios (...) Los terceros tampoco pueden interferir con cualquier actividad económica que destine el propietario a su propiedad (...)”*⁵⁹

1.2.3 Derechos y responsabilidades de los usuarios

Ante la ausencia de normas, la Agencia de Protección del Medio Ambiente ha establecido una guía con las actividades permitidas y prohibidas para los usuarios, que exhaustivamente ha enumerado las actividades permisibles y los límites a su ejercicio⁶⁰.

De esta manera, el derecho de acceso puede ser utilizado para:

- i. Caminar, inclusive con perros;

⁵⁹ GOROVITZ *Op. Cit.*, pp. 226-227. Traducción personal del autor – “*These restrictions make sense because cultivated lands are in use by the land owner, and so it would be disrespectful to disturb them. It could be dangerous to travel across military areas. Non-owners may not cross over fences unless there is a gate that is not locked. This is sensible because if a gate is open, visitors are welcome. In forests, the public may pick flowers that are not protected species or in protected locations. They may pick or collect berries, mushrooms, and fallen branches, except for those that are protected by law, such as the honored and elusive cloudberries. This also is sensible because species protected by law should be protected from all comers, not only from the landowner. Non-owners may not walk through gardens when the landowner’s house can be seen or when there is a fence (even if a gate is open). This would be too great an intrusion into the landowner’s private space. The public can swim or go boating in lakes and rivers and can take water for their own need from springs, lakes, and rivers. And the public may not interfere with any income-generating use of the land in which the landowner is engaged (...)*”.

⁶⁰ NATURVARDsverket (2017). *Right of public Access – a unique opportunity*. Estocolmo, Suecia: Naturvardsverket. Disponible en <http://www.swedishepa.se/Documents/publikationer6400/978-91-620-8522-3.pdf?pid=4204>, consultado el 8 de enero 2017, 13:01.

- ii. Andar en bicicleta;
- iii. Esquiar;
- iv. Desplazarse a caballo;
- v. Escalada;
- vi. Natación;
- vii. Hacer fogatas;
- viii. Pernoctar, hasta por dos noches sin permiso del dueño;
- ix. Recolectar frutos y especies no protegidas por otro estatuto;
- x. Natación y otros deportes acuáticos; y
- xi. Para realizar actividades relacionadas al sector turístico, con fines de lucro.

Siguiendo la necesidad de proteger los intereses económicos del dueño y por motivos de protección ambiental, se prohíbe de manera definitiva la caza y la pesca, además del acceso con vehículos motorizados, sin mediar el permiso del dueño.

1.2.4 Medidas de resguardo para los derechos del propietario

En cuanto a la protección de los derechos del propietario, el sistema sueco no proporciona remedios⁶¹ especiales para los titulares, poseedores o tenedores de la propiedad. Solamente existe la posibilidad de recurrir al estatuto general de responsabilidad extracontractual, lo que ha ocasionado variados problemas, especialmente en cuanto al ejercicio colectivo del derecho de acceso público⁶²; es decir, los casos donde una gran cantidad de personas ingresan a predios con el fin de ejercer el *allemansrätten*. El conflicto se circunscribe a los daños que se siguen, por ejemplo, del ingreso de más de mil personas a un predio, en el entendido que todos ejercen lícitamente su derecho de acceso público, cumpliendo con los usos y prácticas correspondientes. Entre nosotros, se trata de un problema de *titularidad pasiva* de la acción de responsabilidad. Es aquí donde la jurisprudencia de Suecia realiza un distingo: si los daños son consecuencia del ejercicio colectivo *espontáneo* del derecho de acceso público, como sería el caso de muchas personas ingresando a un predio al mismo tiempo; o bien si son consecuencia de un ejercicio colectivo *organizado*, como sería por ejemplo los daños que acarrea la celebración de un festival

⁶¹ A pesar de que el concepto de remedios tiene su mayor aplicación en el área de contratos, se ha preferido utilizar esta nomenclatura pues ambos refieren al ámbito de *protección inmediata de los intereses de los titulares de un derecho*.

⁶² GOROVITZ *Op. cit.*, pp. 228-229.

o evento deportivo⁶³. La jurisprudencia ha fallado que, en los casos de invasión masiva organizadas, es posible la acción de indemnización de perjuicios dirigida contra el gestor de la actividad.

1.2.5 Particularidades del derecho de acceso público en Suecia

Como se había anticipado, el modelo de acceso público universal de Suecia contempla expresamente la licitud de su ejercicio por parte de multitudes de personas al mismo tiempo, sobre un mismo predio. Estas invasiones, tanto aquellas de carácter espontáneo como comercial, son plenamente lícitas bajo el modelo del *allemansträtten*.

El ejercicio del derecho de acceso público con fines de lucro es lícito al no existir una prohibición expresa en tal sentido por parte de la legislación; siempre y cuando se respeten los deberes y cargas que conlleva⁶⁴. Este es un tema particularmente sensible, que como pasaremos a analizar, se encuentra especialmente regulado en los sistemas de Noruega y del Reino Unido.

1.3 El modelo noruego: el *Outdoor Recreation Act* de 1957

Tal como se adelantó, el sistema noruego no varía sustancialmente respecto de sus vecinos nórdicos. Su cuerpo normativo es más exhaustivo y claro, procurando establecer de manera equilibrada los derechos de los visitantes, propietarios y el medioambiente.

En términos generales, Noruega también ha tenido una historia de baja densidad poblacional y escasos conflictos relacionados con la propiedad de la tierra, siguiendo la tendencia de la región⁶⁵.

Por último, y tal como el caso de sus vecinos, existe una clara tendencia a resguardar los intereses patrimoniales más directos del propietario. Adelantándose a las problemáticas del *allemansträtten*, la normativa contempla además ciertos casos excepcionales donde sería lícito para el dueño negar el acceso a su propiedad⁶⁶.

⁶³ VALGUARNERA, Filippo. (2013). *Acceso alla Natura tra Ideologia e Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 282.

⁶⁴ VALGUARNERA *Op. cit.*, pp. 281-282.

⁶⁵ PERLE, Judith. (2015). *The Invisible Fence: An Exploration of Potential Conflict between the Right to Roam and the Right to Exclude*. Birkbeck Law Review, 3, pp. 94-95

⁶⁶ GOROVITZ *Op. Cit.*, pp. 233-234.

1.3.2 Fuentes normativas

1.3.2.1 La Constitución de 1814⁶⁷

La autorización general para regular la situación de la preservación de la naturaleza está contenida en el artículo 112 de la Constitución Política de Noruega⁶⁸. Este precepto, establece el derecho al medioambiente, y entrega un mandato a los órganos del Estado para su implementación.

La regla fundamental no concibe la protección al medioambiente únicamente como un fin en sí mismo, sino también como una medida conducente a la salud pública. La vinculación del medioambiente con el bienestar de la nación es un principio fundante del sistema noruego, y como ya veremos, es también una de las bases más importantes detrás del desarrollo del *CROW Act* de Inglaterra.

No existe una garantía fundamental, como en el caso de Suecia, para permitir el acceso a la naturaleza. A partir de la norma del artículo 105⁶⁹ que establece la garantía de la propiedad frente a la expropiación y lo dispuesto en el artículo 112, se establece una autorización genérica para la intervención del legislador en materias de protección al entorno natural, que debe tomar en cuenta (i) su preservación, (ii) su uso a largo plazo, imponiendo deberes de información que recaen sobre la Administración en cuanto a las condiciones del entorno natural y los efectos de proyectos sobre éste.

1.3.2.2 El *Outdoor Recreation Act*⁷⁰

El cuerpo normativo que recoge el derecho de acceso público ha sufrido numerosas modificaciones, tanto en 1989 como en 1996. Sin embargo, dichas reformas no han atacado la parte medular del código, dividido en cinco capítulos relacionados con (I) el concepto de acceso

⁶⁷ CONSTITUTE PROJECT ORGANIZATION (2018). *Norway's Constitution of 1814 with Amendments through 2014*. Nueva York, EEUU: Constitute Project. Recuperado de https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2014.pdf. Consultado el 25 de enero 2019, 14:16. Todas las traducciones de los preceptos constitucionales al inglés que siguen han sido extraídos de este documento.

⁶⁸ Artículo 112, Constitución Política de Noruega – “*Every person has a right to an environment that is conducive to health and to natural surroundings whose productivity and diversity are preserved. Natural resources should be made use of on the basis of comprehensive long-term considerations whereby this right will be safeguarded for future generations as well.*

In order to safeguard their right in accordance with the foregoing paragraph, citizens are entitled to be informed of the state of the natural environment and of the effects of any encroachments on nature that are planned or commenced.

The State authorities shall issue further provisions for the implementation of these principles.”

⁶⁹ Artículo 105 Constitución Política de Noruega – “*If the welfare of the State requires that any person shall surrender his movable or immovable property for the public use, he shall receive full compensation from the Treasury.”*

⁷⁰ KLIMA- OG MILJØDEPARTEMENTET (1957). *Outdoor Recreation Act*. Oslo, Noruega: Statsministerns Kontor. Recuperado de <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/outdoor-recreation-act/id172932/>. Consultado el 25 de enero 2019, 14:33. Todas las traducciones que siguen han sido extraídos de este documento.

público y dónde y cómo se puede ejercer; (II) los deberes que asisten a los visitantes y los derechos de los propietarios; (III) los órganos administrativos competentes y sus funciones; (IV) el caso de las tierras fiscales y los derechos conferidos a ciertos actores colectivos; y (V) sanciones en caso de incumplimiento.

El § 1 del Código⁷¹ establece los fines del sistema, poniendo énfasis en la necesidad de proteger el derecho de acceso público para garantizar las oportunidades de recreación en la naturaleza. La norma explícitamente reconoce la importancia del esparcimiento como un fin deseable para la salud de la población, cuyo ejercicio siempre debe respetuoso de las necesidades del medio ambiente. Los artículos § 2⁷² § 11⁷³ consagran el deber general de cuidado que deben tener los usuarios respecto al propietario y al entorno natural, acudiendo a los conceptos de *consideración* y *debido cuidado* para calificar el estándar exigido a los terceros. Estos principios se encuentran pormenorizados en la regulación de las distintas actividades que se pueden realizar amparados en el acceso público, cuya enumeración en el inciso segundo del § 2 es de carácter abierto y no taxativo.

El ejercicio de las actividades deberá ser siempre a *cuenta y riesgo* del individuo, en conformidad con el inciso final del § 9⁷⁴. A su vez, el propietario siempre cuenta con el derecho a compensación producto de los daños que se siguen por el incumplimiento de las normas del código, según prescribe el § 12⁷⁵.

1.3.3 Fórmula de calificación jurídica

Los artículos § 1, § 2 y § 3⁷⁶ establecen el criterio de calificación jurídica para determinar qué tierras son susceptibles para el ejercicio del derecho de acceso público. En oposición al modelo

⁷¹ § 1. (Purpose of the Act) – “*The purpose of this Act is to protect the natural basis for outdoor recreation and to safeguard the public right of access to and passage through the countryside and the right to spend time there, etc, so that opportunities for outdoor recreation as a leisure activity that is healthy, environmentally sound and gives a sense of well-being are maintained and promoted (...)*”.

⁷² § 2. (Access to and passage through uncultivated land) – “*Any person is entitled to access to and passage through uncultivated land at all times of year, provided that consideration and due care is shown.*

The same applies to access and passage on horseback or with a packhorse, sledge, bicycle or the like on roads and paths across uncultivated land and in all uncultivated mountain areas (...)”.

⁷³ § 11. (Proper conduct and the owner's right to expel persons) – “*Any person who passes through or spends time on another person's property or on the sea off another person's property shall behave considerately and with due care in order not to cause damage or inconvenience for the owner, user or others or damage to the environment. Such persons have a duty to ensure that they do not leave the place in a condition that may be unsightly or lead to damage or inconvenience for any other person (...)*”.

⁷⁴ § 9. (Picnicking and camping) – “*(...) Camping and other forms of access must take place at the person's own risk as regards damage that animals may cause to persons, tents or other property.*”

⁷⁵ § 12. (Compensation for damage or inconvenience) – “*The normal provisions relating to compensation apply to any damage or inconvenience caused by a person during access to or stay on another person's property.*”

⁷⁶ § 3. (Access to and passage through cultivated land) – “*Any person is entitled to access to and passage through cultivated land when the ground is frozen or snow-covered, but not in the period from 30 April to 14 October. However, this right of*

de Suecia, el código establece un sistema binario para determinar la accesibilidad del público, cuyo criterio radica en si la tierra es *cultivada o no cultivada*.

El § 1 ilustra mediante ejemplos el concepto de *cultivo* sin otorgar una definición, fórmula que permite utilizar un criterio de analogía para extender o limitar su aplicación. Como regla de cierre, se contempla que las zonas industriales no podrán ser objeto de acceso, y todavía menos aquellas tierras destinadas a ciertos usos donde el acceso público *afecte los intereses del propietario o de aquel que se encuentre una posición asimilable a él*.

En principio, solamente se puede ejercer el derecho respecto de las tierras no cultivadas, según establece el tenor literal del § 2. Sin embargo, la norma del § 3 establece una notable excepción: se podrá ejercer el derecho de acceso respecto de tierras cultivadas cuando se encuentren congeladas o cubiertas de nieve. Como contra excepción, el inciso segundo establece que el propietario podrá negar el acceso cuando exista la posibilidad de causar un daño significativo al cultivo futuro de la tierra.

1.3.4 Derechos y responsabilidades de los usuarios

Como adelantábamos, la lista de actividades permitidas por el derecho de acceso no es de carácter taxativa. Sin embargo, el código, en su interés por proteger los intereses de propietarios y del entorno natural, ha dispuesto reglas más estrictas para las actividades con el potencial de causar el mayor impacto sobre el suelo:

- i. Para el caso de la equitación, solamente se puede transitar por senderos y caminos privados habilitados, salvo en sectores montañosos. Lo mismo corre para el ciclismo;
- ii. Para los caminantes y esquiadores, solo aplican las limitaciones generales del estatuto;
- iii. Respecto de la pernoctación, se permite por hasta dos noches en zonas no cultivadas, plazo ampliable en zonas de montaña. En los casos de tierras cultivadas conforme al § 1, siempre se deberá solicitar permiso. Excepcionalmente, los órganos del Estado pueden fijar límites en cuanto el pernocte pueda afectar los lugares autorizados para la caza de renos. Como mínimo, se deberá respetar una distancia de 150 metros de las moradas o habitaciones, para evitar molestar a sus ocupantes;

access does not apply to farmyards or plots around houses and cabins, fenced gardens or parks or other areas fenced in for special purposes where public access in winter would unduly hinder the owner or user.

The owner or user may, regardless of whether the area is fenced, prohibit passage across gardens, young plantations, autumn-sown fields and newly-established meadow even when the ground is frozen or snow-covered, provided that such passage is liable to cause significant damage (...)."

- iv. Se permite la natación y navegación por medios no-motorizados en cuerpos de agua como ríos, lagos y playas;
- v. El derecho de acceso no contempla el derecho a cazar o pescar, pero sí de recolectar frutos y plantas no protegidas por otros estatutos;
- vi. No se contempla el ejercicio por medios motorizados; y
- vii. Para llevar a cabo una actividad o evento colectivo, es necesario contar siempre con el permiso del dueño⁷⁷.

1.3.5 Medidas de resguardo para derechos del propietario

En relación con la tradición del *allemansträtten*, el código contempla varias medidas específicas de protección para el dueño:

- i. Los propietarios pueden construir cercos y barreras para impedir el acceso a zonas cultivadas, siempre y cuando sirvan a sus intereses y resguarden de manera adecuada el ejercicio del derecho de acceso, conforme al § 13⁷⁸. Sin embargo, la administración se reserva el derecho a su remoción cuando se trata de interferencias injustificadas en el derecho de acceso, de acuerdo al § 40⁷⁹;
- ii. A cobrar una tarifa para acceder a su propiedad, siempre que existan beneficios para los usuarios y el monto sea proporcional a los servicios prestados, conforme al § 14⁸⁰;
- iii. A solicitar el cierre total o temporal del predio por un período temporal de hasta 5 años, si el derecho de acceso causa daño o afecta los intereses del propietario, según el § 16⁸¹;

⁷⁷ MILJØDIREKTORATET (2017). *Right to Roam*. Oslo, Noruega: Miljødir. Recuperado de <http://www.miljodirektoratet.no/en/Areas-of-activity1/Outdoor-recreation/Right-to-Roam/>. Consultado el 25 de enero 2019, 14:36.

⁷⁸ § 13. (Unjustifiable barriers and unauthorized prohibition signs) – “*The owner or user of land may not by means of barriers or in any other way hinder access that is permitted by this Act, unless this serves his rightful interests and does not unduly hinder public access (...)*”.

⁷⁹ § 40. (Stopping and removal of unlawful structures, etc.) – “*If any building, fencing or other work is begun in contravention of prohibitions or orders issued in or pursuant to this Act, the municipality may require the work to be stopped.*

The municipality may require that structures, barriers or other installations, signs or notices that have been partly or wholly erected in contravention of prohibitions or orders issued in or pursuant to this Act shall be removed at the expense of the person responsible (...)”

⁸⁰ § 14. (Fee for access to outdoor recreation areas) – “*The right of access pursuant to this Act does not preclude an owner or user, with the municipality's permission, from charging a reasonable fee for access (...)*”.

⁸¹ § 16. (Closure of particularly heavily used areas) – “*If a property is particularly heavily used by the public, the municipality may with the consent of the owner or user determine that all or part of the property shall be closed to the public if public access causes significant damage to the property or is a serious obstacle to the use the owner or user makes or wishes to make of the property.*

Such closure will be determined for a specified period of time, not exceeding five years at a time. The municipality's decision must be confirmed by the county governor.”

- iv. A pedir que los órganos del Estado adquirieran su propiedad, en caso de que tenga un uso muy intenso y donde el remedio dispuesto en el § 16 resulte insuficiente, como dispone el § 18⁸²; y
- v. A solicitar una declaración del órgano competente respecto a la calificación de la tierra o a la edificación de barreras y cercos, entre otros, en conformidad al § 20⁸³.

1.3.6 Particularidades del modelo de acceso público en Noruega

El sistema noruego presenta claras variaciones respecto de su vecino, particularmente en cuanto a la importancia de los remedios para los propietarios, la presencia activa de la administración para la solución de conflictos y la *textura abierta* presente en las normas del código⁸⁴.

Por último, y en contraposición al sistema sueco, el código de Noruega regula expresamente el caso del ejercicio colectivo del derecho de acceso público. El § 10 apunta precisamente a normar estas actividades, sean con o sin fines de lucro, requiriendo el permiso expreso del dueño o tenedor del predio cuando sea previsible suponer que su realización ocasione daños o molestias significantes⁸⁵.

1.4 El modelo inglés: el *CROW Act* de 2000

El *CROW Act* del Reino Unido es el modelo de RTR en su versión más restrictiva, con fuerte interferencia de organismos de la administración. Las raíces de esta legislación se remontan al medioevo, donde el sistema feudal otorgaba amplios derechos a los campesinos⁸⁶, que incluía no solamente el tránsito, sino también derechos de pastoreo y de extracción de recursos del suelo⁸⁷.

⁸² § 18. (Claims for the purchase of particularly heavily used areas) – “*The owner of land such as is mentioned in section 16 may require that the municipality where the property is situated purchases the area that is particularly heavily used if no decision is made to close it to the public or if such closure is not sufficient to protect the area (...).*”

⁸³ § 20. (Statement in cases of doubt) – “*In the event that there is doubt or disagreement as to*

- a. *whether a piece of land is to be considered as cultivated or uncultivated pursuant to this Act, or*
- b. *what distance there shall be between a site used for picnicking or camping pursuant to section 9 and an inhabited house or whether it must be anticipated that picnicking or camping as pursuant to the third paragraph of section 9 may cause significant damage or nuisance, or*
- c. *whether a barrier or other hindrance, a sign or a notice is lawful (cf. section 13),*

the owner, user or an outdoor recreation organization with an interest in the matter may request a statement on the matter from the municipality.”

⁸⁴ VALGUARNERA *Op. cit.*, pp. 282 - 283.

⁸⁵ § 10. (Outdoor meetings, etc.) – “*Outdoor meetings, sports arrangements (e.g. skiing or orienteering competitions) and similar arrangements that may entail significant damage or inconvenience may not be held without the consent of the owner or user of the land that is cordoned off, or where competitors assemble or the start or finish of the competition takes place, or other areas where crowds may be expected to gather (...).*”

⁸⁶ ANDERSON *Op. cit.*, p. 383.

⁸⁷ PERLE *Op. cit.*, pp. 84-85.

En seguida, la crisis de los comunes y el cierre y cercamiento⁸⁸ de la propiedad que toma lugar en Inglaterra a partir del siglo XVII⁸⁹ cambió radicalmente la concepción sobre la tierra⁹⁰. Con la lenta introducción de un sistema económico capitalista, las instituciones feudales fueron quedando en el olvido, y junto a ello, una multitud de derechos sobre la tierra concedidos por el señor a sus campesinos. El encierro no solo eliminó muchas fuentes de sustento económico para los siervos, junto a ello también desapareció el derecho a transitar libremente de pueblo en pueblo. Como solución, fueron trazados senderos y caminos para el uso del público, que generalmente eran adquiridas por prescripción y otros medios⁹¹.

En oposición a los sistemas de los países nórdicos, la historia de la propiedad en Inglaterra ha estado marcado siempre por una alta tasa de concentración de propiedad de la tierra y además a un grado elevado de conflictos relacionados con la tierra⁹². La escasa voluntad política⁹³ para resolver dichos problemas se tradujo en un movimiento, ya iniciado en las postrimerías del siglo XIX, para abrir el acceso de la propiedad al grueso de la población, que pasó a habitar en las grandes ciudades⁹⁴.

Durante el siglo XX, esta lucha fue protagonizada por la *Ramblers Association*, entidad que buscaba precisamente abrir la propiedad en las zonas rurales para el disfrute de la población urbana. Con el advenimiento del gobierno de la posguerra de Clement Attlee, se inició el proceso de apertura de ciertas extensiones de tierra para el disfrute de la población. Sin embargo, dicho proceso no fue extendido por los gobiernos subsiguientes, y recién en 1997, el partido laborista retomó el RTR en su plataforma electoral para la campaña de Tony Blair⁹⁵.

1.4.1 Fuentes Normativas

Con este breve interludio histórico, se pueden entender los conflictos que enfrentaba el parlamento inglés en su discusión legislativa. El *CROW Act* es ante todo una ley que refleja

⁸⁸ La historia de la propiedad en los EEUU también pasó de una etapa de visión más funcional a la propiedad, manifestado en el famoso concepto del *free range* durante los siglos XVIII y XIX. Para más información sobre este proceso en EEUU se puede consultar a SAWERS, B. (2011). *The Right to Exclude from Unimproved Land*. Temple Law Review, 83.

