



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Público

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN Y SUS DESAFÍOS

Aplicación en Chile, en especial al sector eléctrico y minero

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Desarrollada en el marco del proyecto FONDECYT de Iniciación: "Instrumentos para la elaboración de una política energética sustentable", N°11100288, 2010-2012

Isabel Cabeza Galindo

Profesora guía: Pilar Moraga Sariego

Santiago, Chile

2014

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todos aquellos que colaboraron con esta investigación; a mi profesora guía Pilar Moraga, por su confianza y orientación; a Winston Alburquenque y a Gonzalo Parot, por compartir sus conocimientos, opiniones e ideas en forma desinteresada. Especialmente, agradezco a mi familia, quienes con su dedicación y apoyo son partícipes en mis logros.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I. DEFINICION CONCEPTUAL DE LA SERVIDUMBRE DE CONSERVACION	8
A. Definición conceptual.....	11
B. Naturaleza jurídica de la servidumbre de conservación	17
C. Definición del concepto de titular de la servidumbre de conservación.....	21
D. Formas de constitución de la servidumbre de conservación	27
E. Vigencia de la servidumbre de conservación	32
CAPÍTULO II. DESAFIOS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DE LA SERVIDUMBRE DE CONSERVACION	38
A. La eficiencia de las servidumbres de conservación.....	38
B. Deberes de monitorear y administrar el terreno y cumplimiento de las obligaciones impuestas por la servidumbre	43
C. Perpetuidad	47
D. Modificación y terminación de la servidumbre de conservación	52
E. Aplicación de incentivos para la constitución de la servidumbre de conservación	60
F. Coordinación de la servidumbre de conservación con las políticas públicas de un gobierno local.....	66
CAPÍTULO III. DEFINICION CONCEPTUAL DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION EN EL PROYECTO DE LEY CHILENO	76
A. Definición conceptual.....	79
B. Naturaleza jurídica del derecho real de conservación	84
C. Definición del concepto de titular del derecho real de conservación	87

D. Formas de constitución del derecho real de conservación.....	97
E. Vigencia del derecho real de conservación.....	103
F. Otras disposiciones.....	110
CAPÍTULO IV. DESAFIOS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION EN EL DERECHO CHILENO	119
A. Desafíos del derecho comparado aplicables a Chile.....	121
1. Eficiencia del derecho real de conservación	121
2. Deberes de monitorear y administrar el terreno y cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho real de conservación	129
3. Perpetuidad.....	136
4. Aplicación de incentivos para la constitución del derecho real de conservación	140
5. Coordinación del derecho real de conservación con las políticas públicas de uso del suelo de una municipalidad.....	149
B. Desafíos propios.....	159
1. Aspectos constitucionales.....	159
2. Utilización como medida de compensación de impacto ambiental.....	165
3. Control de la Superintendencia de Medio Ambiente	171
4. Compatibilidad con la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas	175
CAPÍTULO V. APLICACION DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION AL SECTOR ELECTRICO Y MINERO	178
A. Constitución de los derechos	181
B. Ejercicio de las facultades que emanan del derecho real de conservación y de las concesiones	186
1. Relación entre el derecho real de conservación y las concesiones con servidumbre forzosa	189
2. Relación entre el derecho real de conservación y las concesiones sin servidumbre forzosa	192
C. Terminación del derecho real de conservación y de las concesiones mineras y eléctricas.....	194

CONCLUSIONES..... 198

BIBLIOGRAFIA..... 206

RESUMEN

La presente memoria trata sobre el derecho real de conservación. Se analiza la institución en el derecho comparado –conocida bajo el nombre de “conservation easement” o servidumbre de conservación-, su definición, naturaleza jurídica, características esenciales y los desafíos jurídicos que ha planteado. Posteriormente, se examina la propuesta legal chilena –actualmente en debate en el Congreso Nacional-, analizando cómo los desafíos identificados para el derecho comparado podrían replicarse en nuestro país y cuáles otros pueden generarse a partir de dicha regulación. Finalmente, se relaciona éste derecho con los sectores eléctrico y minero, identificándose los conflictos jurídicos que surgen y sus posibles consecuencias.

La investigación se enmarca en el Proyecto FONDECYT de Iniciación “Instrumentos para la elaboración de una política energética sustentable”, N° 11100288, años 2010-2012, cuya profesora responsable es la Sra. Pilar Moraga Sariego.

Como metodología se utiliza el análisis de doctrina y jurisprudencia de países que han reconocido al derecho real de conservación en sus legislaciones, de doctrina y jurisprudencia nacional y de informes tanto del Congreso Nacional como de otros organismos encargados de la protección de la biodiversidad, v. gr. Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y grupos de conservación privada.