⁸⁹ PERLE *Op. cit.*, pp. 86-87.

⁹⁰ MÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 17-19.

⁹¹ ANDERSON *Op. cit.*, pp. 390-392.

⁹² ANDERSON *Op. cit.*, p. 389.

⁹³ PERLE *Op. cit.*, p. 87.

⁹⁴ PERLE *Op. cit.*, p. 89.

⁹⁵ Para más detalles sobre el proceso político detrás de la promulgación del *CROW Act*, se pueden consultar las investigaciones de ANDERSON (2007), PERLE (2015) y SHOARD, Marion. (1999). *A Right to Roam*. Londres: Oxford University Press.

compromisos⁹⁶. La técnica legislativa es minuciosa y reglamentaria, abarcando desde la creación de organismos administrativos hasta la definición de montañas y terreno abierto. Así y todo, no se puede desconocer la verdadera revolución que significó esta legislación para el derecho de propiedad en Inglaterra, que, hasta hace poco, seguía firmemente los lineamientos más clásicos, tal como afirma Perle:

“No hay dudas que el estatuto CROW marca un retorno a una definición funcional del derecho de propiedad, donde varias partes comparten derechos sobre un mismo inmueble. También restablece el derecho de los terceros de tránsito libre, perdido durante el período de cerramiento – aunque no sucede lo mismo con otros derechos de uso perdidos durante ese momento.”⁹⁷

1.4.2 Fórmula de calificación jurídica

Para calificar las tierras susceptibles de acceso público, la *Countryside Agency* debe señalar si la propiedad cae bajo alguna de las siguientes categorías:

- i. Si es registrada como *common land*⁹⁸;
- ii. Se encuentra sujeta al gravamen de *servidumbre pública (dedication)* bajo los términos de la sección 16⁹⁹;
- iii. Está a más de 600 metros de altura sobre el nivel del mar; y
- iv. Si es terreno abierto, lo que ocurre si -
 - a. La propiedad consiste de montañas, páramos, brezales o acantilados costeros;
 - b. No se encuentre registrada como *common land*.

En suma, los terrenos disponibles para estar abiertas al público serán (a) las registradas como *tierras comunes*; (b) los inmuebles sujetos a una *servidumbre pública*; (c) aquellos inmuebles

⁹⁶ HUGHES, Michael, TYE, Marian, y ZULFA, Mariyam (2010). *The Right to Roam: A review of policy and management of public access to land*. A report for the Department of Sport and Recreation WA, Perth, p. 20.

⁹⁷ PERLE *Op. cit.*, p. 90. Traducción personal del autor - “There is no doubt that CROW marks a return to a functional definition of land ownership, where several parties share rights in the same land. It also restores commoners' freedom of movement, lost during enclosure-though it does not, of course, restore many of the other usage rights lost at that time.”

⁹⁸ En el Reino Unido, existe un Sistema Registral para efectos de identificar los *commons*, previsto en el Commons Act de 2006. Estos serán manejados por los llamados *Commons Councils*.

⁹⁹ Sección 16 - (1) *Subject to the provisions of this section, a person who, in as access land. respect of any land, holds—*

(...)

(7) *A dedication under this section is irrevocable and, subject to subsection (4), binds successive owners and occupiers of, and other persons interested in, the land to which it relates, but nothing in this section prevents any land from becoming excepted land.*

(8) *A dedication under this section is a local land charge*

de más de 600 metros de altura; e (d) inmuebles que contengan montañas, páramos, brezales o acantilados costeros.

El sistema inglés, tal como la de sus vecinos del norte, sustrae todos los sectores del suelo que tengan un interés patrimonial más directo del ámbito de ejercicio del *right to roam*. Así, el *Schedule 1*¹⁰⁰ establece las siguientes exenciones:

- i. No se puede ingresar a construcciones de todo tipo dentro de la propiedad, incluyendo jardines, corrales, hipódromos, aeródromos y recorridos de golf. Además, respecto de inmuebles destinados a la habitación, se establece la prohibición de acercarse a una distancia menor a 20 metros; y
- ii. Acceder a propiedad destinada a fines de producción forestal, agrícola, mineral y en especial, suelos para servicios y utilidades públicas (como FFCC, electricidad, etc.). Se incluye además el suelo considerado para fines militares y aquella destinada para el entrenamiento de caballos de carrera.

Así y todo, lo más importante del *CROW Act* es que instaura un sistema de mapas (Sección 4¹⁰¹), que debe señalar los suelos considerados como *campo abierto*, el que además debe ser continuamente actualizado y revisado por la autoridad (Sección 10¹⁰²).

1.4.3 Derechos y responsabilidades de los usuarios

En el continuo que establecimos para los modelos de RTR, el modelo del *CROW Act* es claramente uno de los más restringidos. El catálogo de actividades prohibidas contenidas en el *Schedule 2* muestra una combinación de reglas inspiradas en los principios de responsabilidad individual, ambiental y orden público; normas que regulan la convivencia entre el visitante y el propietario del suelo, con énfasis en el amparo del derecho de exclusión que asiste a estos últimos.

¹⁰⁰ Los *Schedules* son muy asimilables a lo que entendemos en nuestro medio como disposiciones transitorias.

¹⁰¹ Sección 4 – “(1) It shall be the duty of the Countryside Agency to prepare, in respect of England outside Inner London, maps which together show—

(a) all registered common land, and
(b) all open country. (...)”

¹⁰² Sección 10 – “(1) Where the appropriate countryside body have issued a map in conclusive form in respect of any area, it shall be the duty of the body from time to time, on a review under this section, to consider—

(a) whether any land shown on that map as open country or registered common land is open country or registered common land at the time of the review, and
(b) whether any land in that area which is not so shown ought to be so shown. (...)”

Respecto al principio de responsabilidad individual, el visitante se encuentra obligado por las instrucciones que imparta la autoridad administrativa, y además debe, entre otras cosas, (1) abstenerse de mantener abiertas puertas; (2) colocar propaganda; (3) intimidar, obstruir o impedir el desarrollo de actividades lícitas por parte de otros visitantes; (4) participar en juegos masivos o acampar y (5) participar en cualquier actividad de carácter comercial. Además, se establece una prohibición de (6) entrar con animales, salvo perros, a menos que se acceso se encuentre restringido por el dueño; (7) acceder al terreno con todo tipo de vehículos, salvo para minusválidos; (8) nadar y utilizar embarcaciones en aguas de la propiedad y (9) interferir en sistemas de riego¹⁰³.

En cuanto a la responsabilidad ambiental, al visitante le es vedado (1) hacer fogatas; (2) cazar, molestar o lastimar animales, incluyendo interferir con nidos y madrigueras y (3) remover, lastimar o destruir todo tipo de plantas y árboles¹⁰⁴.

¹⁰³ NATURAL ENGLAND (2016). *Open access land: management, rights and responsibilities*. Londres, Reino Unido: Countryside Agency. Recuperado de <https://www.gov.uk/guidance/open-access-land-management-rights-and-responsibilities>. Consultado el 25 de enero 2019, 14:50.

¹⁰⁴ *CROW Act*, Schedule 2 – “Section 2(1) does not entitle a person to be on any land if, in or on that land, he (...)

- (a) drives or rides any vehicle other than an invalid carriage...
- (b) uses a vessel or sailboard on any non-tidal water,
- (c) has with him any animal other than a dog
- (d) commits any criminal offence
- (e) lights or tends a fire or does any act which is likely to cause a fire
- (f) intentionally or recklessly takes, kills, injures or disturbs any animals, birds or fish
- (g) intentionally or recklessly takes, damages or destroys any eggs or nests
- (h) feeds any livestock
- (i) bathes in any non-tidal water
- (j) engages in any operations of or connected with hunting, shooting, fishing, trapping, snaring, taking or destroying of animals, birds or fish or has with him any engine, instrument or apparatus used for hunting, shooting, fishing, trapping, snaring, taking or destroying animals, birds or fish,
- (k) uses or has with him any metal detector,
- (l) intentionally removes, damages or destroys any plant, shrub, tree or root or any part of a plant, shrub, tree or root,
- (m) obstructs the flow of any drain or watercourse, or opens, shuts or otherwise interferes with any sluice-gate or other apparatus,
- (n) without reasonable excuse, interferes with any fence, barrier or other device designed to prevent accidents to people or to enclose livestock,
- (o) neglects to shut any gate or to fasten it where any means of doing so is provided, except where it is reasonable to assume that a gate is intended to be left open,
- (p) affixes or writes any advertisement, bill, placard or notice,
- (q) in relation to any lawful activity which persons are engaging in or are about to engage in on that or adjoining land, does anything which is intended by him to have the effect—
 - (i) of intimidating those persons so as to deter them or any of them from engaging in that activity,
 - (ii) of obstructing that activity, or
 - (iii) of disrupting that activity,
- (r) without reasonable excuse, does anything which (whether or not intended by him to have the effect mentioned in paragraph (q)) disturbs, annoys or obstructs any persons engaged in a lawful activity on the land,
- (s) engages in any organised games, or in camping, hang-gliding or paragliding, or
- (t) engages in any activity which is organised or undertaken (whether by him or another) for any commercial purpose.”

1.4.4 Deberes y resguardos para derechos del propietario

Correlativamente, para el propietario existen ciertos deberes y prohibiciones, a saber (1) la colocación de avisos prohibiendo la entrada a suelos accesibles por el estatuto (Sección 14)¹⁰⁵; (2) dar cumplimiento a todas las normas, regulaciones y órdenes dadas por la autoridad competente y (3) acordar con la autoridad las medidas¹⁰⁶ para resguardar el ejercicio del derecho de acceso público (Secciones 35¹⁰⁷ y 37).

Para aplacar los riesgos sobre los suelos de los propietarios, los propietarios cuentan con diversos mecanismos de protección. El sistema del *CROW Act* permite a los propietarios impugnar el procedimiento de calificación de suelo (Sección 6¹⁰⁸), bien arguyendo que (1) la tierra no es registrada como *Common Land*; o que (2) la tierra no califica como *open country*.

En cuanto a los deberes de cuidado de los propietarios, bajo el estatuto *CROW* estos no tienen responsabilidad para con los visitantes en los siguientes casos:

- i. Por riesgos emanados de elementos naturales del entorno, así también respecto de elementos artificiales;
- ii. Por riesgos de daño al pasar por arriba o debajo una muralla, cerca o puerta¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Sección 14 – “(1) If any person places or maintains (...) a notice containing any false or misleading information likely to deter the public from exercising the right conferred by section 2(1), he is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 1 on the standard scale (...)”.

¹⁰⁶ Sección 34 – “(...) “means of access”, in relation to land, means—

- (a) any opening in a wall, fence or hedge bounding the land (or part of the land), with or without a gate, stile or other works for regulating passage through the opening,
- (b) any stairs or steps for enabling persons to enter on the land (or part of the land), or
- (c) any bridge, stepping stone or other works for crossing a watercourse, ditch or bog on the land or adjoining the boundary of the land.”

¹⁰⁷ Sección 35 – “(1) Where, in respect of any access land, it appears to the access that—

- (a) the opening-up, improvement or repair of any means of access to the land,
- (b) the construction of any new means of access to the land,
- (c) the maintenance of any means of access to the land, or
- (d) the imposition of restrictions— (...)

is necessary for giving the public reasonable access (...) the access authority may enter into an agreement with the owner or occupier of the land as to the carrying out of the works or the imposition of the restrictions (...)”.

¹⁰⁸ Sección 6 – “(...) (2) An appeal relating to the showing of any land as registered common land may be brought only on the ground that the land is not registered common land.

(3) An appeal relating to the showing of any land as open country may be brought only on the ground that—

- (a) the land does not consist wholly or predominantly of mountain, moor, heath or down, and
- (b) to the extent that the appropriate countryside body have exercised their discretion under section 4(5)(b) to treat land which is not open country as forming part of an area of open country, the body ought not to have done so.”

¹⁰⁹ Sección 13 – “(...) At any time when the right conferred by section 2(1) of the Countryside and Rights of Way Act 2000 is exercisable in relation to land which is access land for the purposes of Part I of that Act, an occupier of the land owes (...) no duty by virtue of this section to any person in respect of—

- (a) a risk resulting from the existence of any natural feature of the landscape, or any river, stream, ditch or pond whether or not a natural feature, or
- (b) a risk of that person suffering injury when passing over, under or through any wall, fence or gate, except by proper use of the gate or of a stile (...)”.

Como excepción a las reglas precedentes, se establece que existirá un deber de cuidado para con los visitantes si el riesgo o peligro es causado (1) intencionalmente por el propietario; o (2) si existe negligencia temeraria respecto a la generación de dicho riesgo o peligro¹¹⁰.

Una importante innovación del *CROW Act* es el derecho discrecional de los propietarios de excluir o restringir el acceso, previa notificación a la autoridad administrativa. (Sección 22¹¹¹). Se podrá hacer uso de este derecho por hasta 28 días al año, respetando ciertas reglas y fechas. Para estos efectos, se entenderá restricción de acceso cuando el ejercicio del *right to roam* solamente puede tener lugar (1) únicamente siguiendo las rutas o senderos del terreno; (2) si se entra a los suelos por los puntos habilitados para ello; (3) sin la tenencia de perros; (4) mediante el cumplimiento de cualquier otro tipo de consideración personal (Sección 21 (3)¹¹²).

Finalmente, el visitante que (1) destruya o cause daño a cercos, murallas y puertas; (2) no observe las restricciones del *Schedule 2*; o (3) no cumpla con las restricciones generales impuestas por el estatuto *CROW* tendrá prohibida su entrada por 72 horas a todas las tierras del mismo propietario que sean susceptibles del ejercicio de este derecho (Sección 2¹¹³).

1.4.5 Particularidades del derecho de acceso público en el Reino Unido

Tal como hemos venido insistiendo, la principal novedad del sistema británico es la fuerte participación e importancia de las autoridades administrativas para el funcionamiento del

¹¹⁰ Sección 13 – “(...) *Subsection (6A) does not prevent an occupier from owing a duty by virtue of this section in respect of any risk where the danger concerned is due to anything done by the occupier—*

- (a) *with the intention of creating that risk, or*
- (b) *being reckless as to whether that risk is created.”*

¹¹¹ Sección 22 — “(1) (...) *an entitled person may, by restriction at giving notice to the relevant authority in accordance with regulations discretion (...) exclude or restrict access by virtue of section 2(1) to any land on one or more days specified in the notice (...)*”.

¹¹² Sección 21 – “(...) (3) *A person restricts access (...) to any land where he provides that the right conferred by that subsection—*

- (a) *is exercisable only along specified routes or ways,*
- (b) *is exercisable only after entering the land at a specified place or places,*
- (c) *is exercisable only by persons who do not take dogs on the land, or*
- (d) *is exercisable only by persons who satisfy any other specified conditions.”*

¹¹³ Sección 2 - “(1) *Any person is entitled by virtue of this subsection to enter and Rights of public in remain on any access land for the purposes of open-air recreation, if and so long as—*

- (a) *he does so without breaking or damaging any wall, fence, hedge, stile or gate, and*
- (b) *he observes the general restrictions (...) and any other restrictions imposed in relation to the land (...)*
- (4) *If a person becomes a trespasser on any access land by failing to comply with— (...)*
- (c) *any other restrictions imposed in relation to the land under Chapter II, he may not, within 72 hours after leaving that land, exercise his right under subsection (1) to enter that land again or to enter other land in the same ownership.”*

sistema de acceso público¹¹⁴. En efecto, dichos órganos tienen las siguientes funciones y facultades:

- i. Trazar los mapas definitivos, y actualizarlos debidamente para informar a la población respecto de restricciones y exclusiones de acceso;
- ii. Resolver sobre la calificación jurídica de los suelos;
- iii. Pueden establecer reglamentos y códigos de conducta, previa consulta;
- iv. Puede nombrar a un *warden* para velar por el adecuado ejercicio del *right to roam*;
- v. Erigir y mantener murallas y cercos;
- vi. Resolver sobre peticiones de exclusión o restricción de acceso; y
- vii. Acordar obras con los propietarios para garantizar las vías de acceso a los suelos calificados para el ejercicio del derecho de acceso público.

Ante todo, y quizás de mayor importancia para un país como Chile, es que la autoridad puede disponer la exclusión o restricción del acceso público para (1) el mejor manejo del recurso tierra (Sección 24¹¹⁵); (2) prevención de incendios u otro tipo de peligros para el público (Sección 25¹¹⁶); y (3) para la conservación de la naturaleza, monumentos históricos y otro tipo de áreas de interés (Sección 26¹¹⁷).

1.5 Consideraciones finales respecto de los modelos comparados de acceso público a la naturaleza

A lo largo de este capítulo se ha examinado en detalle, a nuestro entender, los tres principales países exponentes de sistemas de derecho de acceso público universal a la naturaleza. Cada uno, en vista de aspectos culturales, geográficos y legales, ha afrontado el desafío de manera muy original, realizando un cuidadoso balance entre los intereses de los propietarios y de los visitantes.

¹¹⁴ HUGHES, TYE, y ZULFA *Op. cit.*, p. 14

¹¹⁵ Sección 24 - (1) “*The relevant authority may by direction, on an application made by a person interested in any land, exclude or restrict access to that land by virtue of section 2(1) during a specified period (...)*”

¹¹⁶ Sección 25 - “(1) *The relevant authority may by direction exclude or restrict of fire or of access by virtue of section 2(1) in relation to any land during a specified danger to the period if the authority are satisfied—*

(a) that, by reason of any exceptional conditions of weather or any exceptional change (...) is necessary for the purpose of fire prevention, or

(b) that, by reason of anything done, (...) to the extent provided by the direction is necessary for the purpose of avoiding danger to the public.”

¹¹⁷ Sección 26 - “(1) *The relevant authority may by direction exclude or restrict Nature access by virtue of section 2(1) to any land during any period if they are satisfied that the exclusion or restriction of access by virtue of section 2(1) to the extent provided by the direction is necessary for either of the purposes specified in subsection (3) (...)*”.

En este sentido, el *CROW Act* en Inglaterra es el modelo más interesante y cercano para comenzar una discusión seria en Chile sobre el alcance de un derecho de acceso público a las montañas y naturaleza. Primero, se trata de un modelo que tuvo que lidiar con el entendimiento clásico respecto de la facultad de exclusión que confiere el derecho de propiedad, rasgo afín al sistema implantado por Bello en nuestro Código Civil. Segundo, se trata de un modelo que descansa fuertemente en la Administración para una multiplicidad de fines, tanto para regular acceso, resolver conflictos y establecer códigos de conducta para los visitantes. Por último, se trata de Ley que refleja compromisos, haciéndolo más política y jurídicamente compatible con nuestro ordenamiento.

Para un país como Chile, que contempla gigantescas extensiones de tierra sin desarrollo ni uso adecuado, el único problema del modelo del estatuto *CROW* dice razón precisamente con los rasgos geográficos propios de nuestro entorno, diametralmente opuestos al de las islas británicas. Un sistema de acceso público a las montañas y naturaleza en Chile debería indudablemente tomar en cuenta este hecho, limitando la aplicación de este potencial derecho a zonas de carácter montañoso, en oposición a zonas que corresponden a la Depresión Intermedia y otras zonas afines.

Por último, y más importante, todos los modelos anteriormente expuestos contemplan un doble acceso a la naturaleza, primero, en virtud del derecho de acceso público universal, y segundo, a través del sistema de parques y reservas nacionales. En nuestra opinión, la combinación de ambos modelos es aquel que ofrece las mejores posibilidades para pensar en una futura política legislativa en torno a los problemas de acceso público.

Capítulo 2 - El tratamiento de las montañas en el Derecho Chileno

En Chile no ha existido un intento serio por la doctrina por sistematizar el tratamiento jurídico que recibe el acceso a las montañas en nuestro sistema normativo. En lo medular, las montañas cumplen un rol primordial en materia limítrofe, tal como refrendan los tratados internacionales suscritos con nuestros países vecinos¹¹⁸. Sin embargo, y más allá de estas normas de derecho internacional, no existe claridad respecto a la *titularidad* de las montañas, esto es, si corresponden a la titularidad colectiva, pública o privada; y menos aún respecto de su régimen jurídico. Para responder estas dudas, se examinará el tratamiento de las montañas en el Derecho Común y en Derecho Público, y finalmente, se referenciarán los instrumentos internacionales que ha suscrito nuestro país en la materia¹¹⁹.

2.1 El caso de las montañas en el Código Civil

En nuestro Código no existe alusión alguna a las montañas o cumbres. Por ello, y para comenzar nuestra discusión, vale la pena detenerse en analizar qué estatuto jurídico es aplicable a las montañas. Esto es, si le es aplicable el régimen de los bienes apropiables del artículo 582 Código Civil¹²⁰; o si le es aplicable el régimen de los bienes inapropiables de los artículos 585¹²¹ o 589¹²². Siguiendo a la doctrina dominante, la respuesta también dará pie para analizar si le cabe el régimen de los bienes comerciables o in comerciables¹²³.

¹¹⁸ Véase el Tratado de Límites de 1881 entre Chile y Argentina y el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Bolivia de 1904.

¹¹⁹ Estas leyes no agotan la regulación nacional en materia de zonas de montaña, pero son los cuerpos normativos más importantes en cuanto a la relación entre propiedad y montañas. En cuanto a la importancia ecológica de las montañas y su preservación, es importante destacar la regulación contenida en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 18.348, Crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Renovables; y la Ley N° 18.362, Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. Además, y aunque exceda los márgenes de este trabajo, vale la pena mencionar las atribuciones que poseen los gobiernos locales mediante la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, de regular el uso de los bienes municipales e introducir regulaciones por la vía de ordenanzas.

¹²⁰ Artículo 582 Código Civil – “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.*”

¹²¹ Artículo 585 Código Civil – “*Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.*”

¹²² Artículo 589 Código Civil – “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.*”

¹²³ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. (2011). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Tomo Segundo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 97

En cuanto al estatuto de los bienes comunes del artículo 585, para Alessandri esta categoría aplica a los bienes sobre los cuales, por su configuración física, no es posible establecer derechos de aprovechamiento *exclusivo* sobre ellos:

*“Son las cosas que no pueden ser objeto de apropiación. Tales como la alta mar, el aire atmosférico, la luz solar. Algunos Códigos, como el nuestro, siguiendo huellas romanas, denominanlas cosas comunes a todos los hombres (res communes omnium), pues están sustraídas a la propiedad privada y su uso es común a todos.”*¹²⁴

Las montañas no pueden ser consideradas como bienes comunes conforme a nuestro Código Civil. En virtud de las reglas del artículo 590¹²⁵ y el artículo 6 del DL N° 1939¹²⁶, las montañas estarían disponibles para la apropiación de particulares¹²⁷. Además, el derecho de minería habilita las concesiones de exploración y explotación respecto a predios cordilleranos, contemplando las mismas limitaciones generales¹²⁸. Finalmente, es bastante sugerente el hecho que la norma del artículo 585 no las mencione expresamente.

Las montañas tampoco se pueden calificar en sí mismas como bienes nacionales de uso público. Aunque la montaña, podría argumentarse *permite el uso de todos*, la doctrina ha concluido que es necesaria una *afectación*¹²⁹ para que los bienes puedan entrar a la categoría del artículo 589 Código Civil. Esto es, requieren ser *destinadas* a una función pública mediante ley formal o acto administrativo singular¹³⁰. Se sigue de la lectura de los arts. 583, 585, y 589 que las montañas serían bienes generalmente apropiables, pues son susceptibles de dominio público o privado;

¹²⁴ ALESSANDRI y SOMARRIVA *Op cit.*, p. 96.

¹²⁵ Artículo 590 Código Civil – “*Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.*”

¹²⁶ Artículo 6 DL N° 1939 – “*Las tierras fiscales situadas hasta una distancia de 10 kilómetros, medidos desde la frontera, sólo podrán ser obtenidas en propiedad, arrendamiento o a cualquier otro título, por personas naturales o jurídicas chilenas. (...)*”.

¹²⁷ PEÑAILILLO, Daniel. (2010). *Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 34.

¹²⁸ Artículo 2 Código de Minería – “*La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contrarién disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código. (...)*”.

¹²⁹ MONTT, Santiago. (2002). *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*. Santiago: LexisNexis Chile, pp. 156-160.

¹³⁰ MONTT *Op. cit.*, pp. 166-168.

comerciables, pues se pueden celebrar actos jurídicos sobre ellos; corporales, conforme al artículo 565¹³¹; inmuebles, de acuerdo con el artículo 568¹³²; divisibles y presentes.

En atención a la personalidad del titular del derecho de propiedad, existen ciertas restricciones en cuanto a la apropiabilidad y comerciabilidad de los bienes. Por cierto, para la persona jurídica del fisco, existe todo un régimen normativo respecto a la relación del Estado con sus bienes contenido en el DL N°1939. Este mismo cuerpo legal impone también algunas restricciones en cuanto a la apropiación y comercialización de bienes por parte de personas extranjeras.

Para recapitular, las montañas, como todos los bienes, pueden estar sujetas a titularidad privada o pública, y en cuanto bienes de carácter particular, se encuentran sujetos a todas las cargas y limitaciones que impone la Ley.

2.2 Tratamiento de las montañas en el Decreto Ley N°1939

El régimen de los bienes públicos en su esencia se encuentra radicado en el DL N°1939 de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. Es fundamental para estos efectos el artículo 6, que establece una prohibición general para personas extranjeras, sean naturales o jurídicas, para adquirir propiedad fiscal a una distancia inferior a 10 kilómetros de la frontera. Además, el artículo 7¹³³ del mismo cuerpo legal establece una prohibición a los nacionales de países vecinos para la adquisición de tierras declaradas fronterizas en virtud del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N°4 de 1967, salvo que exista una autorización del Presidente de la República mediante Decreto Supremo fundado en razones de interés nacional.

Como se puede apreciar, dichas normas establecen una serie de prohibiciones para la apropiabilidad y comerciabilidad de los inmuebles que cumplan alguna de estas características. Sin embargo, se tratan de excepciones de derecho estricto que corresponden a criterios de seguridad nacional. Al tratarse de zonas declaradas fronterizas, cobran relevancia criterios de defensa y geopolítica que justifican este tratamiento particular.

¹³¹ Artículo 565 Código Civil – “*Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas.*

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro (...)”.

¹³² Artículo 568 Código Civil – “*Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas como los edificios, los árboles (...)*”.

¹³³ Artículo 7 DL N°1939 – “*Por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional, actualmente declaradas fronterizas en virtud del decreto con fuerza de ley N° 4, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, a los nacionales de países limítrofes salvo que medie la autorización prevista en el inciso tercero del presente artículo (...)*”.

De manera indirecta entonces, y en gran parte del territorio nacional, nuestro legislador ha habilitado la apropiabilidad de las montañas por parte de personas, ya sea naturales o jurídicas; ya sean personas jurídicas de derecho público o privado. Tal como fluye de los artículos en comento, queda claro que, salvo el caso de bienes nacionales de uso público, todo el suelo comprendido entre el mar y la frontera terrestre sería susceptible de dominio de parte de los particulares. Si bien no existe expresa mención respecto a la apropiabilidad de las montañas, la regla de cierre contenida en el artículo 590 Código Civil no deja dudas: toda propiedad sin dueño dentro de las fronteras del Estado es patrimonio del fisco.

Esta norma viene a confirmar el criterio establecido en el Código Civil. Es decir, que las montañas, además de ser bienes comerciables y apropiables por regla general, pueden considerarse, conforme a su titular, como bienes *fiscales* siguiendo el artículo 589, o bien como bienes *privados*, en atención al artículo 585.

Conforme al espíritu que subyace el DL N°1939, el fisco se encuentra habilitado para destinar sus inmuebles a los fines que estime convenientes¹³⁴. En efecto, en conformidad a los arts. 1¹³⁵, 11¹³⁶, 19¹³⁷ y 56¹³⁸ y ss., el fisco está habilitado, mediante las normas del derecho administrativo, establecer la apertura de sus inmuebles en zonas de montaña a todo el público, típicamente mediante la figura de la concesión, pudiendo además incorporar normas de uso responsable por parte de los usuarios¹³⁹. Se trata de un importante antecedente para tomar en consideración en el

¹³⁴ A nivel municipal se han desarrollado varios impulsos por visibilizar el tema de las montañas, principalmente mediante la figura de la asociación de municipalidades del artículo 118 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Entre las más importantes están i) la Asociación de Municipalidades Parques Cordillera, aprobada mediante Resolución Exenta N°11553/2012 de 3 de septiembre de 2012 de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (SUBDERE); ii) la Asociación de Municipalidades con Centros de Montaña, aprobada mediante Resolución Exenta N°11641/2015 de 9 de septiembre de 2015 de la SUBDERE y iii) la Asociación de Municipalidades Cordilleranas de la Araucanía, aprobada mediante Resolución Exenta N°1873/2018 de fecha 2 de febrero de 2018 de la SUBDERE.

¹³⁵ Artículo 1 DL N°1939 – “*Las facultades de adquisición, administración y disposición sobre los bienes del Estado o fiscales que corresponden al Presidente de la República, las ejercerá por intermedio del Ministerio de Tierras y Colonización, sin perjuicio de las excepciones legales.*”

Asimismo, el Ministerio ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior (...)”.

¹³⁶ Artículo 11 DL N°1939 – “*Los bienes raíces que pertenezcan al Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil, podrán ser administrados y transferidos en conformidad a la ley (...)*”.

¹³⁷ Artículo 19 DL N°1939 – “*La Dirección, sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, cuidará que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que estén destinados (...)*”.

¹³⁸ Artículo 56 DL N°1939 – “*Mediante la destinación se asigna, a través del Ministerio, uno o más bienes del Estado a la institución que los solicita, con el objeto de que los emplee en el cumplimiento de sus fines propios (...)*”.

¹³⁹ Artículo 1 DL N°3274 – “*El Ministerio de Bienes Nacionales es la Secretaría de Estado encargada de aplicar, controlar y orientar las políticas aprobadas por el Supremo Gobierno, como asimismo aplicar la legislación correspondiente y controlar su cumplimiento, en las siguientes materias; sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General de la República:*

a) Las relativas a la adquisición, administración y disposición de bienes fiscales (...)”.

establecimiento de un derecho de acceso a las montañas, pues conforme a cifras del Ministerio de Bienes Nacionales, más del 70% de los inmuebles fiscales están emplazados en zonas de montaña¹⁴⁰.

Por último, es importante destacar que el DL N°1939 incluye reglas referidas a la creación y administración de áreas silvestres protegidas (ASP). El artículo 21¹⁴¹ del estatuto señala que el Ministerio de Bienes Nacionales podrá destinar terrenos fiscales para fines de preservación ecológica y ambiental como Reservas Nacionales o Parques Nacionales. Lo anterior es relevante, en la medida que estas categorías de protección extraen los inmuebles del régimen de propiedad privada, e imponen obligaciones y prohibiciones destinadas a la protección de bienes ambientales.

2.3 Tratados Internacionales

En cuanto al derecho internacional, debemos hacer referencia a la Declaración de Johannesburgo del año 2002, en que los países firmantes se comprometieron a poner en acción las obligaciones y metas impuestas por el Plan 21¹⁴², formulada en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro del año 1992. En el informe de la cumbre, el párrafo 42 trata íntegramente sobre la preservación y fomento de las áreas de montaña, buscando un adecuado equilibrio entre los objetivos de protección ambiental y desarrollo económico y social¹⁴³.

Uno de los grandes resultados de la Cumbre de Johannesburgo fue el lanzamiento de la Alianza Internacional para el Desarrollo Sostenible de las regiones montañosas (Alianza para las

¹⁴⁰ MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2018). *Catastro de Bienes Nacionales*. Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.catastro.cl/> el 30 de enero 2019, 12:14.

¹⁴¹ Artículo 21 DL N°1939– “El Ministerio, con consulta o a requerimiento de los Servicios y entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y del medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y en general, la defensa del equilibrio ecológico, podrá declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a aquellos terrenos fiscales que sean necesarios para estos fines. Estos terrenos quedarán bajo el cuidado y tuición de los organismos competentes.

Los predios que hubieren sido comprendidos en esta declaración no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esta calidad, sino en virtud de decreto del Ministerio, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura o el Ministerio del Medio Ambiente, según corresponda.”

¹⁴² Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002). Párrafo 30 – “Nos comprometemos a fortalecer y mejorar la gobernanza en todos los planos para lograr la aplicación efectiva del Programa 21, los objetivos de desarrollo del Milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre.”

¹⁴³ NACIONES UNIDAS (2002). Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (A/CONF. 199/20). Párrafo 42 - “Los ecosistemas montañosos sustentan formas particulares de subsistencia y contienen importantes recursos relacionados con las cuencas hidrográficas, la diversidad biológica y una flora y una fauna singulares. Muchos de ellos son particularmente frágiles y vulnerables a los efectos adversos del cambio climático y necesitan medidas específicas de protección. Será preciso adoptar medidas en todos los planos con objeto de:

1) Formular y promover programas, políticas y enfoques que integren los componentes ambientales, económicos y sociales del desarrollo sostenible de las zonas montañosas, y refuercen la cooperación internacional en cuanto a los efectos positivos para los programas de erradicación de la pobreza, especialmente en los países en desarrollo (...).”

Montañas), en cumplimiento del capítulo 13 del Plan 21¹⁴⁴. Chile se incorporó a dicha Alianza el año 2007¹⁴⁵, y en cumplimiento con las obligaciones internacionales contraídas, el Decreto N°108 del Ministerio de Relaciones Exteriores creó el Comité Nacional para las Montañas el año 2014. En cuanto a sus funciones, el artículo 6 señala que la institución estará a cargo de principalmente de asesorar a la Cancillería y organismos técnicos respecto a la formulación de estrategias de desarrollo sostenible de zonas de montañas¹⁴⁶. Para el año 2016, el Comité comenzó un proceso de consulta ciudadana para la elaboración de una política nacional de montaña, contemplando entre sus ejes propiciar un acceso responsable e inclusivo para el disfrute de las montañas¹⁴⁷.

Adicionalmente, nuestro país adoptó la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 tras la celebración de la Cumbre del Desarrollo Sostenible de la ONU entre los días 25 y 27 de septiembre de 2015. Dentro de las medidas más relevantes, se puede destacar los objetivos 6.6¹⁴⁸, 15.1¹⁴⁹, 15.4¹⁵⁰, referidas a la protección, conservación, restablecimiento y uso sostenible de zonas y ecosistemas de montaña.

Tal como se puede apreciar, y a pesar de las dilaciones, Chile ha creado una tímida respuesta institucional a las obligaciones internacionales contraídas. Si bien el foco de dichas medidas está mayormente relacionado con motivos ecológicos, lo que puede redundar en limitaciones de

¹⁴⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Programa 21, Capítulo 13 párrafo 6 – “Los gobiernos, al nivel que corresponda y con el apoyo de las organizaciones internacionales y regionales competentes, deberían:

a) Fortalecer las instituciones existentes o crear instituciones nuevas en los planos local, nacional y regional a fin de crear una base multidisciplinaria de conocimientos ecológicos sobre las tierras y las aguas de los ecosistemas de montaña (...).”

¹⁴⁵ Decreto N°108 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Crea el Comité Nacional para las Montañas, publicada en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 2014.

¹⁴⁶ Artículo 6 Decreto N° 108 – “El Comité tendrá las siguientes funciones:

1) Asesorar al Ministro de Relaciones Exteriores y a los organismos técnicos competentes en la definición, articulación y promoción de estrategias para el desarrollo sostenible de los ecosistemas de montaña, en el marco conceptual de la “Alianza para las Montañas”.

2) Hacer recomendaciones para el mejoramiento del conocimiento de los sistemas de montaña, su integración en las políticas públicas, estrategias y planes de acción nacional y su difusión (...).”

¹⁴⁷ COMITÉ NACIONAL PARA LAS MONTAÑAS (2016). *Política Nacional para la Gestión Sustentable de la Montaña en Chile y Plan de Acción a 2020*. Recuperado de <http://www.cem-fundacion.cl/wp-content/uploads/2017/05/Borrador-politica-monta%C3%B1a-1.pdf> el 2 de enero de 2019 a las 11:07.

¹⁴⁸ NACIONES UNIDAS (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible* (A/RES/70/1). Objetivo 6.6 – “De aquí a 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.”

¹⁴⁹ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Objetivo 15.1 – “De aquí a 2020, asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los ecosistemas interiores de agua dulce y sus servicios, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales.”

¹⁵⁰ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Objetivo 15.4 – “De aquí a 2030, asegurar la conservación de los ecosistemas montañosos, incluida su diversidad biológica, a fin de mejorar su capacidad de proporcionar beneficios esenciales para el desarrollo sostenible.”

acceso, lo fundamental es que mediante estos compromisos la temática de las montañas ha comenzado a suscitar mayor interés en el ámbito de las políticas públicas.

Capítulo 3 - La idea de propiedad en el Código Civil

3.1 Exclusión y Acceso

No existen dudas respecto a la importancia que posee el derecho real de dominio en la configuración de la sociedad contemporánea. El concepto analítico¹⁵¹ contenido en el artículo 582¹⁵² de nuestro Código Civil es claro en destacar el contenido y contornos del dominio, alzándolo como el principal y más completo entre los derechos reales¹⁵³. Siguiendo a Singer¹⁵⁴, debemos entender el concepto de propiedad inserto en un sistema regulatorio complejo, existiendo distintas tensiones y presiones que alteran su configuración, dejando en el vacío el concepto de dominio *clásico*¹⁵⁵.

El derecho de exclusión fue identificado por Honoré como uno de los once atributos que confiere el derecho de propiedad¹⁵⁶. Por su parte, existe uniformidad entre nuestros tratadistas en cuanto a su tratamiento del concepto de dominio, prestando especial atención a sus atributos y facultades inherentes. Sin embargo, en cuanto al análisis del carácter *exclusivo* del dominio, no se discute porque ésta habilita a su titular para *exclure* físicamente a aquellos que no sean titulares de derechos sobre la cosa. Así, la gran mayoría de los tratadistas, siguiendo a Alessandri, simplemente tratan la exclusividad como un atributo del derecho de propiedad que “(...) supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por ende, para impedir la intromisión de cualquiera otra persona (...)”¹⁵⁷.

Hace ya varias décadas se viene discutiendo en el derecho anglosajón y angloamericano sobre la relación existente entre la propiedad y la exclusión¹⁵⁸. Por un lado, las teorías de corte *monista* reducen la idea de propiedad a la exclusión, mientras las teorías de corte *pluralista* reconocen en la propiedad una institución que cubre un amplio paraguas de valores y principios, siendo la

¹⁵¹ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 42.

¹⁵² Artículo 582 Código Civil – “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.*”

¹⁵³ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales. Tomo Primero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 35.

¹⁵⁴ SINGER, Joseph. (2000). *Entitlement. The Paradoxes of Property*. New Haven: Yale University Press, pp. 7-9.

¹⁵⁵ BLACKSTONE, William. (1979). *Commentaries on the Law of England*. Chicago: University of Chicago Press, p. 2.

¹⁵⁶ HONORÉ, Anthony (1961). *Ownership*. En A.G Guest (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, pp. 371-372.

¹⁵⁷ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁸ Para un excelente resumen de esta discusión, véase LOVETT, John. (2010). *Progressive Property in Action: The Land Reform (Scotland) Act 2003*. *Nebraska Law Review*, Vol. 89, pp. 739-818, y BARON, Jane. (2009). *The Contested Commitments of Property*. *Hastings Law Journal*, Vol. 61, pp. 917-968.

exclusión uno de sus elementos fundamentales, pero que compite con otras consideraciones de igual valor¹⁵⁹.

Nuestro código claramente toma partido por la exclusión al afirmar en el artículo 844¹⁶⁰ el derecho del dueño de un predio de cercarlo a expensas comunes, siguiendo de cerca al Código Napoleónico¹⁶¹ y al Código Civil Italiano¹⁶². Sin embargo, a lo largo del Código Chileno existen muchas excepciones a esta exclusividad física que poseen los titulares de inmuebles, perfectamente ilustrado en el artículo 620¹⁶³, que habilita a terceros para entrar en tierras abiertas y no cultivadas sin permiso del dueño para recuperar las abejas que hayan arrancado de su poder. Es más: ciertas leyes especiales *prohíben* la exclusión física bajo algunas circunstancias, tal como ocurre con la actual legislación antidiscriminación¹⁶⁴.

En Chile se está dando en ciertas localidades, *de hecho*, un acceso a las montañas y naturaleza¹⁶⁵ con la misma extensión y caracteres del RTR de los sistemas los países escandinavos. A pesar de este notable estado de cosas, las únicas instituciones que posee nuestro ordenamiento para *garantizar* el acceso a la naturaleza se encuentran repartidas en un par de leyes especiales,

¹⁵⁹ BARON *Op. cit.*, pp. 919-920.

¹⁶⁰ Artículo 844 Código Civil – “El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.”

El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.”

¹⁶¹ FELDMAN, Fernando, y VALDÉS, Jesús. (2014) *Código Civil en su redacción vigente a 1 de julio de 2013*. Valladolid: Juriscope, p. 81. Artículo 544 Código Napoleónico – “La propiedad constituye el derecho a disfrutar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.”

¹⁶² Artículo 832 Código Civil Italiano – “Contenuto del diritto Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.” Consultado en <https://wipolex.wipo.int/es/text/430550>, el 28 de enero 2019, 13:43.

¹⁶³ Artículo 620 Código Civil – “Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo hagan sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas.”

¹⁶⁴ Ley N°20.609 Artículo 2° - “Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad (...)”.

¹⁶⁵ En la experiencia personal de este autor, las zonas cordilleranas aledañas a Santiago, como el Cajón del Maipo y Farellones, presentan características propicias, dada la idoneidad del sector, para el ejercicio del acceso a la naturaleza, que, en los hechos, ya se está dando en diversos valles como Arenas, Engorda y Mesoncito, que son de propiedad particular. Este mismo fenómeno se da con fuerza también en la VII Región, en la Cordillera de Teno y el sector aledaño a la Laguna del Maule. Lo mismo se puede decir de la zona austral, donde existe un gran sistema de senderos que atraviesan la Cordillera en la Región de los Lagos, o las montañas del Portezuelo Ibáñez en la XI Región.

donde, en definitiva, lo que se busca es garantizar el acceso a ciertos tipos de *Bienes Nacionales de uso público*¹⁶⁶, en particular, las playas y ASP.

Un derecho de acceso público a las montañas y naturaleza, si bien no tiene consagración normativa en nuestro sistema, resulta perfectamente compatible con el régimen de propiedad que implantó el código de Bello, especialmente si la concebimos como un límite *inmanente* a la propiedad. Entre ellos, el legislador civil ha privilegiado la posición de terceros frente a la facultad de excluir de los dueños, bien sea en atención a la realización de actos que no importan una perturbación del goce de los propietarios (artículo 620 en relación con el artículo 2499) o bien porque privilegia ciertas actividades en desmedro de la facultad de excluir (artículo 591 en relación con el artículo 14 y ss. del Código Minero)¹⁶⁷.

La pregunta respecto del acceso a la naturaleza nos obliga a reflexionar sobre las ideas y valores presentes en nuestro régimen común de propiedad inmueble. Para ello, se analizará en la sección (a) la situación del derecho de propiedad en nuestro código, prestando especial atención al atributo de *exclusividad*, para luego en la sección (b) explorar las múltiples excepciones a la facultad del dueño de excluir. Finalmente, en (c) se examinarán los distintos mecanismos que provee nuestro ordenamiento para intentar dar soluciones a la garantía de acceso a la naturaleza.

3.2 El lugar del poder de exclusión en la regulación de la propiedad

El dominio, como ya adelantábamos, se presenta como el derecho real más completo entre aquellos contemplados en nuestro Código Civil. Ya decía Alessandri que se trata de un derecho que “(...) *confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa (...) lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar.*”¹⁶⁸. La definición del artículo 582, siguiendo a Alessandri y Peñailillo, obedece a una fórmula *analítica*, refiriendo a “(...) *la suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre que recae el derecho de propiedad.*”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Artículo 13 DL N°1939 – “*Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto (...)*”

¹⁶⁷ En el derecho administrativo chileno existen abundantes casos de limitaciones a la propiedad privada para satisfacer necesidades de utilidad pública, como sucede con las servidumbres de transmisión eléctrica (artículos 48 y siguientes del DFL N°4/20018), la servidumbre de gasoducto (artículos 22-A y siguientes del DFL N°323) y en la Ley de Caminos (artículo 48 DFL N°850).

¹⁶⁸ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p.35

¹⁶⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p.36

Universalmente, la doctrina¹⁷⁰ sigue un patrón común al momento de analizar el contenido de esta norma, explayándose respecto de los caracteres del dominio, es decir, su carácter de (i) real, (ii) absoluto, (iii) abstracto y elástico, (iv) perpetuo y (v) exclusivo¹⁷¹. De las características anteriores, es la noción de exclusividad la que proporciona un déficit estructural de parte de la doctrina nacional, y la que nos interesa abordar en lo que sigue.