Entre las conclusiones, se mencionan desafíos y debates doctrinales que son aplicables tanto al derecho comparado como al nacional y problemáticas propias de nuestra regulación relacionadas con la institucionalidad ambiental vigente. Al relacionarlo con los sectores eléctrico y minero se advierte un orden de prelación implícito en la ley que evidencia la necesaria discusión sobre la finalidad del derecho real de conservación y las nuevas posibilidades que se abren con su creación.

INTRODUCCION

La biodiversidad constituye el núcleo funcional de los ecosistemas y por tanto, su protección es fundamental para proveer de servicios ecosistémicos a la población, además de ser un pilar fundamental del desarrollo sustentable¹. En la comunidad internacional existe preocupación por la pérdida mundial de la biodiversidad y la degradación de los ecosistemas ya que, entre otros efectos, socavan el desarrollo mundial, la seguridad alimentaria y la nutrición, el abastecimiento y acceso al agua, la salud de los habitantes del medio rural y de los pueblos, incluidas las generaciones presentes y futuras². Por esto, en la reciente Cumbre Río+20 se reafirmó “el valor intrínseco de la diversidad biológica, así como los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y el papel primordial que desempeña en el mantenimiento de ecosistemas que prestan servicios esenciales, que son bases fundamentales para el desarrollo sostenible y el bienestar humano. Reconocemos la gravedad de la pérdida mundial de biodiversidad y la degradación de los ecosistemas”³.

En otras legislaciones se contienen diversos mecanismos para la protección de la biodiversidad, como por ejemplo, establecer prohibiciones o restricciones para el uso del suelo protegido, expropiar áreas privadas para establecerlas como áreas públicas protegidas y declarar áreas de propiedad fiscal como áreas protegidas públicas⁴.

¹ CHILE. Estado del Medio Ambiente. [en línea] Santiago, Chile, 2011c. Capítulo 7 Biodiversidad, pp. 245-317. <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-52016.html>> [consulta: 27 junio 2012]; p. 282.

² ONU. Declaración Río + 20. [en línea] Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. A/CONF.216/L.1. Río de Janeiro, Brasil, 2012. <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf> [consulta: 27 junio 2012]; p. 42.

³ *Ibíd.*

⁴ BEZANILLA Lastrico, Mario Andrés. Servidumbres o derechos reales de conservación. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2005. 65 h.; Sección 1.4.1.

Chile se comprometió a proteger la biodiversidad y a incorporar este concepto en su esfera institucional en 1994 al ratificar el Convenio sobre Biodiversidad Biológica⁵, adhiriendo a la inquietud mundial manifestada en la Segunda Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro en 1992. En el año 2003, Chile estableció una Estrategia Nacional de Biodiversidad y en 2005 desarrolló diversas políticas relacionadas: una Política Nacional de Áreas Protegidas, una Política Nacional de Especies Amenazadas, una Estrategia Nacional para la Conservación y el Uso Racional de los Humedales y Estrategias Regionales de Biodiversidad para cada región. Uno de los objetivos de la Estrategia Nacional de Biodiversidad fue representar al menos el 10% de la superficie de los ecosistemas relevantes en áreas protegidas.

Los compromisos hechos por el Estado de Chile son importantes considerando el alto valor de conservación que presenta el país. En relación a la biodiversidad, "Chile es un país altamente heterogéneo respecto a condiciones ambientales que sustentan la diversidad biológica. Ello posibilita una gran riqueza de ambientes ecosistémicos terrestres, acuáticos continentales, marinos y costeros, en los cuales han evolucionado un conjunto de especies. Asimismo, las condiciones de aislamiento del país permiten la existencia de especies en ecosistemas únicos a nivel mundial"⁶. En el país se han registrado 30.679 especies aproximadamente, de estas sólo 927 especies han sido clasificadas según su estado de conservación. La riqueza de especies se encuentra distribuida por todo el territorio nacional de forma heterogénea⁷.

Por otra parte, también existe preocupación mundial por la disponibilidad de áreas verdes en los centros urbanos. Los organismos internacionales promueven el uso de indicadores como forma de evaluación. La organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda un estándar de 9 m²/habitante como mínimo. En Chile, sólo existen estadísticas de las áreas verdes con mantenimiento municipal por habitante para cada comuna, se excluyen las áreas privadas y las municipales sin mantención. De estas

⁵ ONU. Convenio sobre la biodiversidad biológica. [en línea] Adoptada y abierta a la firma y ratificación en Cumbre de la Tierra, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 1992. Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1993. Promulgada por Chile: Decreto 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18766>> [consulta: 28 julio 2012]

⁶ CHILE. Estado del Medio Ambiente, 2011c; p. 247.