Entre nosotros, Claro Solar es quien otorga el mejor concepto de exclusividad, señalado que “(...) *confiere al dueño de la cosa, a él solo, un poder privativo de gozar y disponer de la cosa; los demás están obligados a respetarle este ejercicio de su actividad material o jurídica, y él está facultado para impedir que cualquier otro obtenga sin su voluntad alguna utilidad o servicio de la cosa, o que se entrometa en el ejercicio de su derecho (...)*”¹⁷². Es posible extraer tres elementos de su definición; primero, la posición *única* en la que se encuentra el dueño respecto al bien; segundo, el deber normativo de terceros de *abstención* material o jurídica en cuanto al ejercicio de este poder; y tercero, correspondiendo al anverso de este deber, la facultad de *exclusión* que confiere la propiedad a su titular.

En cuanto a la facultad de exclusión, Peñailillo es de los pocos comentaristas nacionales en tratar la materia, concibiendo ésta como “(...) *el poder o prerrogativa que tiene el dueño de impedir a los demás el uso o goce o disposición de la cosa de que es propietario (...)*”¹⁷³.

No existen dudas respecto a la existencia de un poder de exclusión presente en la regulación del dominio a lo largo del Código Civil. Además de las clásicas acciones de demarcación y cerramiento de los arts. 842¹⁷⁴ y 844, también se puede apreciar en las reglas relativas a la

¹⁷⁰ Véase la estructura argumental que siguen los Tratados de Derecho de Bienes de ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1997), PEÑAILILLO (2005), KIVERSTEIN (2000), BARCÍA (2010) y ROZAS (1998) entre otros.

¹⁷¹ PEÑAILILLO *Op. cit.*, pp. 60-63.

¹⁷² CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*. Volumen III, Tomo VI, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 314-315.

¹⁷³ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁴ Artículo 842 Código Civil – “*Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.*”

ocupación¹⁷⁵, el hallazgo¹⁷⁶ y en la protección dada por las acciones reales¹⁷⁷ y posesorias¹⁷⁸, por solamente mencionar algunas categorías. Siguiendo a Valguarnera en su análisis de los regímenes de propiedad¹⁷⁹, nuestro Código se inserta en un modelo *fuerte* de protección a la propiedad, donde la facultad de exclusión reina casi sin contrapesos. Gran parte de ello se explica por el influjo liberal de nuestra legislación civil, que tal como la mayoría de los países de Tradición Continental, buscaba eliminar los vestigios del derecho feudal, en especial aquellas relacionadas con el uso comunitario de las tierras¹⁸⁰¹⁸¹.

La jurisprudencia en materia de acciones posesorias es también extremadamente generosa con la protección del *ius excluendi* del poseedor o dueño. En cuanto a interdictos posesorios se trata, los tribunales han resuelto que el mero tránsito por un fundo ajeno para acceder a la vivienda particular, aun cuando ésta esté desprovista de acceso a camino público, sería constitutivo de un *embarazo o turbación* de la posesión¹⁸².

A pesar de la importancia que posee el concepto de exclusividad en nuestro sistema, es razonable sugerir una nueva lectura atendido el contexto histórico y los avances de la dogmática comparada. En primer lugar, la misma definición de propiedad omite el concepto de exclusividad, que solamente podemos derivar de reglas aisladas dentro del Código. Siendo este el caso, cabe preguntarse respecto a la relación entre la exclusividad y la exclusión, y de qué manera estas explican el paradigma de propiedad presente en nuestra legislación civil. En segundo lugar, cabe también cuestionarse la forma del poder de exclusión, esto es, si corresponde a un poder jurídico, físico, o de ambas especies, y su alcance¹⁸³.

¹⁷⁵ Artículo 610 Código Civil – “*Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que case será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio.*”

¹⁷⁶ Artículo 626 Código Civil – “*El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.*

Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno (...)”

¹⁷⁷ Artículo 889 Código Civil – “*La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.*”

¹⁷⁸ Artículo 921 Código Civil – “*El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le de seguridad contra el que fundamentalmente teme.*”

¹⁷⁹ VALGUARNERA *Op. cit.*, pp. 268-269.

¹⁸⁰ CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*. Volumen IV, Tomo IX, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 113-114

¹⁸¹ MÍGUEZ *Op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁸² Sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 6080-2013 de 21 de agosto de 2013, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia Rol N° 1914-2014 de 1 de diciembre de 2014.

¹⁸³ FENNELL *Op. cit.*, pp. 20-21.

Respecto a estos temas se ha producido un gigantesco debate en la literatura jurídica anglosajona, en cuanto a la determinación del núcleo del concepto de dominio. En particular, la discusión se centra en los *valores morales*¹⁸⁴ que permean la propiedad; y cual o cuales de estos serían parte de su núcleo esencial.

El bando *monista*¹⁸⁵ asocia la idea de propiedad con poder de exclusión que ésta confiere¹⁸⁶. Entre esta tendencia, destaca la corriente del Análisis Económico del Derecho, que concibe la institución del dominio como un instrumento de ordenación social, pues en tanto derecho real posee la capacidad de transmitir información de manera eficiente, en la forma de un deber de abstención¹⁸⁷. Es en este sentido la exclusión es fundamental, pues tal como señala impecablemente Merrill:

*“(...) Mi afirmación es que al demarcar las líneas entre “propiedad y “no-propiedad” (...) el derecho de excluir a terceros es una condición necesaria y suficiente para identificar la existencia de propiedad (...)”*¹⁸⁸

Penner justifica la facultad de exclusión en la protección que otorga al interés del titular del dominio en determinar el uso que se dará a los bienes. Teóricamente, sostiene el autor, el derecho real de propiedad se corresponde tanto con un derecho de excluir como en un derecho de uso exclusivo¹⁸⁹. Sin embargo, desde un análisis normativo, es más correcto sostener que el derecho real de dominio se relaciona con un *deber general de abstención de terceros*, para completar así la correlación entre derecho y deber real. A la luz de este análisis, es correcto el comentario de Peñailillo: *que el derecho de excluir sería la forma de concretar el uso exclusivo que le corresponde al propietario*. Lo que faltaría, es la importancia que posee el carácter real del derecho y su aparejamiento con un deber general de exclusión. Penner, tal como Merrill, afirma que el poder de exclusión es un elemento medular del derecho de dominio:

¹⁸⁴ ALEXANDER, Gregory. (2011). *Pluralism and Property*. Fordham Law Review, Vol. 80, pp. 1019-1022.

¹⁸⁵ En la doctrina comparada, esta nomenclatura no es pacífica, con algunos autores refiriendo a esta tendencia como *Neo-esencialismo*. Véase WYMAN, Katrina. (2018). *The new essentialism in property*. Journal of Legal Analysis, Vol. 9 N°2, pp. 184-185.

¹⁸⁶ LOVETT *Op. cit.*, pp. 746-753.

¹⁸⁷ BARON *Op. cit.*, pp. 924-927.

¹⁸⁸ MERRILL, Thomas. (1998). *Property and the Right to Exclude*. Nebraska Law Review, Vol. 77, p.731. Traducción personal del autor - “(...) *My claim is simply that in demarcating the line between “property” and “nonproperty” (...) the right to exclude others is a necessary and sufficient condition of identifying the existence of property.*”

¹⁸⁹ PENNER, James. (2003). *The Idea of Property in Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 70-71.

“(…) *el derecho de propiedad es el derecho de excluir a terceros de cosas sobre cosas que está amparado en el interés que tenemos en el uso de las cosas.*”¹⁹⁰

También en el bando monista, pero desde una lectura Kantiana, Katz postula que la esencia del derecho de propiedad dice razón con la posición especial que posee el titular del derecho respecto a terceros¹⁹¹. Esta posición especial no está dada por el carácter real que posee el derecho de propiedad, ni tampoco por la protección del interés que esta otorga en cuanto a determinar el *uso exclusivo* de los bienes. Más bien, lo que postula la autora es anterior: lo fundamental en el derecho de propiedad es que su titular está en la posición especial para *determinar la agenda que le podrá imponer a sus bienes*¹⁹². Lo novedoso de esta formulación de la facultad de excluir, es que hace más compatible el derecho de dominio con el uso inocuo de la cosa que podrían tener terceros, siempre y cuando éste no sea contrario a las pretensiones del dueño con la cosa¹⁹³.

Lo que nos interesa de estos planteamientos, es que permiten lógicamente deducir del poder de exclusión las demás facultades que confiere el derecho real de dominio¹⁹⁴. Precisamente aquí es donde se presenta el déficit argumental presente en la mayoría de la doctrina nacional: que, en cuanto al carácter exclusivo del dominio, ésta solo mira a la titularidad singular del derecho real. Al contrario, la exclusividad y el poder de exclusión que esta confiere explica el deber *erga omnes* de no interferir de terceros, y correlativamente, *el uso, goce y poder de disposición exclusivo que posee el titular*. Por lo mismo, si bien el análisis de Peñailillo apunta en la dirección correcta, sólo concibe a la facultad de exclusión como *una de las maneras* de concretar la característica de exclusividad, cuando en realidad, se trata de *la forma esencial pues sin exclusión, no se puede concebir la propiedad*.

En el campo *pluralista*, en cambio, la concepción de la propiedad no puede ser reducida únicamente a la exclusión. Se sostiene en cambio, que la inconmensurabilidad de valores hace imposible reducirla a un valor en particular, y por lo mismo, conciben el derecho de dominio

¹⁹⁰ PENNER *Op. cit.*, p. 71. Traducción personal del autor - “(...) *the right to property is a right to exclude others from things which is grounded by the interest we have in the use of things.*”

¹⁹¹ KATZ, Larissa. (2011). *Ownership and social solidarity: A Kantian Alternative*. Legal Theory, Vol. 17 N° 119, pp. 136-137.

¹⁹² KATZ, Larissa. (2008). *Exclusion and Exclusivity in Property Law*. University of Toronto Law Review, Vol. 58 N°3, pp. 7-9.

¹⁹³ KATZ *Op. cit.*, pp. 9-12.

¹⁹⁴ MERRILL *Op. cit.*, p. 744.

como una *conversación*, en oposición a la *máquina* del bando monista¹⁹⁵. Si para el bando monista lo fundamental es la estructura del sistema de derechos reales, para el campo pluralista lo son las múltiples relaciones humanas que surgen de la propiedad¹⁹⁶. Por lo mismo, la exclusión es un elemento importante en su análisis, que debe competir con otros de igual magnitud, como pueden ser la libertad o la promoción de conductas virtuosas¹⁹⁷. Más que profundizar en la forma del instrumento, lo que singulariza a estas teorías es su foco en el *resultado* material que se sigue de una determinada estructura propietaria¹⁹⁸. En palabras de Lovett:

*“(…) más que servir de plataforma para el comportamiento individual, el régimen de propiedad privada ha pasado a convertirse en un lugar para la construcción de comunidad, y no solamente para satisfacer preferencias personales (...)”*¹⁹⁹

En suma, y a pesar de los escasos intentos de la doctrina en tratar seriamente el asunto, la exclusión juega un rol dramático en la regulación civil de la propiedad. En definitiva, a partir del concepto de exclusión podemos deducir lógicamente los demás atributos y facultades que confiere el derecho real de dominio. Conforme al espíritu y redacción de nuestro Código, el poder de exclusión toma un carácter tanto material como jurídico, protegiendo una amplia gama de intereses que exceden los meramente patrimoniales, tal como se desprende de la acción de cerramiento. Como pasaremos a ver, nuestro legislador confiere un tratamiento muy distinto a los inmuebles cercados de aquellos que no lo están.

Sin embargo, existen varias situaciones donde nuestro legislador, por motivos calificados, levanta el poder de veto que le corresponde al dueño, alterando su facultad de exclusión. Es a partir de estos casos donde podemos apreciar algunas fisuras en la concepción más tradicional de la facultad de exclusión en la regulación de la propiedad. Aun cuando estemos insertos en el paradigma monista de la propiedad, es importante destacar que ésta no se opone *ex ante* a la posibilidad del establecimiento de un derecho público de acceso a las montañas.

¹⁹⁵ BARON *Op. cit.*, pp. 937-939.

¹⁹⁶ LOVETT *Op. cit.*, pp. 743-744.

¹⁹⁷ BABIE, Paul (2018). *The future of private property*. Sydney Law Review, Vol. 40 N°433, pp. 435-438.

¹⁹⁸ BARON *Op. cit.*, pp. 919-932.

¹⁹⁹ LOVETT *Op. cit.* p. 750. Traducción personal del autor - *“(…) Rather than serving as platforms for self-regarding behavior, property ownership and property law become the place for building community, not merely satisfying personal preferences (...)*.

3.3 Limitaciones a la facultad de excluir en el régimen del Código Civil

En general, podemos señalar que las limitaciones a las facultades de excluir son limitadísimas en nuestro código, pero como como muy bien señala Peñailillo, se trata de situaciones que permiten *imprimir el carácter verdadero del derecho de propiedad*²⁰⁰. El tratamiento que hace la doctrina tradicional de estos derechos es bastante diverso. Alessandri, por un lado, las inserta dentro de las restricciones *inmanentes* al dominio²⁰¹, mientras que para Peñailillo²⁰², se corresponden con la *función social* de la propiedad. Conforme a Claro Solar, “(...) *la exclusividad tiene también en las leyes naturales un límite que no es lícito al propietario traspasar (...) la ley positiva suele sancionar expresamente estas limitaciones naturales del derecho de propiedad (...)*”²⁰³.

Alessandri nos señala que estas limitaciones al *ius excluendi* consisten en (i) el derecho de uso inocuo, (ii) el acceso forzoso y (iii) el principio del mal menor. Para nuestros propósitos, las categorías que nos interesa examinar son fundamentalmente (i) y (ii). Para Alessandri, el derecho de uso inocuo es “(...) *el derecho de aprovechar una cosa ajena, por razón de utilidad, no sufriendo el dueño perjuicio alguno o sufriendolo en una cuantía despreciable (...)*”²⁰⁴. Reconociendo que no existe una disposición expresa en este sentido dentro del código, el autor sostiene que estaría implícito dentro del artículo 2499²⁰⁵²⁰⁶, mientras para Peñailillo, el artículo 620 sería un ejemplo patente del derecho de uso inocuo²⁰⁷. En cuanto al derecho de acceso forzoso, se trataría de “(...) *el derecho, que en razón de manifiesta necesidad, la ley concede a una persona para entrar, ocasional o transitoriamente, a un predio ajeno con el fin de llevar a cabo un acto relaciona con una cosa que le pertenece o está a su cargo, o para cualquier otro fin admitido por la ley (...)*”²⁰⁸. A propósito de las relaciones de vecindad este derecho está explícitamente reconocido, al señalar artículo 943²⁰⁹, que el dueño del árbol tendrá siempre

²⁰⁰ PEÑAILILLO *Op., cit.* p. 62.

²⁰¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 72.

²⁰² PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 62.

²⁰³ CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*. Volumen III, Tomo VI, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 316.

²⁰⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 83.

²⁰⁵ Artículo 2499 Código Civil – “*La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. (...)*”

²⁰⁶ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 84.

²⁰⁷ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 60

²⁰⁸ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 84.

²⁰⁹ Artículo 943 Código Civil – “*Los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol; el cual, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno.*”

acceso al predio donde caen sus frutos para recuperarlos. Extrañamente, para Peñailillo, el artículo 620 sería al mismo tiempo un ejemplo de uso inocuo como de acceso coactivo²¹⁰.

Dicho lo anterior, se nos debería permitir indagar en los fundamentos de dichas limitaciones a la facultad de excluir. Por una parte, el carácter de *bagatela* es común a la mayoría de las excepciones, pues precisamente en el ejercicio de estos actos, no existiría daño o lesión alguno a los intereses de los propietarios. No existe una intensidad de afectación que haga prevalecer la facultad de excluir del propietario, pues estos actos tienen una influencia limitada en cuanto al objeto sobre el cual recaen – el dueño sigue contando con este *interés exclusivo en determinar el destino de sus bienes*. Este criterio es aquel plasmado en el artículo 2499, y hace ver que no existe un *riesgo formal* a la posición del titular del derecho real. Es más; en el ejercicio de estos actos, los sujetos actúan *conscientemente bajo el entendido que están utilizando lo que pertenece a otro*. Por lo mismo, no existe un interés en disputar el contenido o la titularidad del derecho pues *se reconoce* el dominio ajeno. Así, estos sujetos se encontrarían en una situación dispar: si bien reconocen el derecho ajeno, esto no es en virtud de un contrato (como sería el caso del arrendamiento), sino en virtud del carácter real del derecho de propiedad. Tampoco buscan un aprovechamiento directo y permanente de la cosa, como en el caso del comodante precario. En vista que la utilidad que obtienen de la cosa ajena no engendra daño, tampoco se estaría ante hipótesis de responsabilidad civil, o de enriquecimiento injustificado, pues se tratarían de pequeñas interferencias que no *afectan la facultad de uso del dueño*.

Otro elemento que trasciende a estas excepciones a la facultad de excluir es su fundamento económico. Como ya advertíamos, la estructura de derechos reales favorece la eficiencia, al señalar claramente los límites de los derechos de cada titular. Sin embargo, existen casos donde el propio legislador reconoce que hay actividades que son más importantes que el valor de la exclusión. El corolario del poder de exclusión es la necesidad en que se encuentran los no-propietarios en solicitar permisos o acuerdos para entrar en predios ajenos. Es decir, la exclusión genera importantes *costos de transacción*²¹¹, en cuanto a la necesidad de gestionar permisos, identificar los titulares de derechos y los límites de los inmuebles. Como una manera de ahorrar estos costes, nuestro legislador en ciertas ocasiones ha privilegiado la posición de terceros frente

El dueño del terreno será obligado a conceder este permiso; pero sólo en días y horas oportunas, de que no le resulte daño.”

²¹⁰ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 60.

²¹¹ KLINK, Jonathan y PARCHOMOVSKY, Gideon. (2017). *The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165, pp. 936-937.

a la posición del propietario, cómo sucede paradigmáticamente en el acceso a las playas del artículo 13 del DL N°1939.

En lo que sigue, se hará un breve repaso de las excepciones más importantes a la facultad de excluir de los propietarios, donde se analizarán (i) la facultad de catar y cavar del artículo 591²¹² del Código Civil, (ii) las reglas concernientes a la pesca, en los artículos. 612 y ss. y (iii) la facultad que se concede en el artículo 620.

3.3.1 *La facultad de catar y cavar del artículo 591*

Sin dudas, una de las excepciones más importantes a la facultad de excluir se encuentra en la facultad que le asiste a toda persona de catar y cavar libremente en terrenos abiertos e incultos²¹³, sin perjuicio de algunas limitaciones²¹⁴²¹⁵ presentes en el Código de Minería. Con todo, no podemos dejar de lado la *intensidad* que puede significar esta afectación a los dueños de los terrenos, pues conforme al artículo 19²¹⁶ del mismo Código, en el ejercicio de este derecho se habilita a los sujetos a *examinar y abrir la tierra para investigar*, sino también *para imponer transitoriamente las servidumbres necesarias* para la búsqueda de mineral²¹⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado muchas luces sobre la naturaleza de la institución regulada en los arts. 14 y ss. del Código Minero, señalando que posee la naturaleza de una facultad y, por consiguiente, no se trata de un derecho real o personal, ni tampoco transferible, transmisible o de carácter patrimonial²¹⁸.

²¹² Artículo 591 Código Civil – “*El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.*

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería.”

²¹³ Artículo 15 Código de Minería – “*Se podrá catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño (...).*”

²¹⁴ Artículo 17 Código de Minería – “*Sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15, para ejecutar labores mineras en los lugares que a continuación se señalan, se necesitará el permiso o permisos escritos de las autoridades que respectivamente se indican (...).*”

²¹⁵ Artículo 20 Código de Minería – “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes de este párrafo, toda persona tiene la facultad de buscar sustancias minerales en terrenos de cualquier dominio, salvo en los comprendidos en los límites de una concesión minera ajena, empleando desde fuera de aquéllos, equipos, máquinas o instrumentos, con ese objeto.*”

²¹⁶ Artículo 19 Código de Minería – “*La facultad de catar y cavar comprende no sólo las de examinar la tierra y la de abrirla para investigar, sino también la de imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales.*

La duración de tales servidumbres no excederá de seis meses, contados desde la iniciación de su ejercicio (...).

No será necesario imponer servidumbres cuando la facultad de catar y cavar se ejercite en terrenos fiscales o municipales, abiertos e incultos.”

²¹⁷ LIRA, Samuel (2008). *Curso de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 59-66.

²¹⁸ STC Rol 1284-2008-INA de fecha 24 de septiembre de 2009, considerando 27°.

Por supuesto, el punto de partida para justificar esta norma está en el dominio del Estado de toda la riqueza mineral presente en el subsuelo²¹⁹. Tal como dice Alessandri:

“(…) *el régimen de la propiedad minera representa una restricción al derecho del dueño del suelo sobre el subsuelo, dado que las minas en general no pertenecen al dueño del suelo, sino al Estado (…)* *Prodúcese, pues, como anota Jossierand, un desdoblamiento de la propiedad del suelo y la del subsuelo (…)*”²²⁰

Si bien la aplicación práctica de esta facultad es irrisoria producto de la proliferación de concesiones mineras, no se puede desconocer las implicancias que conlleva. Por una parte, el privilegiar la posición de terceros frente a los propietarios se relaciona con un objeto económico del legislador; *la explotación de la riqueza mineral*. Por esta razón de interés público se privilegia la posición del explorador minero frente a los dueños, principios que fueron extraídos directamente del Derecho español e incorporados plenamente en el artículo 591²²¹. Además, de esta manera se pueden ahorrar importantes costos de transacción, en la coordinación y búsqueda de los titulares respectivos de los terrenos para solicitar su permiso.

Por otra parte, no se puede desconocer que el cateo abierto o libre está restringido a solamente una categoría de inmuebles, aquellos *abiertos e incultos*. Es decir, aquellos donde no existe una pretensión de uso exclusivo *palpable* por parte de los dueños. Incluso, dentro de los terrenos abiertos e incultos, conforme al inciso final del artículo 15 será necesario aún el permiso del dueño cuando se trate de viviendas o predios destinados al cultivo de vides o árboles frutales²²², conformando en la especie un poder de veto que no puede ser suplido por un juez. Respecto a este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el uso que le da el propietario a su finca determina si le asiste una garantía más fuerte de protección, como es el caso del artículo 15 inciso final²²³.

De cierta manera, lo que nos señalan estas reglas y la jurisprudencia es que la exclusión tiene una relación importante con el *uso* que se puede dar a los inmuebles. Este *uso* además trasciende

²¹⁹ Artículo 1 Código de Minería – “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas (…)*”

²²⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 70.

²²¹ CLARO SOLAR *Op. cit.*, p. 501.

²²² Artículo 15 Código Minero – “(…) *Con todo, tratándose de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales, sólo el dueño podrá otorgar el permiso.*”

²²³ STC Rol 2678-2014-INA de fecha 25 de junio de 2015, considerando 35°.

de un interés meramente económico o patrimonial, pues además protege una esfera de intimidad y privacidad de los propietarios en el caso que estos posean casas o habitaciones.

3.3.2 *Las reglas de la pesca (arts. 612 y ss.)*

En lo referente a la regulación de la ocupación como modo de adquirir el dominio, nuestro código contiene reglas muy interesantes que limitan la facultad de exclusión de los propietarios. Esto se explicaría, por un lado, por el interés del legislador en garantizar el acceso a los bienes nacionales de uso público, como serían las playas y las aguas de los ríos y lagos, y por otra, para el fomento de la industria pesquera. Si bien esta actividad se encuentra intensamente regulada en la Ley N°18.892, las normas del Código Civil, a menudo ignoradas, nos ofrecen ciertas ideas importantes para nuestro estudio.

Ya los arts. 612²²⁴ y 613²²⁵ establecen una serie de prerrogativas para los pescadores, pues se les habilita para *construir cabañas, sacar a tierra sus embarcaciones y secar sus redes*, entre otras cosas, hasta una distancia de 8 metros de la orilla de playa. Correlativamente, y en atención a proteger el uso que le puede dar el dueño del suelo, se le prohíbe interferir en los edificios que éste haya construido, ni atravesar cercos, cultivos o siembras de toda especie. Dichas reglas, en virtud del artículo 615²²⁶, son también aplicables a quien realice labores de pesca en ríos y lagos²²⁷.

Respecto a los dueños, el artículo 614²²⁸ habilita a los dueños construir y sembrar dentro de dicho espacio contiguo de 8 metros, *siempre que se permita un espacio adecuado para los menesteres de la pesca*.

Como se puede apreciar, dichas reglas imponen una doble limitación para los propietarios: tanto respecto a su facultad de excluir como al *uso* que le pueden dar al suelo. De estas normas se

²²⁴ Artículo 612 Código Civil – “*Los Pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores.*”

²²⁵ Artículo 613 Código Civil – “*Podrá también para los expresados menesteres hacer uso de las tierras contiguas, hasta la distancia de ocho metros de la playa; pero no tocarán a los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesarán las cercas, ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras.*”

²²⁶ Artículo 615 Código Civil – “*A los que pesquen en ríos y lagos no será lícito hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas ni atravesar las cercas.*”

²²⁷ Sin embargo, el acceso a las riberas de ríos y lagos no está contemplada en las normas del Código, sino en virtud del artículo 13 del DL N°1939.

²²⁸ Artículo 614 Código Civil – “*Los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los dichos ocho metros, sino dejando de trecho en trecho suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca.*

En caso contrario ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio.”

desprende el *mutuo respeto y consideración* que se deben pescadores y dueños. Los primeros al no poder hacer uso o causar daño a las instalaciones o intereses de los propietarios. Y estos, al tener el deber de respetar el tránsito y realización de la pesca.

De manera curiosa, Alessandri considera estas reglas como una *servidumbre pública*²²⁹ establecida a favor de los pescadores, pues *sólo existiría un predio sirviente*²³⁰ y estaría *establecida en favor del interés público*. En cuanto servidumbre, añade que no sería constitutiva de una limitación inmanente a la propiedad, pues se trata *de un sacrificio impuesto a una propiedad que, correlativamente, importa una particular ventaja en favor del interés público*²³¹. Nos parece que Alessandri no parece ser consecuente con su análisis de las excepciones a la facultad de excluir. Más bien, esto parecería encuadrar como un caso de *acceso coactivo*, donde el autor coloca como ejemplo el caso del artículo 13° del DL 1939. ¿Por qué en ésta se considera como servidumbre pública, y aquella como una excepción a la facultad de excluir en virtud de un Acceso Forzoso autorizado por la ley? Parecería que, para Alessandri, se trataría de términos intercambiables. Claro Solar, de manera consecuente con su análisis del artículo 582, sostiene que se trata de una institución que *fija los extremos dentro de los cuales debe mantenerse el ejercicio normal del derecho de propiedad*²³², y por lo mismo, las concibe como una limitación que no constituye servidumbre²³³.

Tales reglas tienen su parecido con el *allemansträtten*, en el sentido que son reglas que, ancladas en criterios de razonabilidad, permite compatibilizar los intereses de pescadores y propietarios. Se puede inferir de ellas que el aprovechamiento de bienes ajenos siempre deberá atender a cuidar y no disminuir su valor o utilidad. Remitiéndonos a Claro Solar, estas normas configuran el principio de *bagatela*:

“(…) *Estas disposiciones importan limitaciones del derecho de propiedad de los particulares sobre sus tierras para consultar un interés general en aquello que en realidad no causa verdadero perjuicio al propietario, ya que la molestia que le ocasione el tener que tolerar que los pescadores ocupen momentáneamente unos pocos metros de sus tierras contiguas a la playa*

²²⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 151.

²³⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p. 99.

²³¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, p.100.

²³² CLARO SOLAR *Op. cit.*, p. 330.

²³³ CLARO SOLAR *Op. cit.*, p. 331.

*del mar (...) es bien insignificante comparada con la importancia que tiene para la pesca (...)*²³⁴.

Por último, cabe señalar que estas reglas constituyen la única instancia dentro del Código Civil donde el público, y no un tercero calificado, tiene derecho a transitar por suelos cultivados sin permiso de los propietarios, como se colige de los artículos 613 y 614.

3.3.3 *La facultad del artículo 620*

La norma del artículo 620 del Código es a todas luces poética. Pero no nos engañemos: dicha regla aplica varios de los criterios que hemos repasado a propósito de las excepciones anteriores. El contenido del artículo 620 es claramente ilustrativo del principio de *bagatela*: que aquellas interferencias mínimas en el dominio ajeno no son susceptibles de afectar el contenido ni los contornos del derecho, pues la afectación constituye una perturbación mínima, temporal, que no logra afectar el uso exclusivo que puede tener el dueño.

En realidad, el artículo 620 contiene varias normas, a saber: (1) que es necesario el permiso del dueño para apoderarse de los enjambres que llegan a parar a predios cercados o cultivados; (2) que es necesaria la *prohibición expresa* del dueño para impedir el apoderamiento de dichas abejas en predios no cercados o cultivados; y (3) que siempre tendrá autorización el dueño de las abejas para recuperarlas en cuanto éstas vayan a parar a terrenos abiertos e incultos.

De nuevo resaltan a la vista varios criterios esbozados a propósito de las excepciones a la facultad de exclusión vistas anteriormente. Por un lado, siempre la exclusión estará de lado del dueño del suelo en cuanto este tenga un *interés por proteger*, que, en este caso, es de carácter económico o patrimonial. Esto es plenamente razonable en cuanto a los posibles daños que puede acarrear la entrada al predio para la recuperación de las abejas. Y por otro, se presumirá un derecho a entrada *siempre que no exista una instrucción contraria*, en el caso de terrenos que no tengan un interés palpable por proteger. En cambio, nunca será necesario dicha autorización para los dueños de las abejas que deseen recuperarlas.

De todo lo anterior, se pueden extraer algunas conclusiones respecto a las limitaciones a la facultad de exclusión en el Código Chileno:

²³⁴ CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*. Volumen III, Tomo VII, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 32.

- i. Las limitaciones pueden tener razón en la promoción de actividades económicas que privilegia el legislador; o bien en considerar que existe una afectación mínima al dominio ajeno;
- ii. Es palpable la misión del legislador de conciliar, en ciertos casos, los intereses del dueño y de terceros;
- iii. Que siempre se deberá procurar hacer un uso de los bienes ajenos que interfiera lo menos posible en los intereses y activos del dueño presentes en el suelo;
- iv. No existe impedimento para ingresar a terrenos abiertos e incultos; y
- v. En virtud del artículo 2499, estas excepciones a la facultad de exclusión *jamás confieren posesión ni dan fundamento a la prescripción adquisitiva*.

Del estudio de estas reglas se puede vislumbrar la presencia en nuestra legislación de los núcleos principales de la tradición del *allemansträtten*. A saber, que ante la presencia de intereses patrimoniales o económicos del dueño está prohibida la entrada de terceros, tal como se expresa en el binomio de predios *cercados y cultivados*. Si bien este incluye un requisito adicional, es decir el cercamiento, este se explica por la impronta fuertemente individualista y liberal presente en la legislación de los códigos continentales de la época²³⁵. Sin embargo, el legislador privilegia el interés *público* en ciertos casos, ante la facultad de exclusión del propietario, pero siempre suponiendo un uso *razonable* que se podría usar de los bienes ajenos, respetando sus intereses y activos patrimoniales – tal como sucede en la institución del *allemansträtten*.

Con lo dicho, podemos afirmar que un derecho de acceso a la naturaleza, conforme los criterios que se han examinado a propósito de los sistemas comparados, sería estructuralmente compatible con el sistema de propiedad implantado en nuestro ordenamiento jurídico privado. En primer lugar, porque nuestro Código ya admite que, en ciertos casos excepcionales, el derecho de excluir del propietario cede ante los intereses públicos, como sería el caso del derecho de acceso a la naturaleza. En segundo lugar, porque en algunos casos anteriores, existe una interferencia brutal en las facultades del titular del derecho real como en el caso del artículo 591 del Código, intromisión que sería de menor intensidad en la situación de este derecho de acceso público. En tercer lugar, nuestro código ya implanta de manera aislada reglas de conducta que permiten una adecuada *gobernanza* entre terceros y propietarios. Cuarto, y tal como ilustran

²³⁵ VALGUARNERA *Op. cit.*, pp. 55-105

estos casos, la fisonomía de los derechos reales no se opone *ex ante* a la introducción de un RTR, y en tanto mecanismo de transmisión de información, permite enviar señales claras sobre su ámbito de aplicación. Finalmente, y como norma de clausura, el artículo 2499 del Código no deja lugar a dudas: la tolerancia de actos de que no resulta gravamen jamás perjudicará los derechos reales establecidos sobre los predios.

3.4 Las soluciones del Código Civil y del DL N°1939

Es claro que el derecho de acceso a la naturaleza, y en particular a las montañas, no existe en nuestra legislación, salvo como un *germen* en cuanto las excepciones al poder de exclusión, es necesario indagar respecto a las posibles alternativas que plantea nuestro ordenamiento privado para dar cabida a este derecho. En general, las propuestas que se han tenido a la vista para generar un acceso a la naturaleza han consistido, sintéticamente, en (i) la declaración de inmuebles como Bienes Nacionales de Uso Público y la extensión del campo de aplicación del artículo 13 del DL N° 1939; y (ii) la constitución de servidumbres. En lo que sigue, se analizará el mérito de cada una de estas medidas, arribando a la conclusión que ninguna es suficiente por sí misma ni en conjunción con las demás para dar cabida exitosamente a un auténtico derecho de acceso a la naturaleza.

3.4.1 *La afectación como bienes nacionales de uso público y el caso de las playas*

Los bienes nacionales de uso público constituyen una categoría especial dentro del Código. Por una parte, porque se trata de bienes que están fuera del comercio humano y no le son aplicables las reglas del Derecho Común²³⁶. Por otra, porque sus reglas de gobernanza dependen del Estado y de sus órganos, que puede establecer en ellas concesiones de uso a particulares²³⁷. Para su constitución, es necesaria una declaración legislativa para realizar esta afectación pública, es decir, una reserva legal o *publicatio*, como lo es también para su desafectación, como expresa Cabrera:

“(…) lo que prima es que es el legislador quien determina, por regla general, cuáles bienes son nacionales de uso público, las características que deben cumplir para ser tales y las normas que los regulan. Es más, los bienes nacionales de uso público no se encuentran inscritos ni

²³⁶ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 36.

²³⁷ PEÑAILILLO *Op. cit.*, p. 36.

*requieren inscripción en los registros de propiedad de los Conservadores de Bienes Raíces a nombre del Estado (...)*²³⁸

En lo que a nosotros nos interesa, sobre esta categoría de bienes no habría, salvo mediante algún acto expreso de la administración como el otorgamiento de una concesión de uso a particulares, una facultad de *exclusión*.

Es una idea atractiva declarar las montañas y valles cordilleranos emplazados en propiedad fiscal como bienes nacionales de uso público, pues sería una herramienta adecuada para resolver en gran medida los problemas de acceso, y además permitiría reglamentar la conducta de los usuarios en virtud de las potestades de administración que posee el fisco sobre sus bienes, conforme al espíritu del DL N°1939²³⁹. A pesar del atractivo de esta opción, su gran déficit reside en que esta categoría de bienes, a pesar de ser de uso y dominio público, no tienen reglas que establezcan una *garantía de acceso*. Salvo que existan vías para acceder, la *publicación* no es condición ni motivo suficiente para tener un acceso *físico* abierto para toda la población. Esto explica la génesis del artículo 13 del DL N°1939, que comentaremos enseguida.

Por otro lado, este régimen solamente es aplicable a una categoría de bienes: aquellos que pertenecen a la persona jurídica del fisco. En definitiva, y conforme al artículo 64 del DL N°1939²⁴⁰, solamente es posible la afectación de bienes fiscales al uso público. Salvo si se deseara emprender una masiva expropiación de terrenos emplazados en zonas de montaña, este mecanismo tendría una aplicación limitada. En el caso que dichas tierras fiscales estén desprovistas de acceso, volvemos a nuestra crítica inicial: *no existe una garantía para acceder físicamente a esta categoría de bienes*.

En fin, además de las dificultades vistas anteriormente, debemos añadir que un auténtico derecho de acceso a la naturaleza es mucho más amplio de lo que un régimen de bienes nacionales de uso público podría ofrecer. Tal como se ha visto, la titularidad del derecho de propiedad es indiferente para el derecho de acceso público a la naturaleza en la legislación comparada, y la declaración de uso público, por más bien intencionado que sea, sólo podrá

²³⁸ CABRERA, Alejandra. (2018). *Determinación y Fijación de los Cauces Naturales en Chile. El Límite entre un Bien Nacional de Uso Público y la Propiedad Privada*. Derecho Público Iberoamericano, p. 17.

²³⁹ Artículo 1 DL N°1939 – “(...) el Ministerio ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades (...)”.

²⁴⁰ Artículo 64 DL N°1939 – “Por decreto dictado a través del Ministerio podrán afectarse bienes inmuebles al uso público (...)”.

parcialmente dar cabida a este derecho, sin necesariamente caucionar el *acceso* a dichos bienes²⁴¹. El fisco puede perfectamente establecer el acceso a bienes fiscales sin necesidad de afectación al uso público, mediante las reglas generales de administración de bienes.

El caso del acceso público a las playas, tal como está planteado en el artículo 13 del DL N°1939, es la principal institución destinada a resguardar el acceso físico a bienes nacionales de uso público. Como tal, presenta varias de las características que veíamos a propósito del acceso público a la naturaleza: la gratuidad en el acceso, la presencia activa de la administración en la fijación de trazados y la existencia de un proceso reglado para dirimir conflictos respecto a las vías para acceder a las playas. A su respecto debemos también añadir que se trata de una vía idónea y proporcional para cumplir su cometido, pues la obligación de permitir el paso por los predios colindantes siempre ocurrirá cuando *no existan vías públicas establecidas para dichos efectos*²⁴².

Sin embargo, desde parte de la doctrina han existido una serie de reproches²⁴³ a la esta norma. En primer lugar, se ha señalado que se trata de una deliberada *privación* del derecho de propiedad de los dueños, pues se trataría de una medida que hacen irrisorias las facultades del titular del dominio²⁴⁴. En segundo lugar, y ligado a lo anterior, se cuestiona la *gratuidad* del acceso, pues se trataría de una expropiación deliberada de los propietarios, en cuanto el propio tenor literal de la norma impone un mandato a la autoridad de *causar el menor daño posible*²⁴⁵. En tercer lugar, se ha criticado el poder discrecional de la administración en cuanto a la fijación de los accesos, señalando que el procedimiento que contempla la norma del DL N°1939 no garantiza de modo adecuado los derechos de los propietarios²⁴⁶. En suma, las críticas apuntan al *sacrificio especial* que se impone a los dueños de los predios colindantes con las playas, y atentaría contra el principio de igualdad del artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental, como también del principio de igualdad en la repartición de cargas públicas del artículo 19 N°20²⁴⁷.

²⁴¹ Un ejemplo patente de la falta de garantía de acceso físico sucede en la Laguna Negra, aledaña al embalse El Yeso en la Región Metropolitana de Santiago, como puede atestiguar el autor de este trabajo.

²⁴² STC Rol N°1215-08 de 27 de abril de 2008, considerandos 26°-28°.

²⁴³ SOTO KLOSS, Eduardo (2009). *Acceso a las playas ¿Retorno al estatismo expoliador?* EN: Sentencias Destacadas 2009: Una mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas. Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 26-34.

²⁴⁴ CONEJERO, Cristián (2001). *El Libre Acceso a las Playas del mar y el Estatuto Constitucional de la Propiedad*. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°1, p. 30.

²⁴⁵ CONEJERO *Op. cit.*, pp. 27-30.

²⁴⁶ CONEJERO *Op. cit.*, pp. 31-33.

²⁴⁷ CONEJERO *Op. cit.*, pp. 35-37.

A su respecto nuestro Tribunal Constitucional ha fallado, correctamente en nuestra opinión, que la carga impuesta por esta norma se trataría claramente de una *limitación* al derecho de propiedad, y que no existe un atentado al principio de igualdad, puesto que todos los propietarios de estas fincas estarían igualmente sujetos, en principio, a soportar esta carga²⁴⁸. Sin embargo, en cuanto a la procedencia de la indemnización a favor de los dueños, el TC ha evitado un pronunciamiento, escudándose en razones absolutamente formales²⁴⁹.

Es aquí donde existe el núcleo de la discusión: si acaso la gratuidad esbozada por el artículo 13 implica acaso que los dueños nunca recibirán una indemnización por soportar dicha carga. En nuestra opinión, la obligación de soportar el tránsito peatonal a las playas se trata de una *restricción inmanente al dominio* que además permite la operatividad de las normas de los arts. 612 y ss. del Código Civil. El carácter de bienes nacionales de uso público de las playas no es una decisión caprichosa; corresponde a un imperativo de nuestro legislador en busca del aprovechamiento público e igualitario de estos bienes, que son además escasos.

En cuanto a la procedencia de indemnización, depende tanto de la intensidad del uso público como del daño *efectivo* que puede causar este tránsito. Para estos efectos, parece muy razonable el *remedio* que plantea la legislación de Noruega, en cuanto a permitir a los propietarios solicitar a la administración la compra de su finca ante ciertas hipótesis de uso intensivo. En nuestra opinión, la procedencia de indemnización jamás se podrá apreciar en *abstracto* en esta institución, pues depende de muchos factores. Por ejemplo, para el caso de una laguna cordillerana, como la Laguna de Teno, se está en presencia de zonas de baja productividad agrícola y ganadera, donde existen senderos para acceder a su ribera y donde la afluencia del público es baja. ¿Existe realmente un daño *efectivo* por el acceso del público? En contraposición, nos podemos poner en la situación de cualquier predio colindante con un lago de la zona lacustre, donde existe una gran presión del público para acceder a sus riberas. Aquí es más razonable pensar en la existencia de una limitación más severa para los dueños, pues el uso que se dará a la senda puede afectar más sus intereses patrimoniales. Por lo mismo, a la administración quizás le sea más útil contar con un tipo distinto de mecanismo para garantizar el acceso, como la expropiación de una faja de tierra o el establecimiento de una servidumbre

²⁴⁸ STC Rol N°1215-08 de 27 de abril de 2009, considerandos 19°-25°.

²⁴⁹ En las dos oportunidades que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la materia, ha recurrido al mismo argumento, tal como se puede leer en los fallos STC Rol N°1145-08 de 17 de marzo de 2009, considerandos 33°-45°; y STC Rol N°1215-08 de 27 de abril de 2009, considerandos 29°-41.

de tránsito, si fuera el caso. Paralelamente, no se puede desconocer el posible valor económico que puede otorgar una vía de acceso, creando un monopolio a favor de su titular para su explotación.

Recapitulando, el caso del acceso público y gratuito a las playas, si bien no ha estado exenta de problemas debido a su contenido, es un buen punto de partida para pensar en la existencia de un derecho de acceso universal. Lo que falta, y donde la legislación comparada ofrece buenas herramientas, es en la existencia de garantías más *explícitas* para los propietarios, como sería la codificación de normas mínimas de comportamiento para los usuarios y en la posibilidad de los dueños de solicitar la *expropiación* u otro remedio equivalente en caso de un uso muy intensivo de parte de los usuarios.

3.4.2 *Las servidumbres*

Otra posibilidad que podemos encontrar en nuestro código para solucionar el problema del acceso público está en la constitución de servidumbres. En el sistema implantado en el Reino Unido, el *CROW Act* mediante la figura de los *public paths*²⁵⁰ reconoce la importancia de identificar y proteger sendas peatonales históricas.

En principio, la gran ventaja que provee la servidumbre es su carácter de derecho real. Por lo mismo, participa de todos sus caracteres y permite mantener además coherencia en nuestro sistema, pues se trata de un claro límite *externo* al dominio.

Ahora bien, en lo que respecta las servidumbres del Código los dilemas que se estriban dicen razón con la propia definición que otorga el artículo 820²⁵¹. De partida, el derecho real de servidumbre requiere, para su constitución, que se trate de dos predios de *distinto dueño*. Esto ya acarrea problemas, pues esta figura sería totalmente irrelevante para establecer accesos dentro de un mismo predio. Esto se entronca inmediatamente con un segundo problema: que la servidumbre siempre será en utilidad de *otro predio*, que además conforme a Claro Solar, debe *importar una traslación de parte de las utilidades de un predio a otro*²⁵². El mismo carácter real que posee la servidumbre civil la haría inaplicable, pues de ningún modo podría establecerse

²⁵⁰ *CROW Act*, 48 Restricted byway rights. - “(1) Subject to subsections (2) and (3), the public shall have restricted byway rights over any way which, immediately before the commencement of section 47, is shown in a definitive map and statement as a road used as a public path (...)”.

²⁵¹ Artículo 820 Código Civil – “*Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.*”

²⁵² CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*. Volumen IV, Tomo IX, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 30.

una servidumbre del Código Civil que tenga como beneficiario el público general. En este sentido, nuestro ordenamiento adopta plenamente lo recogido por el *Code*²⁵³, en tanto elimina la diferenciación entre servidumbres personales y reales. Salvo el caso de las servidumbres administrativas, no se podría establecer una servidumbre de predio a público.