⁷ *Ibíd.* pp. 265-267.

estadísticas se observa que ninguna región alcanza el estándar de la OMS. La región de Arica y Parinacota registra el porcentaje más bajo con un 0,7 m²/hab y la región del Maule el porcentaje más alto con 7,2 m²/hab, mientras que la región Metropolitana registra 3,4 m²/hab⁸.

En nuestro país, los tres principales instrumentos utilizados para la protección de la biodiversidad son: i) establecer áreas o espacios protegidos cuya propiedad mantiene el Estado; ii) la protección de especies y; iii) el sistema de evaluación de impacto ambiental⁹. Desde principios del siglo XX existen áreas protegidas que componen el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE). El sistema se divide en las siguientes categorías legales: Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Reservas Nacionales, Santuarios de la Naturaleza, Bienes Nacionales Protegidos y Reservas Marinas. Actualmente existen 49 Reservas Nacionales, 35 Parques Nacionales y 16 Monumentos Naturales, que juntos suman una superficie de 14,5 millones de hectáreas, representando el 19,3% del territorio nacional y con un valor económico de 1.460 millones de dólares¹⁰.

Sin embargo, el sistema tiene deficiencias. La distribución territorial no es homogénea ni representativa en términos de biodiversidad, ya que un 84% de las zonas protegidas se encuentran en las regiones de Aysén y Magallanes, en contraposición a la zona central (de la V a la VIII región) que concentran un 10% de áreas protegidas. Juntas, las regiones de Coquimbo, Maule y Metropolitana tienen sólo un 1% de áreas protegidas¹¹. Además, hay problemas referidos a la disponibilidad social del territorio protegido, un 78% de la población se concentra en las regiones IV y Metropolitana, pero solo un 1,31% de la superficie total de tierra protegida se ubica en esas zonas. “Esta escasa disponibilidad social de áreas para fines de educación y recreación implica como correlato una alta presión de uso sobre las pocas áreas ya existentes en esas regiones. El caso de la Región Metropolitana es límite: 39% de la

⁸ *Ibíd.* p. 226.

⁹ *Ibíd.* p. 284.

¹⁰ *Ibíd.* p. 290.

¹¹ CHILE. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 356°. Sesión 20° de 17 de abril de 2008a. Documentos de la cuenta p. 59-76; p. 3.

población que dispone del 0,13% de la superficie total del SNASPE. Las posibilidades para la población chilena de visitar sus parques son bajas, y supone medios económicos que permitan trasladarse de una región a otra para llegar a lugares de no fácil acceso en la mayoría de los casos. Hay objetivos de equidad social en el acceso a las áreas silvestres protegidas que no se están cumpliendo, en menoscabo de posibilidades de mejor calidad de vida para el conjunto de la población”¹².

Otro problema que se suscita es el monitoreo y control, lo que significa para el Estado invertir una gran cantidad de recursos. En su declaración implican un alto grado de discrecionalidad administrativa, los mecanismos son poco flexibles y no contemplan participación ciudadana. Además, el actual sistema excluye a estas áreas de la actividad económica lo que genera problemas de aprovechamiento. Esta última situación también plantea problemas prácticos ya que, a modo de ejemplo, entre los sitios identificados como susceptibles de protección en la “Estrategia Nacional de Biodiversidad para la Ecorregión de los Bosques Mediterráneos”, la mayoría son de propiedad privada¹³.

Otro dato relevante es que el objetivo autoimpuesto por el Estado de Chile en la Estrategia Nacional de Biodiversidad no se ha cumplido, ya que algunos ecosistemas terrestres en áreas protegidas, por ejemplo los bosques esclerófilo, espinoso, laurifolio, el desierto absoluto, estepas y pastizales, matorrales desértico y espinoso, entre otros, no alcanzan el 10%¹⁴.

Ante tales deficiencias reviste particular importancia preguntarse qué mecanismos podrían corregir los problemas que genera la regulación tradicional, mayoritariamente estatal.

La respuesta a esta interrogante en diversos países ha sido el fomento de la conservación privada.

¹² FUNDACIÓN TERRAM. Áreas Protegidas Privadas en Chile. Diciembre, 2005. [en línea] <<http://www.terram.cl/images/RPP/rppublicos22.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]; Cuadro 3.2 Las deficiencias del SNASPE.