Además, y en particular aplicable a la figura de la servidumbre de tránsito, el artículo 882²⁵⁴ señala que el goce inmemorial de la servidumbre no bastará para su constitución, con pleno arreglo a lo señalado en el artículo 2499²⁵⁵. Finalmente, siempre se debe tener en consideración el gasto que puede significar la servidumbre de tránsito, pues conforme al artículo 847²⁵⁶, su constitución se presume onerosa.

A pesar de las limitaciones anteriores, es importante destacar que las servidumbres podrían tener mucha utilidad en cuanto a garantizar el acceso a bienes fiscales. En efecto, el artículo 880²⁵⁷ habilita a los dueños de los predios a establecer en ellas las servidumbres que estimen necesarias, aún aquellas de carácter legal como una servidumbre de tránsito en beneficio de un predio fiscal. Además, en el caso de estas servidumbres voluntarias de tránsito, que siempre deberán cumplir con el requisito del artículo 820, rige el principio de *autonomía de la voluntad*, y la ausencia de título puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño, como reconoce el artículo 883²⁵⁸. Siguiendo a Claro Solar, esta libertad implica que quien conceda una servidumbre puede *limitarla o extenderla como le parezca, y aplicar las condiciones que quiera*²⁵⁹. Por estas consideraciones, somos de la opinión que mediante las servidumbres voluntarias de paso se podría no solamente reglamentar el acceso mismo, sino también imponer normas mínimas de conducta. Así, en el escrito de constitución de la servidumbre predial, sería perfectamente

²⁵³ FELDMAN, Fernando, y VALDÉS, Jesús *Op. cit.* p. 88. Artículo 637 Código Civil Francés – “La servidumbre es un gravamen impuesto sobre una heredad en beneficio y utilidad de otra perteneciente a otro propietario.”

²⁵⁴ Artículo 882 Código Civil – “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las. Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años.”

²⁵⁵ Artículo 2499 Código Civil – “La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.”

²⁵⁶ Artículo 847 Código Civil – “Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.”

²⁵⁷ Artículo 880 Código Civil – “Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecino con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes (...).”

²⁵⁸ Artículo 883 Código Civil – “El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (...).”

²⁵⁹ CLARO SOLAR *Op. cit.*, p. 299.

admisible que se establezca que el predio particular - el predio *serviente* - deba tolerar el tránsito de toda persona que desee ingresar a un predio fiscal colindante.

Con todo, la misma solución no puede predicarse respecto de los bienes nacionales de uso público. En tal sentido se pronuncia Claro Solar²⁶⁰, pues debido al carácter intransferible de esta categoría de bienes, no es posible establecer derechos reales sobre ellos, pues se encuentran fuera del régimen común de propiedad.

²⁶⁰ CLARO SOLAR *Op. cit.*, p. 45

Capítulo 4 - Hacia un Derecho de acceso público a las montañas y naturaleza

Tras examinar todas las instituciones vigentes de nuestro Código Civil, y concluir tentativamente su insuficiencia para dar solución a esta problemática, corresponde determinar el carácter y los contornos que tendría un estatuto que regulase el derecho de acceso público a las montañas y naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico.

La gran diferencia, como anticipábamos, respecto de la institución prevista en el artículo 13 del DL N° 1939 estriba en su carácter. El caso del acceso a las playas es un mecanismo para garantizar y proteger el acceso a bienes de uso público; por lo tanto, limita a los usuarios a transitar por los predios de propiedad particular para llegar a su destino. Es uno de los tantos medios que prevé nuestro ordenamiento para acceder a las playas, y por lo mismo, explica el esmero del legislador en tratarlo como una medida de *ultima ratio*.

El derecho de acceso público a las montañas y naturaleza no comparte esta naturaleza. Su propósito es proveer a la población de espacios para la recreación, pues las montañas son *el destino mismo que se busca garantizar*. Por lo tanto, el derecho de acceso público no se agota en la garantía de acceso a las cumbres, lo que no diferiría esencialmente del mecanismo de acceso previsto en el artículo 13 del DL N° 1939, sino que busca algo mucho más amplio – la posibilidad de cada individuo para disfrutar de las montañas a gusto.

Para efectos de organización, en (a) se profundizará en la estructura básica que debería tener un modelo de acceso público en nuestro ordenamiento, teniendo en la mira los modelos comparados de regulación, mientras que en (b) se hará un repaso de las principales iniciativas parlamentarias ingresadas hasta la fecha.

4.1 Matrices fundamentales del acceso público a las montañas

Una de las materias más delicadas es determinar la naturaleza que tendría este derecho en nuestro sistema. Siguiendo a Alessandri²⁶¹, el derecho de acceso público a las montañas y naturaleza tendría el carácter de una restricción o limitación genérica al dominio, pues su idea central reboza en el relajamiento de la facultad de exclusión que asiste a los propietarios de inmuebles y de toda persona que se encuentre en una situación jurídica semejante respecto del inmueble. Respecto del ejercicio del derecho de acceso público, este debe ser naturalmente

²⁶¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC *Op. cit.*, pp. 72-73

gratuito para los usuarios, tal como fluye de las múltiples disposiciones del Código Civil que regulan los límites inmanentes al dominio.

4.1.1 *Fórmula de calificación jurídica*

En cuanto limitación, la aplicación del derecho de acceso sólo tendría lugar en inmuebles con una ubicación geográfica determinada y que, además, no se encuentren destinadas a una actividad incompatible con el ejercicio del derecho de acceso. En cuanto al criterio geográfico, resulta más idóneo hablar de inmuebles ubicados en zonas de montaña que no sean urbanas (sea en la cordillera de los Andes o de la Costa) que establecer parámetros de altitud para determinar si un inmueble puede ser sujeto a al ejercicio del derecho de acceso. A pesar de la amplitud de tal concepto, es en el segundo requisito, el *destino* del inmueble, el que realmente califica si la finca podrá ser objeto de acceso público.

A este respecto, y tal como veíamos en el Derecho comparado, la fórmula de calificación jurídica tenía por objeto proteger los intereses patrimoniales que pueden tener los titulares de inmuebles sobre el suelo. Por cierto, para ciertas actividades resulta bastante evidente la incompatibilidad entre el destino del inmueble y el ejercicio del derecho de acceso – como sucede en la minería y agricultura – aunque para otras existen mayores dudas – tal como en la explotación de recursos hídricos para la generación eléctrica o para consumo humano.

Tal como veíamos con anterioridad, tanto el Código Civil como el Código de Minería contemplan un binomio para determinar las condiciones de acceso público a un inmueble, sin permiso del dueño. Sin embargo, estas fórmulas emplean los conceptos de *cultivo* y *cerramiento* para determinar el acceso abierto a un inmueble particular. Sería pertinente reemplazar el concepto de *cultivo* por el de *interés patrimonial*, que permite abarcar una mayor cantidad de destinos productivos. De todas maneras, en algunos casos será una cuestión de hecho determinar la compatibilidad del interés del propietario con el ejercicio del derecho de acceso, en especial cuando las actividades económicas solo tengan lugar en partes y no la totalidad del inmueble.

Siguiendo la fórmula anterior, el ámbito de aplicación del derecho de acceso público se vuelve esencialmente flexible. Los propietarios, como principio general, siempre mantienen la prerrogativa de elegir el uso de su inmueble, pudiendo eventualmente pasar de ser predios de acceso liberado a predios sin acceso, requiriendo estos últimos de otro tipo de instrumento legal para caucionar su acceso al público.

El ejercicio del derecho de acceso público tampoco puede tener lugar respecto de todo el espacio físico presente en un inmueble en zona de montaña. Como bien muestran los ejemplos de las legislaciones europeas, y también el artículo 13 del DL N° 1939, jamás se puede entrometer el derecho de acceso con la esfera de intimidad y privacidad de los propietarios, tal como refrendan además las normas del Código Penal²⁶².

4.1.2 *Derechos y responsabilidades de los usuarios*

Por lo anterior, el ejercicio del derecho de acceso por parte de los usuarios siempre deberá ser *considerado*. Que se trate de un ejercicio *considerado* refiere a los deberes de cuidado que debe proveer el usuario tanto al dueño como al resto de los usuarios. Este deber de cuidado, en particular respecto al titular del dominio, es más exigente que aquel presente en el estatuto general de responsabilidad extracontractual, especialmente en atención a los bienes jurídicos involucrados, en particular aquellos relacionados con la protección del medioambiente. Como corolario de lo anterior, los dueños no tienen un deber general de cuidado respecto a los visitantes. Un esquema donde los propietarios deban responder por los accidentes de los usuarios sería excesivamente oneroso, impopular e iría contra los principios de autocuidado y preservación que busca el ejercicio del derecho de acceso. Debido al principio de acceso *considerado*, éste solamente da cabida al ingreso peatonal y por modos análogos que causen la menor lesividad en el entorno.

En general, es preferible contar con reglas de textura abierta que enuncien principios de comportamiento más que caer en la tentación de reglamentar minuciosamente toda actividad que se realizará bajo el ejercicio del derecho de acceso público. Respecto de ciertas materias, en especial respecto al cuidado de bienes medioambientales, es razonable fijar ciertas prohibiciones, tales como aquellas contempladas en el artículo 25 de la Ley N° 18.362²⁶³. En

²⁶² Artículo 144 Código Penal – “*El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, el tribunal podrá aplicar la reclusión menor hasta en su grado medio y elevar la multa hasta quince sueldos vitales.”

²⁶³ Artículo 25 Ley N° 18.362 – “*En las áreas silvestres queda prohibido:*

- a) Causar deterioro en las instalaciones existentes.*
- b) Vaciar o depositar basuras, productos químicos, desperdicios o desechos de cualquier naturaleza o volumen en los sistemas hídricos o en lugares no habilitados para el efecto.*
- c) Ingresar a ellas sin autorización o sin haber pagado el derecho a ingreso.*
- d) Pernoctar, merendar, encender fuego o transitar en los lugares o sitios que no se encuentren expresamente habilitados o autorizados para ello.*
- e) Destruir o dañar bienes culturales, así como su transporte, tenencia y comercialización.*
- f) Ejecutar cualquier otra acción contraria a los objetivos de la categoría o unidad de manejo respectiva.*
- g) Remover o extraer suelo, hojarasca, humus, turba, arena, ripio, rocas o tierra.*

cuanto a las sanciones por su incumplimiento, para los usuarios podrían variar desde la imposición de una multa o la prohibición de acceso al predio, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que podría acarrear la conducta. En caso de los propietarios que dificultaran el acceso, se puede conminarlos a multas y a realizar trabajos para mejorar las condiciones de acceso a su costa.

4.1.3 Medidas de resguardo para los propietarios

¿Significa lo anterior que los propietarios solamente mantienen la facultad de decidir el destino productivo que darán a sus fincas? Es pues, todo lo contrario; siguiendo los casos del Derecho noruego e inglés, es sumamente razonable otorgar a los dueños la facultad de establecer normas de comportamiento que deberán seguir los usuarios. Esto cobra especial relevancia en aquellas zonas de montaña más populares, donde el día de hoy, la falta de reglas se traduce en accidentes, acumulación de desechos e indeclinablemente, en el cierre de los accesos. Lo fundamental es rescatar aquellas reglas de gobernanza que permitan compatibilizar adecuadamente los intereses y derechos de los propietarios, por una parte, y de los usuarios, por otra.

Entre las reglas que pueden imponer los propietarios - y a pesar de la naturaleza gratuita del ejercicio del derecho de acceso público – es razonable establecer la facultad de establecer un cobro por el ingreso al predio, siempre y cuando exista una contraprestación o servicio distinto del acceso.

Las medidas más importantes para el resguardo de los derechos de los propietarios están en la incorporación de *remedios* de distinta naturaleza. Tal como veíamos a propósito de la regulación del *allemansträtten*, las acciones tradicionales que brindan los ordenamientos jurídicos privados resultan insuficientes dados los conflictos y problemas que pueden acaecer con el ejercicio del derecho de acceso público. Esta crítica es extensible a la protección que brinda el sistema de acciones del Código Civil Chileno. Si bien los interdictos posesorios, atendido su flexibilidad y contenido, resultan vías conceptualmente adecuadas para lidiar con los problemas que puede brindar el acceso público, en los hechos las dificultades de prueba, sumados a un procedimiento

-
- h) Intimidar, capturar, sacar o dar muerte a ejemplares de la fauna.
 - i) Cortar, arrancar, sacar, extraer o mutilar ejemplares de la flora.
 - j) Destruir nidos, lugares de reproducción o crianza o ejecutar acciones que interfieran o impidan el cumplimiento del ciclo de reproducción de las especies de fauna.
 - k) Recolectar huevos, semillas o frutos.
 - l) Introducir ejemplares de flora y fauna ajenos al manejo de la unidad respectiva.
 - m) Provocar contaminación acústica o visual.”

judicial anacrónico, desaconsejan su aplicación. Por ello, las soluciones que se vieron a propósito del *Outdoor Recreation Act* resultan particularmente interesantes, en especial la posibilidad de los propietarios de (1) cerrar sus tierras por un lapso temporal o indefinido en caso de la generación de daños sustanciales ecológicos o a intereses patrimoniales; y (2) solicitar al Estado la compra de sus tierras, en situaciones calificadas.

En el fondo, se trata de medidas que permiten compensar hasta la relajación de la facultad de exclusión de los propietarios. El cierre temporal o perpetuo puede permitir la regeneración y preservación de ecosistemas que se puedan ver depredados por la acción humana, o la reparación de todo daño patrimonial causado por el ejercicio del derecho de acceso. Además, resulta enteramente razonable, tal como en el estatuto *CROW*, contemplar la posibilidad que los dueños puedan cerrar los predios por cortos lapsos de tiempo para cualquier fin que estimen necesario. Respecto a la solicitud de compra del inmueble por parte del fisco, este acto no correspondería a una expropiación, pero resulta de toda lógica contemplar un sistema reglado para su operación, además de requerir de causales calificadas para su procedencia; por ejemplo, que el tránsito humano haya hecho totalmente inviable el inmueble para los fines económicos que haya pretendido el dueño, o que el cierre parcial del fundo fuere un remedio insuficiente para lograr la recuperación del inmueble.

Es cierto, la limitación a la propiedad que puede significar el derecho de acceso público puede ser considerable e incluso grave en ciertos casos. Como una manera de compensar esta restricción, es razonable pensar en eximir a los predios abiertos al acceso público del pago del impuesto territorial, con arreglo al artículo 2 de la Ley N°17.235²⁶⁴. En Inglaterra, tras la promulgación del *CROW Act*, se pudo apreciar una disminución en el aumento de la plusvalía de aquellos inmuebles sujetos al acceso público, en relación con aquellas propiedades que no estaban sujetas a dicha limitación²⁶⁵. Esto no quiere decir que dichas propiedades bajaran su valor de mercado con el transcurso del tiempo, sino que dicho aumento de precio era menor relativo a aquellas propiedades sin acceso. Por esta razón, extender la exención del impuesto territorial resulta como una medida de justicia para lidiar con esta pérdida de plusvalía.

²⁶⁴ Artículo 2 Ley N° 17.235 – “Estarán exentos de todo o parte de los impuestos establecidos en la presente ley, los inmuebles señalados en el Cuadro Anexo (1) en la forma y condiciones que en él se indican. Además, estarán exentos de todo o parte del referido impuesto, aquellos predios que no se mencionan en dicho cuadro y que gozan de este beneficio en virtud de leyes especiales (...)”.

²⁶⁵ KLINK, y PARCHOMOVSKY *Op cit.*, pp. 949-961.

El otro gran costo al cual pueden verse enfrentados los propietarios es respecto a asuntos de responsabilidad civil. En vista de ello, establecer una cláusula general de exención de responsabilidad, siguiendo de cerca la fórmula implantada en el derecho inglés, es una medida que permite conjugar adecuadamente los riesgos involucrados en la tolerancia del ejercicio del derecho de acceso. Tal exención tampoco puede ser absoluta; no sería razonable, por ejemplo, remover el régimen de responsabilidad estricta del Código Civil prevista para los animales fieros del artículo 2327²⁶⁶; o aquella contemplada en el artículo 2328 inciso primero²⁶⁷; o en cuanto existan daños producto de una conducta criminal. En cuanto al artículo 2326²⁶⁸, que establece la responsabilidad de los dueños por los hechos de sus animales, este resultaría especialmente oneroso para algunos propietarios, por lo que se recomendaría establecer un relajamiento en el deber de cuidado, haciendo responsable al dueño sólo en caso de culpa grave. Respecto al régimen del artículo 2323²⁶⁹, referida a la ruina de edificios, salvo que exista una vía de acceso que transite obligatoriamente a una distancia muy próxima a una construcción, pensamos que más bien sería razonable eximir al propietario de responsabilidad, regla que sería concordante con la prohibición del artículo 144 del Código Penal.

Por último, y con relación al uso del derecho de acceso público por parte de empresas de turismo o para la realización de actividades masivas, es enteramente razonable dejar en manos de los propietarios la decisión de autorizar su operación, tal como ocurre en la legislación de Noruega. Siendo el acceso público una carga bastante significativa para los dueños de los predios, es enteramente justo que estos decidan si permiten que terceros puedan generar un lucro con el acceso a sus tierras, pues sobre los dueños recaerán las externalidades negativas de dichas actividades.

²⁶⁶ Artículo 2327 Código Civil – “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.”

²⁶⁷ Artículo 2328 Código Civil – “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.”

²⁶⁸ Artículo 2326 Código Civil – “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravió o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.”

²⁶⁹ Artículo 2323 Código Civil – “El dueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso del artículo 934), de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.”

4.1.4 Nueva Institucionalidad

El éxito de un derecho de acceso público requiere indeclinablemente de un sistema regulatorio robusto que permita, por una parte, aumentar y proteger el caudal de sitios abiertos al público, y por otra, proteger adecuadamente los derechos e intereses de los propietarios.

Si bien el Ministerio de Bienes Nacionales cuenta con una estructura orgánica que puede resultar atractiva para cumplir con este mandato, principalmente en virtud de su desconcentración territorial, somos de la opinión que es necesario contar con una nueva institucionalidad para poder cumplir con los complejos objetivos que impone la introducción del acceso público²⁷⁰. Entre los principales motivos está que la estructura jurídica del ministerio puede ocasionar conflictos de intereses, al ser por excelencia un cargo de confianza de la Presidencia y permeable a los vaivenes de la política. Además, su carácter unipersonal puede no ofrecer suficientes garantías para el público, dada la multiplicidad de funciones que ya cumple el ministerio, en atención al artículo 1 del DL N° 3274²⁷¹.

En vista de lo anterior, y para remediar dichas falencias, se debería crear un nuevo organismo que tenga como bases (1) autonomía constitucional, para evitar el riesgo de captura regulatoria y política; (2) una estructura colegiada con integración letrada y escabina, siguiendo la experiencia de diversas entidades regulatorias en Chile; y (3) desconcentración territorial, por razones obvias. En cuanto a la competencia de este órgano, debería velar principalmente por (i) mantener un catastro de todos los sitios de acceso público; (ii) informar sobre condiciones de acceso; (iii) dirimir controversias relativas a la aplicación del estatuto; (iv) decidir sobre la

²⁷⁰ Los municipios también son una alternativa institucional para la administración descentralizada del derecho de acceso público. Sin embargo, los riesgos de politización y clientelismo, sumados a la posible falta de *expertise* podrían desaconsejar radicar en estos órganos dicha función.

²⁷¹ Artículo 1 DL N° 3274 – “El Ministerio de Bienes Nacionales es la Secretaría de Estado encargada de aplicar, controlar y orientar las políticas aprobadas por el Supremo Gobierno, como asimismo aplicar la legislación correspondiente y controlar su cumplimiento, en las siguientes materias; sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General de la República:

a) Las relativas a la adquisición, administración y disposición de bienes fiscales;

b) La estadística de los bienes nacionales de uso público, de los bienes inmuebles fiscales y de los pertenecientes a las entidades del Estado, mediante un registro o catastro de dichos bienes;

c) La coordinación de las demás entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, en la elaboración de las políticas destinadas al aprovechamiento e incorporación de terrenos fiscales al desarrollo de zonas de escasa densidad de población, y disponer la ejecución de los actos de su competencia encaminados a su realización. Le corresponderá, además, en esta materia, la proposición y ejecución de las políticas, planes y programas destinados al asentamiento humano en aquellas áreas del territorio nacional de escasa densidad poblacional.

d) Las relativas a la regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz particular y constitución del dominio sobre ella, como asimismo de la regularización y constitución de la propiedad de las comunidades, en los casos y condiciones que señala la ley, y

e) Las demás a que se refieran otras disposiciones legales y reglamentarias.”

aplicación de remedios; y finalmente (v) aplicar sanciones por el incumplimiento de las normas del estatuto.

En cuanto a su naturaleza, y siguiendo ejemplos exitosos en nuestro ordenamiento, sería interesante crear un órgano como un Panel de Expertos, de rango legal, técnico e independiente de la autoridad política de turno.

Por último, y sin olvidar el carácter híbrido que tendría este organismo al ejercer funciones administrativas y jurisdiccionales, es importante contar con procedimientos reglados que permitan cautelar adecuadamente las garantías de un debido proceso para los regulados.

4.2 Una breve referencia a las iniciativas parlamentarias en la materia

La premisa sobre la que se sostiene esta investigación no es original: desde el año 2003 se han presentado tres proyectos de ley en la materia. A la fecha, tres se encuentran archivadas en el congreso, sin avances en su tramitación, mientras que la cuarta se encuentra actualmente en tramitación²⁷². Como veremos, todas comparten un núcleo esencial: ninguna intenta afectar los derechos de propiedad constituidos sobre inmuebles en zonas de montaña. Además, la mayoría carecen de normas relativas al comportamiento de los titulares del derecho de acceso público, como, asimismo, normas relativas a la modificación de la responsabilidad civil.

4.2.1 *Boletín N°3188-12, Establece normas para la promoción del desarrollo económico y social y la protección ambiental y de la vida humana en las zonas de montaña (2003)*

En cuanto al primer proyecto, el Boletín N°3188-12 consiste en un ambicioso proyecto que busca dar cumplimiento a las convenciones internacionales suscritas por nuestro país.

Un primer punto para destacar, en línea con el contenido de los instrumentos internacionales, conforme al artículo 2 este proyecto está destinado a regular *zonas de montaña*.²⁷³ Es un planteamiento razonable del legislador tener a la vista este concepto en vez de definir propiamente tal una montaña. La regla contempla una fórmula amplia y flexible para determinar cuáles son las áreas de montaña, lo que permite abarcar la mayor cantidad del territorio

²⁷² Los proyectos legislativos que se examinaron fueron consultados en https://www.camara.cl/pley/pley_buscar.aspx?prmBuscar=monta%u00f1a el 9 de enero de 2019 a las 14:48.

²⁷³ Artículo 2 Boletín Legislativo N°3188-12 – “*Para efectos de esta ley se entiende por zonas de montaña todas las que se encuentran en la Cordillera de Los Andes y en la Cordillera de la Costa, y todas aquellas zonas con altitudes superiores a los 1.000 metros, o en las cuales haya presencia de laderas muy empinadas que constituyan obstáculos significativos para el asentamiento o desplazamiento en ellas.*”

geográfico nacional. Sin embargo, tal amplitud puede ocasionar dificultades en los inmuebles urbanos que se encuentren en zonas de montaña.

En lo que se refiere al acceso a las montañas, el artículo 1 inciso tercero señala que el acceso a las montañas será libre, siempre y cuando no se trate de zonas de montaña emplazadas en propiedad privada.²⁷⁴ La norma envuelve una maravillosa contradicción: el acceso a las montañas será libre siempre y cuando se traten de bienes públicos. Cabe cuestionarse el mérito de esta iniciativa; si solamente se busca garantizar el acceso a bienes públicos, la constitución de servidumbres se puede realizar perfectamente por la vía administrativa. En otras palabras, el legislador ha decidido privilegiar la facultad de exclusión de los dueños por sobre el interés público.

Otro punto destacable de la norma es la inclusión de consideraciones de responsabilidad personal y ambiental, tal como señala el artículo 1 inciso final, al indicar que los límites del derecho de acceso son el respeto al derecho ajeno, la seguridad pública y la seguridad nacional. Sin embargo, también se vislumbra el excesivo paternalismo del legislador en cuanto a la regulación de los deportes en montaña. Por una parte, el artículo 7 inciso segundo impone como límite a la libertad de acceso a la montaña el que *sean realizadas en condiciones seguras para los practicantes*²⁷⁵, y por otra, la autoridad cuenta con una amplia facultad de discreción para limitar el acceso a personas habida su nivel de aptitudes, en conformidad al artículo 9²⁷⁶.

A pesar del loable objetivo perseguido por el legislador, este intento por asegurar la debida protección a los montañistas resulta absolutamente contraproducente. En primer lugar, sin una adecuada supervisión de los órganos del Estado, no existen garantías de seguridad para los

²⁷⁴ Artículo 1 Boletín Legislativo N°3188-12 – “(...) El acceso a las montañas es libre, sin perjuicio de las normas sobre constitución de la propiedad raíz del Derecho Común. Con todo, cuando las zonas de montaña fueren bienes públicos y su acceso se viere limitado por la constitución de propiedad privada en su entorno, se deberán constituir servidumbres de paso, que aseguren el acceso libre de la población.

La libertad del acceso a las montañas tiene como únicos límites: el respeto por el derecho ajeno, la seguridad pública, y la seguridad nacional”.

²⁷⁵ Artículo 7 Boletín Legislativo N°3188-12 – “Es deber del Estado asegurar la protección de la vida humana en las zonas de montaña.

La libertad de explotar, excursionar, escalar y realizar cualquier tipo de actividades recreativas o deportivas en las montañas, tendrán como límite el que sean realizadas en condiciones seguras para los practicantes de estas actividades como para las comunidades asentadas permanentemente en ellas y la debida protección ambiental de los recursos naturales inorgánicos y bióticos que conforman los ecosistemas de montaña.”

²⁷⁶ Artículo 9 Boletín Legislativo N°3188-12 – “La autoridad establecerá categorías de practicantes de deportes de montaña, previa certificación de las instituciones estatales o reconocidas por el Estado para la formación o capacitación de deportistas de montaña.

Se podrá limitar el acceso a zonas de montaña, habida cuenta de su nivel de riesgo, a personas que se encuentren habilitadas para la práctica deportiva en la categoría de conocimiento y experiencia respectiva.”

practicantes si los cursos de montañismo no se conforman a un estándar mínimo. Las posibilidades de cooptación y captura regulatoria son altas sin una adecuada estructura normativa. En segundo lugar, el limitar el acceso a personas *habida su experiencia* supone que los practicantes de deportes de montaña carecen de raciocinio para tomar decisiones en ambientes de riesgo. Esta *infantilización* resulta excesiva atendida los objetivos perseguidos en el proyecto. Los deportes de montaña envuelven en sí misma riesgos, tanto objetivos como subjetivos. Suponer que una prohibición de estas características implicaría una reducción de accidentabilidad es un tanto ingenuo.

Finalmente, a pesar de las buenas intenciones que contiene dicho proyecto, hay que reconocer que envuelve en sí misma un desconocimiento profundo acerca de la realización de actividades de montaña, además de presentar el riesgo de una excesiva burocratización. Como hemos hecho hincapié, el proyecto no toca el derecho de propiedad; tampoco tiene normas relativas a responsabilidad civil (salvo en lo referente a la exigencia de seguros, conforme al artículo 8²⁷⁷); y tampoco normas de comportamiento; deficiencias graves para el éxito de un proyecto de estas características.

4.2.2 *Boletín N°6840-12, Regula el acceso a valles de la Cordillera de los Andes y áreas silvestres protegidas (2010)*

El proyecto de autoría del Senador Allamand consiste en un artículo único que busca modificar el artículo 13 del DL N°1939, obligando a los propietarios de predios colindantes a tierras fiscales facilitar el acceso peatonal cuando se ubiquen en cuencas o subcuencas fluviales que accedan a sus cumbres principales²⁷⁸.

²⁷⁷ Artículo 8 Boletín Legislativo N°3188-12 – “Se podrá establecer la exigencia de seguros obligatorios contra riesgos personales de las personas que practiquen deportes de montaña; seguros de viaje, y seguros de rescate y evacuación de las personas que sufrieren accidentes de montaña.”

²⁷⁸ Boletín Legislativo N°6840-12. Proyecto de Ley. Artículo único. Reemplazase el artículo 13° del Decreto Ley N° 1.939 de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado por el siguiente: “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, así como con tierras fiscales que ubicadas en las cuencas o subcuencas de la Cordillera de los Andes accedan a sus cumbres principales, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos, deportivos y científicos, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto. En el caso de los terrenos colindantes a cuencas o subcuencas de la Cordillera de los Andes, sólo será exigible el acceso mediante medios no motorizados.

Con todo, quedarán excluidos de la obligación establecida en el inciso precedente los propietarios de terrenos colindantes con tierras fiscales que se ubiquen en cuencas o subcuencas de una superficie estimada inferior a diez mil hectáreas, y aquellos propietarios de predios vecinos a inmuebles fiscales que han sido objeto de permisos de ocupación de conformidad a la ley.

Quedarán también excluidos de la exigencia definida por los incisos anteriores quienes acrediten que ésta resulta incompatible con sus fines productivos o científicos (...)

Para efectos de esta ley, se entenderá por cumbres principales aquellas que alcancen al menos un 65% de la altitud de la cumbre más alta de la región en la que la propiedad se emplaza, salvo para las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá,

Si bien el proyecto tiene la virtud de enlazar armónicamente con el ordenamiento, son varios los reproches a la técnica legislativa que saltan a la vista.

En primer lugar, el proyecto introduce criterios cuantitativos y cualitativos para determinar los predios sobre los cuales se aplicará el gravamen. No solamente deberán ser predios colindantes con cuencas o subcuencas, sino que también deberán tener una extensión superior a 10.000 hectáreas. Irónicamente, el propio mensaje ya vislumbra el efecto perverso que este requisito tendría en la regulación²⁷⁹. Por lo demás, la iniciativa ya contemplaba una exención suficientemente amplia en su inciso tercero, que resguarda adecuadamente los intereses de los particulares y del público.

En segundo lugar, el proyecto introduce en su inciso final un criterio muy restrictivo para identificar lo que proyecto denomina *cumbres principales*, todas aquellas cuya altura corresponda a un 65% del pico más alto de la región, salvo para las montañas de las Regiones XIV, I y II. Es nuestra opinión fijar legislativamente lo que son montañas o cuales cumbres deben tener acceso no se corresponde con la necesaria abertura y flexibilidad que debe poseer un estatuto de esta naturaleza. Siguiendo el criterio del proyecto, para la Región de Aysén solamente habría acceso libre a las cumbres de más de 2660 metros, que constituyen una ínfima parte de los cerros y montañas presentes en dicha zona. Asimismo, para la Región Metropolitana solamente habría acceso a las cumbres de más de 4000 metros.

Volvemos a nuestra crítica al proyecto anterior. Si tanto se desea preservar el derecho de propiedad, entonces sería más razonable utilizar la vía administrativa para solucionar los problemas de acceso, en vez de legislar un proyecto que tendría un alcance y efectos mínimos en cuanto a la ampliación del acceso público a las montañas.

4.2.3 Boletín N°7357-12, Obliga a constituir servidumbre de paso para acceder a las montañas (2010)

La segunda iniciativa presentada el año 2010 es de autoría del Senador Chahuán. El proyecto destaca por su simplicidad, al modificar el artículo 847 del Código Civil para establecer una

Antofagasta y Atacama, en las cuales se entenderá como cumbre principal aquellas que tengan una altitud superior a los 5.000 metros sobre el nivel del mar."

²⁷⁹ Mensaje Boletín Legislativo N°6840-12 "(...) Una consecuencia indeseada de este límite es la posibilidad de subdividir predios artificialmente con el propósito de eludir la regulación, pero resulta necesario establecerlo para acotar su aplicación a aquellos casos significativos (...)”

servidumbre legal para acceder a las montañas, sean de propiedad fiscal o particular²⁸⁰. Esta última iniciativa es la que más armonía presenta con nuestro ordenamiento jurídico, al recurrir a una herramienta con algunos méritos para solucionar la problemática del acceso. Además, presenta un concepto muy amplio de montaña, lo que permitiría abarcar muchas zonas para el ejercicio del derecho de acceso público.

Con todo, la simplicidad de tal proyecto omite ciertas reglas respectivas a las servidumbres. En primer lugar, el proyecto no soluciona el problema de la indemnización, pues acorde a la regla del artículo 847 del Código, siempre corresponderá al titular del predio dominante *pagar el valor del terreno necesario y resarcido todo otro perjuicio*. La pregunta natural que corresponde hacer es ¿a quién corresponde indemnizar? La iniciativa no otorga respuestas, y como regla supletoria, deberíamos suponer que corresponde al fisco, conforme a las reglas generales de responsabilidad establecidas en la Carta Fundamental²⁸¹. En segundo lugar, existe un defecto conceptual en la norma propuesta, esto es, que no establece expresamente el carácter universal de estos accesos. La fórmula del proyecto establece que la servidumbre es *a beneficio de las montañas*, de lo cual no se colige necesariamente que sea a beneficio de todo el público. Finalmente, el proyecto tampoco contempla normas de conducta para los usuarios, y deja muchas preguntas respecto a la administración de las vías de acceso.

4.2.4 *Boletín N°12460-20, Establece normas sobre acceso a territorios de alta montaña o de altas cumbres (2019)*

Finalmente, el 24 de enero del 2019 se presentó el más reciente proyecto legislativo en la materia, redactado por el diputado Sebastián Torrealba. Es la más completa de las iniciativas hasta la fecha, recogiendo varias de las directrices y principios esbozados en la sección 4.1.

El primer punto para destacar en esta iniciativa es el catálogo de principios que informan el estatuto²⁸². Por una parte, se pone un fuerte acento en la conservación y protección del medio

²⁸⁰ Boletín Legislativo N°7357-12 - Artículo único: Modificase el artículo 847 del Código Civil, agregándose un inciso final del siguiente tenor: “*Con todo, los propietarios de predios colindantes a una o más montañas, sean particulares o fiscales, quedan obligados a constituir una servidumbre de tránsito obligatoria y perpetua en beneficio de la o las montañas con que limiten, por cualquiera de sus flancos o laderas. Se entiende por montaña, toda elevación del terreno, superior a setecientos metros, medidos desde su base.*”

²⁸¹ Artículo 38 Constitución Política de la República – “*(...) Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*”

²⁸² Artículo 2 Boletín Legislativo N°12460-20 – “*Principios. Los principios que inspiran la presente ley son los siguientes:*
1. *Acceso Consciente: El derecho de acceso a la montaña debe ejercerse en forma consciente, procurando el debido resguardo de la integridad personal, el cuidado y la preservación del medio ambiente, el respeto por los pueblos originarios, los bienes públicos y la propiedad privada presente en los territorios de montaña.*”

ambiente, tanto por el público como por los órganos estatales y organizaciones o personas que administren sitios de acceso, contemplado además un orden de prelación en cuanto exista tensión entre estos principios y el derecho de acceso. Por otra parte, se impone un triple mandato dirigido a los organismos públicos consistentes en la (1) promoción y educación del público respecto al contenido y ejercicio del derecho de acceso; (2) coordinación con otros organismos del Estado y organizaciones civiles para efectos fortalecer el derecho de acceso y finalmente (3) la expansión gradual del derecho de acceso según las reglas del proyecto.

Un segundo aspecto positivo son las definiciones que otorga la Ley respecto a los conceptos de Territorio de Alta montaña y Vías de acceso²⁸³. En cuanto al concepto de altas montañas se introduce una fórmula amplia e inclusiva, utilizando un binomio con los elementos de prominencia y altitud, contemplando una regla especial para las Regiones XIV, I, II y III. Quizás

2. *Responsabilidad: Quienes en el ejercicio del derecho de acceso a la montaña sufran o generen daños o perjuicios a su integridad física o la de terceros, a los bienes públicos, la propiedad privada y/o al patrimonio ambiental, serán responsables por ello de acuerdo a las normas que regulan la responsabilidad civil y penal que establezca la ley.*

3. *Promoción de acceso y educación: Los órganos de la administración del Estado y las organizaciones de la sociedad civil podrán promover medidas y acciones conducentes a informar y educar respecto al acceso a la montaña, con especial énfasis en los principios que lo enmarcan y las condiciones en las cuales éste puede ejercerse.*

4. *Coordinación: Los órganos de la administración del Estado, los administradores y las organizaciones de la sociedad civil que promuevan, informen y/o eduquen en torno al acceso a la montaña, deberán procurar actuar de manera coordinada y siguiendo los lineamientos establecidos en la Política Nacional de Montaña y otros instrumentos de política pública y normas relativas al uso, cuidado, preservación y fomento del patrimonio de montaña.*

5. *Seguridad: Por el principio de seguridad quien se encuentre en posición de habilitar o mantener una vía de acceso a los territorios de alta montaña, debe asegurar que el acceso contará con las medidas apropiadas para evitar accidentes, y con los medios necesarios para prestar socorro y rescate, si ello fuere necesario. Deberá además proporcionar la información necesaria para el ingreso responsable y educar en cuanto a los riesgos que la zona presenta.*

6. *Protección del Medio Ambiente: El principio de protección del Medio Ambiente obliga a quien administra y a quien accede a los territorios de altas cumbres de montaña a prevenir la producción de cualquier pérdida, disminución, deterioro o perjuicio al medio ambiente. En virtud de este principio, cualquier perjuicio al medio ambiente deberá ser atendido con prioridad y de manera integrada.*

7. *Conservación: por el principio de conservación, los órganos de la administración del Estado, los administradores, las organizaciones de la sociedad civil, y las personas naturales que accedan a los territorios de altas cumbres de montaña, deberán generar los medios necesarios para preservar, mejorar, mantener, rehabilitar y restaurar las poblaciones y los ecosistemas, sin afectar su aprovechamiento. El principio de Conservación y de Protección del Medio Ambiente prevalecerán sobre el derecho de acceso a los territorios de altas cumbres de montaña de conformidad a la presente ley.*

8. *Gradualidad: por el principio de gradualidad, los órganos de la administración del Estado, los administradores o las organizaciones de la sociedad civil, según corresponda, que se encuentren obligados a habilitar vías de acceso a los territorios de altas cumbres de montaña, deberán adoptar las medidas que correspondan, a lo largo del tiempo y, en la medida que existan los recursos económicos y de presupuesto, que permitan la escalonada implementación de los proyectos, programas; planes de seguridad; y la protección del medio ambiente; higiene, salubridad; y turismo, en un período de tiempo razonable.*

Lo anterior, deberá llevarse a cabo a través del establecimiento de metas intermedias y finales, las cuales serán establecidas en los reglamentos correspondientes y deberán ser proyectadas en un cronograma temporal.”

²⁸³ Artículo 3 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Definiciones. Para efectos de esta ley se entenderá por:

1. *Territorio de alta montaña o de altas cumbres. Para los efectos de la presente ley se entenderá por Montaña o territorios de montaña todas aquellas formaciones geológicas que alcancen los 400 metros de prominencia y/o al menos un 35% de la altitud de la cumbre más alta de la región en la que la propiedad se emplaza, salvo para las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama, en las cuales se entenderá como cumbre principal aquellas que tengan una altitud superior a los 5.000 metros sobre el nivel del mar.*

2. *Vía de Acceso: Todos los caminos, senderos, y obras que se realicen para permitir el acceso a los territorios de alta montaña.”*

el punto más relevante del proyecto dice razón con la centralidad de las vías de acceso, que puede ser de tres categorías conforme al artículo 9²⁸⁴: (1) aquellas habilitadas en conformidad a una solicitud elevada a la autoridad competente; (2) aquellas habilitadas por organismos públicos y (3) aquellas habilitadas voluntariamente por personas naturales o jurídicas.

Un tercer punto a rescatar del proyecto dice relación con las funciones que cumplirán los actores públicos y privados en el modelo de acceso público, entre los que podemos mencionar (1) la elaboración de un registro público de las vías de acceso²⁸⁵; (2) resolver sobre las solicitudes de acceso²⁸⁶, contemplado un procedimiento reglado a dictarse en un posterior reglamento y (3) el mantenimiento y administración de las vías de acceso²⁸⁷. Si bien la decisión de concentrar estas funciones en el Ministerio de Bienes Nacionales puede obedecer a razones de *know how* y economía, mantenemos nuestras reservas en cuanto a la capacidad de este organismo para dar respuesta satisfactoria a los problemas que pueden surgir con el acceso público. Sin embargo, pensamos que es un acierto realizar un distingo con los predios adscritos al SNASPE, ubicando las funciones anteriores en la entidad que administre dichas áreas²⁸⁸.

²⁸⁴ Artículo 9 Boletín Legislativo N°12460-20 – “(...) rutas de acceso a los terrenos de Montaña que:

a) *Hayan sido definidos conforme al procedimiento establecido en la presente Ley;*

b) *Hayan sido habilitados especialmente al efecto por el Ministerio de Bienes Nacionales, el órgano que administre el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, Municipios o Asociaciones de Municipios, y cualquier otro órgano de la administración del Estado con competencia para la administración de bienes inmuebles fiscales o públicos que contengan sitios de montaña; o*

c) *Hayan sido habilitados voluntariamente por personas naturales o jurídicas, propietarias o administradoras de inmuebles que contengan o sean colindantes a territorios de alta montaña fiscales, mediante la presentación de un plan de manejo ad hoc.”*

²⁸⁵ Artículo 9 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Catastro de Accesos. La División de Catastro del Ministerio de Bienes Nacionales, de conformidad al artículo 8 letra b) del Decreto Ley 3.274, deberá mantener actualizado el catastro general de los bienes del Estado, con la información proporcionada por las Secretarías Regionales Ministeriales (...)”

²⁸⁶ Artículo 4 Boletín Legislativo N°12460-20 – “(...) Un reglamento establecerá el procedimiento de solicitud de acceso a los territorios de altas cumbres de montaña. Este procedimiento deberá contener a lo menos las siguientes etapas:

a) *Un análisis general del impacto económico y social;*

b) *Una consulta a organismos públicos competentes; y*

c) *Una etapa de consulta pública, la que tendrá una duración mínima de treinta días hábiles (...)”*

²⁸⁷ Artículo 6 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Del Acceso a territorios de alta montaña de propiedad fiscal administrados por el Ministerio de Bienes Nacionales. En los territorios de alta montaña de interés deportivo, científico, cultural o turístico, que sean de propiedad fiscal y que no integren el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, el Ministerio de Bienes Nacionales se encargará de administrar a través de instituciones públicas o privadas, que demuestren poder otorgar un acceso seguro y responsable al territorio de alta montaña (...)”

²⁸⁸ Artículo 5 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Del Acceso a territorios de alta montaña que integran el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado. En los casos en que la solicitud recaiga en una zona que integre el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, y en aquellas zonas que colinden con estas áreas, deberá buscarse el acceso más conveniente para el resguardo de dicha zona y, siempre que resulte compatibles con los principios de Conservación y de Protección del Medio Ambiente.

Corresponderá a la entidad que administre dichas áreas, a través de sus planes de manejo, establecer la forma de otorgamiento de acceso. Con todo, la entidad que administre dicha área podrá denegar el acceso en atención a los principios que inspiran esta ley, por motivos fundados.”

Finalmente, un elemento muy relevante dice razón con la protección dispensada a los propietarios, estableciendo expresamente (i) el carácter esencialmente transitorio del derecho de acceso²⁸⁹, (ii) una cláusula general de exención de responsabilidad civil²⁹⁰ y (iii) en la exención de otorgar acceso público en aquellas partes de la propiedad donde se desarrollen actividades industriales incompatibles con su ejercicio²⁹¹.

A pesar de todos los aciertos y mejoras de esta iniciativa, hay espacio para varias críticas. Nuestro principal cuestionamiento del proyecto, tal como ocurre con las anteriores, es que solamente contempla el acceso a predios fiscales, aquellos pertenecientes al SNASPE y de aquellos particulares que voluntariamente ponen su predio a disposición del público²⁹². Es decir, este proyecto mantiene las herramientas y formas que contempla el DL N°1939 siendo la única innovación el mecanismo de solicitud de ingreso a predios particulares para efectos de *transitar a los predios fiscales donde se emplacen las cumbres*, contemplado en el artículo 4. Es decir, en lo tocante a las cumbres o prominencias en predios particulares, estos seguirán quedando a merced de la voluntad de sus dueños.

En cuanto a la fórmula de los principios, también tenemos ciertas reservas. Primero, varios principios enunciados se superponen en contenido unas a otras, en especial aquellas relativas a la protección de bienes ambientales, que podrían quedar subsumidas en un único apartado. Segundo, existe una introducción de conceptos ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, esencialmente respecto al principio de *acceso consciente*. Si bien compartimos su núcleo de establecer un especial deber de cuidado, pensamos que sería óptimo mantener conceptos jurídicos más armónicos con nuestro ordenamiento. Tercero, no existe ningún mandato

²⁸⁹ Artículo 7 Boletín Legislativo N°12460-20 – “De los límites al derecho de acceso. El derecho de acceso a la montaña establecido en esta ley en ningún caso podrá constituir o devenir en situaciones de carácter permanente que afecten la esencia del derecho de propiedad. En todo caso, siempre podrá caducar el derecho a solicitar o a transitar por las vías de acceso habilitadas por motivos de seguridad, medio ambientales, de conservación, científicos, o culturales (...)”