¹³ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p.3.

¹⁴ CHILE. Estado del Medio Ambiente, 2011c. p. 293.

Ante la constatación de que las áreas susceptibles de protección son propiedad de privados y ante el interés de éstos por proteger dichas áreas y manejarlas de forma sustentable y respetuosa con el medioambiente, se creó hacia 1970 en Estados Unidos, una institución jurídica que buscaba materializar la conservación privada llamada “conservation easement”. El sistema parece haber sido efectivo, “el movimiento privado de conservación y la creación de organizaciones no gubernamentales dedicadas a los proyectos conservacionistas (llamadas *land trusts* en Estados Unidos), se han convertido en el sector de más rápido crecimiento en la comunidad ambiental. Durante los últimos 20 años, el número de fundaciones dedicadas a estos proyectos de conservación privada se ha duplicado, llegando a más de 1.500 organizaciones, que han hecho posible la protección de varios millones de hectáreas”¹⁵. El modelo se ha replicado en países como Australia, Canadá y algunos africanos y, actualmente, busca adoptarse en parte de Latinoamérica.

La “conservation easement” ha sido traducida por la doctrina como servidumbre de conservación o servidumbre ecológica y en Chile se ha llamado Derecho Real de Conservación. Se define como “aquel derecho real que recae sobre un predio y que cede a favor de una persona natural o jurídica, que impone restricciones al ejercicio del dominio sobre el predio, y que eventualmente establece obligaciones de hacer al titular del predio o incluso al titular del derecho real, con el objeto de proteger o conservar, en distintos grados, los recursos naturales existentes en tal predio”¹⁶. El aspecto más innovador es que es el propio dueño quien decide imponer un gravamen a su propiedad de forma totalmente voluntaria.

El auge de la conservación privada se explica como un intento de responder a los problemas clásicos que se generan al consagrar a la conservación estatal como única vía para la protección de la biodiversidad, problemas que se han nombrado someramente más arriba. Sin embargo, también presenta ventajas en cuanto a la planificación económica, socialización y publicidad de la conservación. En efecto, es importante que las personas tomen conciencia de la importancia de proteger las áreas

¹⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 2.

¹⁶ UBILLA Fuenzalida, Jaime Cristián. La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho. En: Revista de derecho ambiental. N° 1, 2006, p.72-96; p. 79.

silvestres, de conservar el patrimonio medioambiental chileno, único en el mundo, para así tener políticas de protección más eficientes, y crear hábitos de cuidado del medio ambiente. “Una política de conservación de la biodiversidad no sólo deberá crear y mantener mecanismos de conservación en sentido estricto sino, además, los mecanismos y las prácticas que permitan la acumulación de información y conocimiento sobre su estado actual y su evolución”¹⁷.

La importancia del tema radica, no sólo en hacer frente a las deficiencias del modelo actual, sino también en la constatación del desarrollo voluntario de iniciativas privadas de este tipo en nuestro país sin marco regulatorio. Pese a la falta de incentivos, las iniciativas privadas en esta materia han demostrado ir en aumento desde los años 90. Se ha calculado que existen más de 500 iniciativas privadas de conservación en Chile, que abarcan una superficie total de 1 millón 700 mil hectáreas aproximadamente¹⁸.

Por su parte, la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300)¹⁹ considera mecanismos de conservación privada. Dicha normativa aún no se ha implementado, pero actualmente existe un proyecto de ley que crea el derecho real de conservación en trámite en el Congreso Nacional²⁰. Además, con el establecimiento de la nueva institucionalidad ambiental el año 2010, se le entregan facultades al Ministerio del Medio Ambiente y al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas para promover y supervisar la creación de áreas silvestres protegidas privadas²¹.

¹⁷ *Ibíd.* p. 72.

¹⁸ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 4.

¹⁹ CHILE. Ley N° 19.300. Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. 1994. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p>> [consulta: 12 octubre 2012]

²⁰ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a.

²¹ El año 2010, mediante la Ley 20.417, se crea el Ministerio del Medio Ambiente, junto con la Superintendencia de Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental, lo que rediseña la institucionalidad vigente en materia ambiental —el órgano máximo hasta ese entonces era la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), servicio público cuyo presidente tenía rango de Ministro de Estado. Al Ministerio del Medio Ambiente le corresponde colaborar en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, y en la promoción del desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa (Artículo 69 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley N° 19.300). Entre sus funciones se encuentra “proponer las políticas, planes, programas, normas y supervigilar el

Dado el panorama descrito, es necesario preguntarse qué es y cómo ha sido reconocido en el derecho comparado las servidumbres de conservación y cuáles son los desafíos jurídicos que ha planteado. Además, interesa saber cómo se pretende consagrar en Chile esta institución jurídica –bajo el nombre de derecho real de conservación-, cuáles desafíos podrían generarse a partir de dicha regulación y cuáles de los desafíos identificados para el derecho comparado podrían reproducirse en nuestro país. En particular, se busca acercar esta institución a un área en la cual su incorporación se presume conflictiva: el sector eléctrico y minero. Cada una de estas preguntas se tratará en capítulos separados.

Para contestarlas se utilizará como metodología el análisis de doctrina y jurisprudencia de países que han reconocido el derecho real de conservación en sus legislaciones. También se revisará doctrina y jurisprudencia nacional para describir la realidad local y compararla con las conclusiones extranjeras. Por último, se utilizarán informes tanto del Congreso Nacional como de distintos organismos encargados de la protección de la biodiversidad, como Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y grupos de conservación privada para acercar las conclusiones a la práctica.

Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza, y supervisar el manejo de las áreas protegidas de propiedad privada”. (Artículo 70, letra b) de la Ley N° 19.300). Por su parte, el artículo 35 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente señala que “el Estado fomentará e incentivará la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, las que estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. La supervisión de estas áreas silvestres corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”.

CAPÍTULO I. DEFINICION CONCEPTUAL DE LA SERVIDUMBRE DE CONSERVACION

La servidumbre de conservación tuvo su origen en Estados Unidos –bajo el nombre de “conservation easement”- hace casi un siglo. La venta de servidumbres para fomentar la conservación comenzó en 1930 cuando el gobierno federal realizó considerables esfuerzos para proteger como espacio abierto las zonas cercanas a los parques Blue Ridge y Avenida Natchez. Posteriormente, el Estado de Wisconsin compró servidumbres alrededor del Great River Road en el año 1950. También en ese año, se comienza a usar la compra de servidumbres para proteger la biodiversidad y el patrimonio ecológico cuando el Servicio norteamericano de Pesca y Vida Salvaje adquiere un terreno de 526 mil hectáreas aproximadamente para prevenir el vaciado de pantanos. El Estado de California hace lo mismo para salvaguardar las tierras costeras del Gran Parque Estatal del Sur Pfeiffer. Los Estados pioneros en esta materia fueron Maryland, Massachusetts y Connecticut²².

Se considera que, desde 1930 hasta 1940, el mecanismo comenzó a usarse para proteger la vista de los parques en algunos Estados del sur de Estados Unidos. Sin embargo, el concepto moderno de servidumbre de conservación nació en la década de 1950 y fue introducido por el periodista William Whyte. Su uso masivo comenzó desde la década de 1980²³.

Desde el año 1980 en adelante, en Estados Unidos se comienzan a crear fondos, aprobados por los ciudadanos, para comprar servidumbres de conservación u ecológicas y así proteger terrenos para la agricultura o las tierras como espacios abiertos. En estos años, el uso de la donación de servidumbres con fines ecológicos o

²² WRIGHT, John B. Conservation easements: An analysis of donated development. [en línea] American Planning Association. Journal of the American Planning Association; 1993; 59, 4; ProQuest Research Library: Social Sciences, pp. 487-493. [consulta: 19 mayo 2012]; p. 488.

²³ MCLAUGHLIN, Nancy A., Conservation Easement: a trouble adolescence. [en línea] J. Land Resources & Envtl. L., Vol. 26, No. 1, 2005a. <<http://stateconservation.org/plnpro/conservation%20easements%20a%20troubled%20adolescence.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]; p.49.

de conservación se multiplicó, empleándose “land trust” u otras organizaciones nacionales como sostenedores. En 1980 se promulgó el Internal Revenue Code (Código de Rentas Internas en español) que consagra beneficios tributarios para la donación y venta de servidumbres de conservación. En 1981 se crea la “Uniform Conservation Easement Act”, ley federal que pretende orientar y unificar las legislaciones de cada Estado. Para 1991 se había protegido un total de 1 millón 100 mil hectáreas de tierras privadas aproximadamente. Además, los gobiernos locales comenzaron a usar esta herramienta en sus programas de planificación territorial²⁴.