²⁹⁰ Artículo 8 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Responsabilidad por accidentes. Los propietarios de los terrenos de montaña o colindantes a ellos, a través de los cuales se acceda y en los que se desplieguen las actividades permitidas por esta ley, no serán responsables por las lesiones, daños y perjuicios materiales que afecten a las personas que acceden, salvo que los daños y/o perjuicios sean imputables al actuar doloso de dichos propietarios (...)”

²⁹¹ Artículo 4 Boletín Legislativo N°12460-20 – “(...) Este acceso sólo podrá realizarse por medios no motorizados, salvo autorización expresa en contrario por parte de la autoridad competente, y no podrá exigirse en aquella porción de los terrenos en donde se emplacen o desarrollen actividades industriales o en zonas destinadas a usos propios de la defensa nacional y seguridad nacional, que sean incompatibles”

²⁹² Artículo 1 Boletín Legislativo N°12460-20 – “Objeto. La presente ley tiene por objeto promover el acceso a las áreas de altas cumbres de montaña, que se ubiquen en terrenos fiscales a lo largo del territorio nacional. El derecho a acceder a la montaña deberá siempre ejercerse cumpliendo las obligaciones que establezca la ley y sus reglamentos, en forma consciente y responsable, velando siempre por el cuidado y la preservación del medio ambiente y buen uso de los bienes públicos y privados que puedan verse afectados al momento de acceder a la montaña.”

orientado a la regulación de precios o tarifas de acceso en el proyecto. Como mencionábamos anteriormente, el ejercicio del derecho de acceso debe ser naturalmente gratuito, especialmente en aquellos sitios donde sea innecesario realizar obras para desarrollar o preservar vías de acceso.

En particular, el principio de *seguridad* es uno de los que más se repite a lo largo del proyecto, mostrando la impronta fuertemente paternalista del legislador. A propósito de los arts. 5 y 6, el principio de seguridad constituye una motivación razonable para que la autoridad no autorice habilitar una senda de acceso; y corroborando esta idea, el artículo 7 señala que el derecho a transitar o solicitar acceso puede caducar en virtud de este principio. Además de *infantilizar* a los usuarios, en virtud del principio de seguridad aumentan notablemente los costos que puede significar administrar un proyecto o vía de acceso. Incluso, siguiendo el tenor del proyecto, no solamente quienes administran accesos deben cumplir con dicho mandato, sino también los particulares por cuyos predios se han habilitado sendas en conformidad con el procedimiento del artículo 4. En nuestra opinión, resulta más eficaz y menos paternalista por parte de la autoridad proveer canales eficaces de información respecto a la *calidad* de los accesos y los riesgos asociados a las rutas, en especial en virtud del principio de *promoción de acceso y educación*, cuyo mandato debe ser imperativo y no opcional para los organismos involucrados. Respecto a la protección de los propietarios, si bien el proyecto contempla expresamente el carácter transitorio del derecho de acceso estableciendo un orden de prelación a favor del principio de *conservación y protección del medio ambiente*, pensamos que de todas maneras se podrían incluir remedios especiales para los propietarios, como la solicitud de compra por parte del particular. En particular, la fórmula de exención empleada por el proyecto utiliza el vocablo *industria*, término que resulta inadecuado y poco inclusivo de otras actividades económicas que pueden resultar afectadas por el ejercicio del derecho de acceso. En este mismo sentido, se extrañan reglas que permitan resguardar adecuadamente la vivienda o morada de los dueños, más allá de las remisiones generales a las normas civiles y penales conforme al principio de *responsabilidad* del artículo 2.

Un asunto que el proyecto legislativo no aborda es la regulación de las actividades del gremio turístico. Como veíamos a propósito del modelo de Suecia, el uso indiscriminado del *allemansrätten* por parte de particulares con afán de lucro ha traído varias consecuencias indeseables, que fueron remediadas en los estatutos de Noruega y del Reino Unido. De

momento, la solicitud de acceso para realizar actividades turísticas no conlleva más cargas y obligaciones que aquellas solicitudes motivadas por motivos deportivos o científicos, conforme a los arts. 4, 6 y 7. Si bien se desprende del mensaje del proyecto la importancia de contar con accesos para el desarrollo del turismo, objetivo que compartimos, la evidencia ha demostrado que no se puede entregar tal asunto a la autorregulación de las empresas y agencias del rubro. El Boletín Legislativo N°12460-20 tampoco está exenta de imprecisiones en su redacción. De la lectura de los incisos 4 y 5 del artículo 6²⁹³ en relación con el artículo primero transitorio²⁹⁴ no queda claro si existirá un único reglamento para regular el procedimiento de solicitud de acceso, o si cada solicitud de acceso dará pie a la redacción de un nuevo reglamento para el sitio en cuestión.

Finalmente, pensamos que sería conveniente contemplar un pequeño catálogo de conductas prohibidas para complementar los mandatos de comportamiento que establecen los principios del artículo 2, aparejada de sanciones suficientemente disuasivas para los usuarios.

A modo de cierre, y a pesar de lo destemplada que pueden resultar varias de nuestras críticas, el proyecto de autoría del diputado Torrealba presenta una indudable mejora respecto a las iniciativas presentadas con anterioridad, tanto en su técnica legislativa como en su sustancia.

²⁹³ Artículo 6 Boletín Legislativo N°12460-20 - “(...) De conformidad al artículo cuarto precedente, un reglamento regulará el procedimiento de solicitud de acceso, administración y reclamación de la denegación a la solicitud de acceso, en caso de ser aplicable.

El reglamento será dictado por el Ministerio de Bienes Nacionales. Cuando se trate de territorios de alta montaña que integren el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado, el reglamento correspondiente deberá llevar la firma del Ministro del Medio Ambiente y del Ministro de Agricultura. Adicionalmente, los reglamentos determinarán las normas para el establecimiento de las vías, modalidades y condiciones de acceso a los terrenos de montañas, así como para la protección, uso, educación y desarrollo sostenible del patrimonio de montaña.”

²⁹⁴ Artículo Primero Transitorio Boletín Legislativo N°12460-20 - “El sistema de habilitación de vías de acceso en terrenos fiscales que regula la presente ley, entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el respectivo reglamento a que se refiere el artículo 6°, el cual deberá ser dictado en el plazo de seis meses a contar de esta fecha.”

Conclusión

El derecho de acceso público a las montañas constituye un concepto muy atinente al actual estado de nuestro orden social. Dadas las características geográficas de nuestro país, puede constituir una forma de aprovechar de mejor manera los parajes prístinos y únicos que nos provee la cordillera de los Andes.

Un derecho de acceso a las montañas implica principalmente la contraposición entre dos grupos de intereses. Por un lado, de terceros que buscan transitar físicamente por bienes ajenos de manera temporal y limitada; y por otro, de los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de los propietarios, poseedores, arrendatarios o tenedores de los predios donde tendría lugar dicho tránsito.

Establecer un auténtico derecho de acceso a las montañas implica reconocer las barreras físicas y jurídicas que significa el derecho de propiedad. En los países europeos que fueron objeto de estudio, el derecho de acceso público a la naturaleza resuelve estas dificultades al delimitar muy cuidadosamente los derechos que asisten a los propietarios y terceros. Los sistemas de acceso público recogen las particularidades culturales y jurídicas de sus respectivos países, ampliando los derechos de los terceros, como en los países escandinavos; bien estableciendo derechos mínimos de acceso al público, como el caso de Inglaterra. Estas normas, fundadas en criterios de razonabilidad y prudencia, permiten compatibilizar el derecho de acceso a la naturaleza con la propiedad privada.

En el derecho administrativo chileno existen herramientas que parcialmente pueden dar solución a la problemática del acceso a las montañas. En lo que respecta a los inmuebles en zonas de montaña que forman parte del patrimonio del fisco, la decisión de destinarlas al uso público corresponde a una decisión política, sin necesidad de una intervención legislativa.

Así, el principal obstáculo para establecimiento de un acceso público a las montañas está dado por los inmuebles de propiedad particular. Tal como la mayoría de las instituciones jurídicas, el concepto de propiedad es maleable a las necesidades y usos del tráfico jurídico. Para el reconocimiento de un derecho de acceso a las montañas, el núcleo del problema se encuentra en la facultad de exclusión que la propiedad confiere a sus titulares. A pesar de que nuestro Código Civil en varias ocasiones levanta el velo de exclusividad, estas excepciones son insuficientes para resolver el conflicto entre los intereses del público y de los propietarios. Queda claro que, para el caso de las zonas de montaña emplazados en propiedad particular, es necesaria una

iniciativa legal que permita el acceso público a las montañas, tal como sucede respecto a las playas y amparado en la función social de la propiedad.

El acceso público a las montañas constituye un fuerte compromiso entre intereses públicos y privados. Por ello, resulta fundamental contar con reglas ancladas en criterios de razonabilidad para resguardar adecuadamente los intereses de propietarios, del público y del fisco. Solamente de esta manera se podrá aprovechar al máximo de una de las grandes riquezas con las que cuenta nuestro territorio.

Bibliografía

1. Alcalde, Jaime (2014). *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*. Revista Chilena de Derecho Privado N°22, pp. 299-314.
2. Aldunate, Eduardo. (2006). *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, pp. 285-303.
3. Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. (2011). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo Segundo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
4. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. (1997). *Tratado de los Derechos Reales. Tomo Primero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
5. Alexander, Gregory. (2011). *Pluralism and Property*. Fordham Law Review, Vol. 80, pp. 1017-1052.
6. Anderson, Jerry. (2006). *Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude*. Journal of Legal Education, Vol. 56, pp. 1-12.
7. Anderson, Jerry. (2007). *Britain's Right to Roam: Redefining the Landowner's Bundle of Sticks*. Georgetown International Environmental Law Review, Vol. 19, pp. 375-435.
8. Anderson, Jerry. (2007). *Countryside Access and Environmental Protection: An American View of Britain's Right to Roam*. Environmental Law Review, Vol. 9, pp. 241-259.
9. Babie, Paul (2018). *The future of private property*. Sydney Law Review, Vol. 40 N°433, pp. 433-444.
10. Barcia, Rodrigo. (2010). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo IV. Los Bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
11. Baron, Jane. (2009). *The Contested Commitments of Property*. Hastings Law Journal, Vol. 61, pp. 917-968.
12. Bell, Abraham y Parchomovsky, Gideon. (2018). *Property as the Right to be left alone*. University of Pennsylvania Law Review, *forthcoming*, pp. 1-66.
13. Blackstone, William. (1979). *Commentaries on the Law of England*. Chicago: University of Chicago Press.
14. Cabrera, Alejandra. (2018). *Determinación y Fijación de los Cauces Naturales en Chile. El Límite entre un Bien Nacional de Uso Público y la Propiedad Privada*. Derecho Público Iberoamericano, N°12, pp. 13-41.

15. Claro Solar, Luis. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes*, Tomos VI-IX. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
16. Combe, Malcolm. (2018). *Exclusion erosion – Scots property law and the right to exclude*. En D. Nain *et. al* (Eds.) Northern Lights: Essays in Private Law in Memory of Professor David Carey Miller. Aberdeen, Reino Unido: Aberdeen University Press, pp. 102-140.
17. Conejero Roos, Cristián (2001). *El Libre Acceso a las Playas del mar y el Estatuto Constitucional de la Propiedad*. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°1, pp. 7-44
18. Feldman, Fernando, y Valdés, Jesús. (2014) *Código Civil en su redacción vigente a 1 de julio de 2013*. Valladolid: Juriscope.
19. Fennell, Lee Anne (2019). *Property Beyond Exclusion*. William & Mary Law Review, *forthcoming* Vol. 61, pp. 1-36
20. Gorovitz, Heidi. (2011). *Public Access to Private Land for Walking: Environmental and Individual Responsibility as Rationale for Limiting the Right to Exclude*. Georgetown International Environmental Law Review, Vol. 23, pp. 211-262.
21. Honoré, Anthony (1961). *Ownership*. En A.G Guest (Ed.), Oxford Essays in Jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, pp. 370-376.
22. Hughes, Michael, Tye, Marian, and Zulfa, Mariyam. (2010) *The Right to Roam: A review of policy and management of public access to land*. A report for the Department of Sport and Recreation WA, Perth.
23. Ilgunas, Ken (2018). *This land is our land. How we lost the right to roam and how to take it back*. Nueva York: Penguin Random House LLC.
24. Katz, Larissa. (2008). *Exclusion and Exclusivity in Property Law*. University of Toronto Law Review, Vol. 58 N°3, pp. 275-315.
25. Katz, Larissa. (2011). *Ownership and social solidarity: A Kantian Alternative*. Legal Theory, Vol. 17 N° 119, pp. 119-143.
26. Kenlan, Peter. (2016). *Maine's Open Lands: Public use of private land, the right to roam, and the right to exclude*. Maine Law Review, Vol. 68 N°1. pp. 185-315.
27. Kiverstein, Abraham. (2000). *Síntesis del Derecho Civil. Bienes*. Santiago: Editorial La Ley.
28. Klick, Jonathan y Parchomovsky, Gideon. (2017). *The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165, pp. 919-966.

29. Kukuczka, Jerzy (1992). *Mi mundo vertical*. Madrid: Ediciones Desnivel.
30. Lira, Samuel (2008). *Curso de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
31. Lovett, John. (2010). *Progressive Property in Action: The Land Reform (Scotland) Act 2003*. Nebraska Law Review, Vol. 89, pp. 739-818.
32. Mankiw, Gregory. (2012). *Principios de Economía*. México D.F: Cengage Learning Editores.
33. McNeish, Wallace, y Olivier, Steve. (2017). *Contracting the Right to Roam*. En: K. Spracklen *et. al.* (Ed.), *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*. Londres, Reino Unido: Palgrave Macmillan, pp. 289-307.
34. Merrill, Thomas. (1998). *Property and the Right to Exclude*. Nebraska Law Review, Vol. 77, pp. 730-755.
35. Míguez Núñez, Miguel. (2014). *De las Cosas Comunes a Todos los Hombres. Notas para un Debate*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 41 N°1. pp. 7-36.
36. Montt, Santiago. (2002). *El Dominio Público. Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*. Santiago: LexisNexis Chile
37. Penner, James. (2003). *The Idea of Property in Law*. Oxford: Oxford University Press.
38. Peñailillo, Daniel. (2010). *Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
39. Perle, Judith. (2015). *The Invisible Fence: An Exploration of Potential Conflict between the Right to Roam and the Right to Exclude*. Birkbeck Law Review, Vol. 3, pp. 77-10
40. Rozas, Fernando (1998). *Los Bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
41. Salah, María Agnes. (2009). *A propósito de la jurisprudencia sobre el acceso a las playas de mar, ríos y lagos: algunas reflexiones sobre las limitaciones al dominio*. En: Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 179-193.
42. Sawers, Brian. (2011). *The Right to Exclude from Unimproved Land*. Temple Law Review, Vol. 83, pp. 665-696.
43. Shoard, Marion. (1999). *A Right to Roam*. Londres: Oxford University Press.
44. Singer, Joseph. (2000). *Entitlement. The Paradoxes of Property*. New Haven: Yale University Press.

45. Skewes, Fernanda. (2017). *Régimen jurídico de la desalación de agua de mar en Chile. El carácter de bien de dominio público del agua de mar y del borde costero* (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago.
46. Soto Kloss, Eduardo (2009). *Acceso a las playas ¿Retorno al estatismo expoliador?* En: Sentencias Destacadas 2009: Una mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas. Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 17-36.
47. Valguarnera, Filippo. (2013). *Acceso alla Natura tra Ideologia e Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore.
48. Wyman, Katrina. (2018). *The new essentialism in property*. Journal of Legal Analysis, Vol. 9 N°2, pp. 183-246.

Normas citadas

Derecho Nacional

1. Código Civil de la República.
2. Código de Minería.
3. Código Penal.
4. Constitución Política de la República de 1980.
5. Decreto Ley N°1.939, Establece normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.
6. Decreto Ley N°3.274, Fija Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales.
7. Decreto N°108 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Crea el Comité Nacional para las Montañas, publicada en el Diario Oficial el 12 de septiembre de 2014.
8. Ley N°18.362, Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.
9. Ley N°18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

Derecho Comparado

1. Código Ambiental de Suecia de 1998
2. Código Penal de Suecia de 1962
3. Constitución Política de Suecia de 1974
4. Constitución Política de Noruega de 1814
5. Código Civil Francés
6. Código Civil Italiano
7. Código Civil Suizo
8. *Crown Rights of Way Act*, 2000, Reino Unido
9. *Forstgesetz*, 1975, Austria
10. *Outdoor Recreation Act*, 1957, Noruega

Derecho Internacional

1. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, 2002
2. Naciones Unidas (2002). Plan 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.
3. Naciones Unidas (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible.

Proyectos de ley

1. Boletín N°3188-12, Establece normas para la promoción del desarrollo económico y social y la protección ambiental y de la vida humana en las zonas de montaña. Cámara de diputados de Chile, Valparaíso, 9 de enero de 2003.
2. Boletín N°6840-12, Regula el acceso a valles de la Cordillera de los Andes y áreas silvestres protegidas. Senado de Chile, Valparaíso, 9 de marzo de 2010.
3. Boletín N°7357-12, Obliga a constituir servidumbre de paso para acceder a las montañas. Senado de Chile, Valparaíso, 14 de diciembre de 2010.
4. Boletín N°12460-20, Establece normas sobre acceso a territorios de alta montaña o altas cumbres. Cámara de Diputados de Chile, Valparaíso, 24 de enero de 2019.

Jurisprudencia

Nacional

1. *Inmobiliaria Río Lapataia con Bucarey Álvarez Raimundo*, 13° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 6080/2013 de 21 de agosto de 2013
2. *Inmobiliaria Río Lapataia con Bucarey Álvarez Raimundo*, Corte Suprema, Rol N°1914/2014 de 1 de diciembre de 2014.
3. STC Rol N°1141-08-INA de 17 de marzo de 2009
4. STC Rol N°1284-08-INA de 24 de septiembre de 2008
5. STC Rol N°1215-08-INA de 20 de abril de 2009
6. STC Rol N°2678-14-INA de 25 de junio de 2015.

Internacional

1. Sentencia de la Nytt Juridiskt Arkiv Rol N°T3615-95, de 27 de septiembre de 1997

Bibliografía Digital

1. Código Civil de Italia de 1942, consultado en <https://wipolex.wipo.int/es/text/430550>
2. Comité Nacional de Montañas (2018). *Borrador política nacional para la gestión sustentable de la montaña en Chile y plan de acción al 2030*, extraído de <http://www.cem-fundacion.cl/wp-content/uploads/2017/05/Borrador-politica-monta%C3%B1a-1.pdf>.
3. Constitute Project Organization (2018). *Sweden's Constitution of 1974 with Amendments through 2012*. Nueva York, EEUU: Constitute Project. Recuperado de https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012.pdf?lang=en.
4. Crown Rights of Way Act, UK, 2000. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/37/contents>.
5. Domínguez, Rodolfo, Palma, Mario y Praus, Sergio (2011). *La Situación Jurídica de las Actuales Áreas Protegidas de Chile*. Recuperado de http://bdrnap.mma.gob.cl/recursos/privados/Recursos/CNAP/GEFSNAP/Praus_Palma_Domin-guez_2011.pdf
6. Donoso, Cristián. (2009). *Chile, el país de las montañas prohibidas*. 6 de enero 2017, de Libertades Públicas Sitio web: <http://www.libertadespublicas.org/?p=1534>.

7. FAO (2012). *Diagnóstico Nacional de Montaña. Fortalecimiento de la gestión participativa para el desarrollo sostenible de los Andes*. Recuperado de <http://www.fao.org/3/CA0124ES/ca0124es.pdf>.
8. *Forstgesetz* 1975. Austria, Recuperado de <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010371>
9. Fundación Sendero de Chile (2018). *Nuestra Historia*. Santiago, Chile: Fundación Sendero de Chile. Recuperado de <https://www.fundacionsenderodechile.org/losorigenes>.
10. GASCO GLP S.A (2019). *Protocolo para solicitar acceso al Volcán Maipo – Fundo Cruz de Piedra*. Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.empresagasco.com/wp-content/uploads/2019/02/PROTOCOLO-ACCESO-FUNDO-CRUZ-DE-PIEDRA-versio%CC%81n-2019-.pdf>.
11. Justitiedepartementet (1965). *Swedish Penal Code*. Estocolmo, Suecia: Regerinskansliet. Recuperado de <https://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>.
12. Klima- Og Miljødepartementet (2018). *Outdoor Recreation Act*, Noruega, extraído de <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/outdoor-recreation-act/id172932/>.
13. *Land Reform Act*, Escocia, 2003. Consultado en <https://www.legislation.gov.uk/asp/2016/18/contents>.
14. Miljødirektoratet (2017). *Right to Roam*, Noruega, extraído de <http://www.miljodirektoratet.no/en/Areas-of-activity1/Outdoor-recreation/Right-to-Roam/>.
15. Miljö- Och Energidepartementet (2000). *Swedish Environmental Code*. Estocolmo, Suecia: Regerinskansliet. Recuperado de <https://www.government.se/49b73c/contentassets/be5e4d4ebdb4499f8d6365720ae68724/the-swedish-environmental-code-ds-200061>.
16. Ministerio de Bienes Nacionales (2018). *Catastro de Bienes Nacionales*. Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.catastro.cl/>
17. Ministerio del Deporte (2015). *Encuesta Nacional de Hábitos de Actividad Física y Deportes 2015 en la población de 18 años y más*. Recuperado de <http://www.mindep.cl/wp-content/uploads/2016/07/PRESENTACION-ENCUESTA-HABITOS-2015.pdf>

18. Naturvardsverket (2017). *Right of public Access – a unique opportunity*. Estocolmo, Suecia: Naturvardsverket. Recuperado de <http://www.swedishepa.se/Documents/publikationer6400/978-91-620-8522-3.pdf?pid=4204>.
19. Naciones Unidas (2002). *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* (A/CONF. 199/20). Recuperado de https://unctad.org/es/Docs/aconf199d20_sp.pdf
20. Visit Sweden (2018). *About the right of public access*, Suecia, extraído de <http://www.visitsweden.com/suecia/Que-hacer/Naturaleza-y-aire-libre/Una-Suecia-amante-de-la-naturaleza/El-Derecho-de-Acceso-Publico-sueco>.
21. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (1907). Suiza, extraído de <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html#a699>