Otros países han acogido instrumentos legales que fomentan la conservación privada, pero no necesariamente son idénticos a la institución en estudio, pese a tener características similares. Esto ocurre con la mayoría de los países latinoamericanos y caribeños. Por ejemplo, en Costa Rica se utiliza la figura de la servidumbre ecológica mediante los mecanismos legales que entrega el derecho civil tradicional. Por esto, el contrato será entre dos o más propietarios de terrenos, en el cual al menos uno acepta voluntariamente limitar el uso de su propiedad para conservar los valores ecológicos existentes en ella. Es decir, en este caso siempre existirá un predio dominante y uno sirviente, no contemplándose la figura del sostenedor o “land trust”. Esta adaptación de la servidumbre de conservación original se produce dado que la mayoría de los países que contemplan un sistema de derecho civil continental prohíben entregar una servidumbre en favor de una persona, debiendo hacerse siempre en favor de otro predio. “A la fecha, las servidumbres en Centroamérica se establecen a favor de otro fundo, y es responsabilidad del propietario beneficiado ver que las disposiciones de la servidumbre sean cumplidas. No obstante, esto no quiere decir que no pueda contar con la ayuda de otros”²⁵, en efecto, se observan casos en los cuáles un “land trust” es dueño del predio dominante por lo que puede otorgar asesoría y apoyo y, a su vez, vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la servidumbre ecológica.

Esta situación la encontramos en países como Bélize, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Ecuador, entre otros.

²⁴ WRIGHT, John B. *Op. Cit.* p. 488.

²⁵ CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS NATURALES (CEDARENA). Conservación de tierras privadas en América Central. San José, Costa Rica. CEDARENA, 1998. 162p.; p. 22.

En la legislación británica tampoco se contempla una institución idéntica a la servidumbre de conservación, pero consagra un acuerdo –llamado “covenant”- en el que una de las partes se obliga a no hacer algo, favoreciendo la conservación. En la legislación común de la Unión Europea no existe ninguna institución de éste tipo.

Curiosamente, algunos países africanos que fueron colonias británicas si contemplan la servidumbre de conservación creada en Estados Unidos. Es el caso de Uganda que la consagra en 1995 en la “National Environmental Act” y Kenia, en 1999, en la “Environmental Management and Co-ordination Act”. Posteriormente lo hizo Tanzania en la “Environmental Management Act” en 2004.

Algunos Estados de Australia adoptaron esta institución rápidamente como Victoria en 1972 en la “Victorian Conservation Trust Act” y New South Wales en 1974 con la “National Parks and Wildlife Act”. En Canadá la servidumbre de conservación se contempla, con variados nombres, en las provincias de British Columbia, Ontario y Alberta desde 1995, Saskatchewan desde 1996, Manitoba desde 1997, New Brunswick y Prince Edward Island desde 1998, Nova Scotia desde 2001 y Quebec desde 2002²⁶.

A continuación, se define y explica conceptualmente la servidumbre de conservación o ecológica en forma general, intentando prescindir de los elementos propios de cada legislación. Cuando se haga referencia a una característica propia de algún ordenamiento jurídico se hará mención expresamente. Se tomará como base la normativa estadounidense por ser la pionera en la materia y porque ha sido regulada en forma más extensa y detallada.

²⁶ En British Columbia lo permite la “Land Titles Act” de 1995; en Ontario, la “Conservation Lands Act” de 1995; en Alberta, la “Environmental Protection and Enhancement Act” de 1995; en Saskatchewan, la “Conservation Easements Act” de 1996; en Manitoba, la “Conservation Agreements Act” de 1997; en New Brunswick, la “Conservation Easements Act” de 1998; en Prince Edward Island, la “Wildlife Conservation Act” de 1998; en Nova Scotia, la “Conservation Easements Act” de 2001 y; en Quebec, la “Natural Heritage Conservation Act” de 2002 y el “Quebec Civil Code”.

A. Definición conceptual

La servidumbre de conservación se ha definido doctrinariamente como “un acuerdo legalmente vinculante que restringe, permanentemente, el desarrollo y uso futuro de la tierra para asegurar la protección de sus valores de conservación”²⁷.

Centrándose en sus elementos y, en forma más específica, es “la venta o donación voluntaria de un atributo del dominio de la tierra hecha por su dueño a una entidad gubernamental o a una organización de conservación sin fines de lucro, reconocida por la legislación, con el propósito de proteger los territorios abiertos, recreacionales, ecológicos, destinados a la agricultura o los terrenos históricos”²⁸.

La “Uniform Conservation Easement Act” de Estados Unidos la define como “un derecho sin posesión de un sostenedor en los bienes inmuebles que impone limitaciones u obligaciones positivas para propósitos como retener o proteger los valores naturales, escénicos o los espacios abiertos de la propiedad; asegurar su disponibilidad para la agricultura, silvicultura, uso recreacional o espacios abiertos; proteger recursos naturales, mantener o mejorar la calidad del aire o del agua; o preservar los aspectos históricos, arquitectónicos, arqueológicos o culturales de la propiedad raíz”²⁹.

La legislación del Estado de New Brunswick, Canadá la define como “un acuerdo voluntario entre el cedente de la servidumbre de conservación y el sostenedor de ésta que concede derechos y privilegios al sostenedor de la servidumbre respecto a la tierra, relacionados con los propósitos para los cuales la servidumbre de conservación es concedida y, puede imponer obligaciones, positivas o negativas, al sostenedor de la servidumbre, al cedente de esta o a cualquier propietario que le

²⁷ SMITH, Sarah C. A Public Trust Argument for Public Access to Private Conservation Land. [en línea] Duke Law Journal, Vol. 52, No. 3, 2002. pp. 629-650. <<http://www.jstor.org/stable/1373164>> [consulta: 6 junio 2012]; p. 633. (Traducción de la autora).

²⁸ WRIGHT, John B. *Op. Cit.* p. 487. (Traducción de la autora).

²⁹ RICHARDSON Jr., Jesse and BERNARD, Amanda C. Zoning for conservation easements. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 83-108. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 84. (Traducción de la autora)

sucedan³⁰. Los Estados de Nova Scotia y de Saskatchewan de Canadá la definen en parecidos términos.

El Estado de New South Wales en Australia define a los “acuerdos de conservación” desde la óptica de los “land trust” diciendo que “un “trust” puede celebrar un acuerdo de conservación con cualquier propietario con el propósito de administrar la tierra a la que el acuerdo se refiere y para proteger el patrimonio natural (y cualquier patrimonio cultural asociado al patrimonio natural) de la tierra. El acuerdo puede referirse a más de una parcela de tierra y más de un propietario puede ser parte del acuerdo³¹. Lo mismo hace el Estado de Victoria de ese mismo país, al señalar que cuando un “land trust” considere que un terreno es ecológicamente relevante debido a su belleza, historia, vida salvaje o nativa, entre otros, podrá celebrar con su propietario un acuerdo que debe ser aprobado por el Ministro, el cual será obligatorio para las partes y podrá referirse al desarrollo, uso, conservación o cuidado de todo o parte del predio. Este acuerdo incluirá obligaciones tanto para el “land trust” como para el dueño³².

Los países africanos que contemplan la institución como Kenia, Uganda y Tanzania, no establecen una definición propiamente tal sino que atienden a sus propósitos señalando que “el objeto de una servidumbre ecológica es promover los principios de gestión ambiental establecidos en la presente ley, facilitando la conservación y la mejora del medio ambiente (...) a través de la imposición de una o varias obligaciones en materia del uso de la tierra³³.

³⁰ CANADÁ. New Brunswick. Conservation Easement Act. Chapter C-16.3, 1998. [en línea] Biblioteca del Gobierno de New Brunswick. <<http://www.gnb.ca/0062/PDF-acts/c-16-3.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Sección 2(1). (Traducción de la autora).

³¹ AUSTRALIA. New South Wales. National Parks and Wildlife Act. N°80, 1974. [en línea] Biblioteca Online de Legislación del Gobierno de New South Wales. <<http://www.legislation.nsw.gov.au/viewtop/inforce/act+80+1974+FIRST+0+N>> [consulta: 23 octubre 2012]; Parte 3, Sección 30 (1)(2). (Traducción de la autora).

³² AUSTRALIA. Victoria. Victorian Conservation Trust Act, 1972. Act N°8350/1972, versión N° 032. [en línea] Legislación y Documentos Parlamentarios de Victoria. <[http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt4.nsf/d1a8d8a9bed958efca25761600042ef5/a10210121ab654b1ca257761002ed182/\\$FILE/72-8350a032.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt4.nsf/d1a8d8a9bed958efca25761600042ef5/a10210121ab654b1ca257761002ed182/$FILE/72-8350a032.pdf)> [consulta: 23 octubre 2012]; Sección 3A (1)(2). (Traducción de la autora).

³³ KENIA. Act N°8/1999. Environmental Management and Co-ordination Act. Parte IX. [en línea] Biblioteca del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

De las definiciones, tanto doctrinarias como legales, podemos señalar las siguientes características:

- Deben existir derechos de un privado en manos de un titular o sostenedor, que puede ser una organización de conservación sin fines de lucro (land trust) o una entidad gubernamental.
- La organización de conservación sin fines de lucro o la entidad gubernamental solo adquiere los derechos necesarios para proteger la tierra con fines conservativos y puede adquirir obligaciones.
- El dueño del predio conserva la propiedad sobre el bien y los demás derechos sin embargo, se obliga a no alterar las características medioambientales de la propiedad.
- El titular de la servidumbre de conservación no necesita ser propietario de un territorio adyacente al predio para poder ejecutar la servidumbre.
- Es perpetua, o susceptible de serlo.
- Es vinculante para terceros que en el futuro posean la propiedad gravada con la servidumbre.
- Es transferible a terceros.
- Tiene efecto erga omnes, es oponible a terceros, si está debidamente inscrita.
- Es creada voluntariamente por las partes.
- Puede ser donada o vendida.
- No es necesario que se permita el acceso del público al predio, generalmente basta con el “acceso visual” por sobre el acceso físico.
- Puede requerir la autorización de un agente del Estado para su constitución y la inscripción en un registro.

<<http://www.environment.go.ke/images/emca.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Sección 112 (2). (Traducción de la autora)

- Puede conllevar una compensación económica para el dueño del predio, consistente, generalmente, en beneficios tributarios.
- La propiedad continúa pagando los impuestos correspondientes.
- Los costos de adquisición y de administración son bajos.
- Los costos de monitoreo, de cumplimiento y de ejecución forzada son potencialmente altos y les corresponden a las partes.

Entre las ventajas de la servidumbre de conservación o ecológica señaladas por la doctrina se puede destacar que es voluntaria y flexible en cuanto a su diseño, está basada en la negociación de las partes por lo que se asegura una mejor comprensión de los intereses de cada una de estas y también de las necesidades y características particulares de cada predio. Como es una institución de derecho privado, se rigen por su estatuto, y tienen una aplicación poco burocrática. En general, la única intervención estatal corresponde a la inscripción en el registro correspondiente, sin perjuicio de algunas legislaciones que contemplan otras actuaciones gubernamentales como se verá más adelante. En algunos casos, conlleva compensación financiera como forma de incentivo.

En cuanto a las desventajas se ha mencionado que la característica de ser voluntaria también puede mirarse en forma desfavorable ya que el donante puede decidir no hacerlo, requiere monitoreo permanente lo que es costoso para ambas partes y, en los países que la contemplan, la rebaja de impuestos es susceptible de cambios legislativos³⁴.

La finalidad genérica del derecho real de conservación es la conservación y protección del medio ambiente, considerando tierras y biodiversidad. Algunas legislaciones enumeran los propósitos para los cuales se puede constituir una servidumbre de conservación, como las leyes de los países africanos. Estas señalan, por ejemplo, los siguientes propósitos:

- preservar la flora y la fauna;

³⁴ WRIGHT, John B. Conservation easements. p. 491.

- preservar la calidad y el flujo del agua en un lago, río o acuífero;
- preservar las características geológicas, fisiográficas, ecológicas, arqueológicas o históricas de la propiedad;
- preservar la vista de un terreno;
- preservar un espacio abierto;
- permitir a las personas caminar en un camino definido a través de la tierra gravada;
- preservar los contornos naturales y características de la tierra protegida;
- prevenir o restringir cualquier actividad sobre la tierra gravada como por ejemplo, la minería y el trabajo con minerales o áridos;
- prevenir o restringir cualquier actividad de agricultura en la tierra gravada;
- crear y mantener trabajos en la propiedad gravada como límite o para prevenir daño al medioambiente³⁵.

La legislación canadiense agrega:

- la protección, realce o restauración de ecosistemas naturales;
- la conservación de hábitats de especies de plantas o animales exóticas o en peligro;
- la conservación o protección del suelo, el aire, la tierra o el agua;
- la protección o uso de la tierra para recreación al aire libre;
- el uso de la tierra para educación pública³⁶.

³⁵ UGANDA. National Environmental Act. Cap.153, 2005. Parte IX. [en línea] Publicaciones de la Autoridad Nacional de Gestión del Medio Ambiente, NEMA. <http://nemaug.org/regulations/national_environment_act.pdf> [consulta: 12 octubre 2012]; Sección 72 (4).

³⁶ CANADÁ. New Brunswick. 1998. Sección 3.

En la experiencia norteamericana se han podido identificar los siguientes objetivos o finalidades como los más deseados cuando se constituye una servidumbre ecológica en la práctica, mediante un estudio realizado a través de encuestas a propietarios y sostenedores en Estados Unidos el año 2006:

- Mantener una propiedad o un hábitat virgen en su condición natural.
- Prevenir usos que podrían degradar o interferir en el valor conservativo del terreno.
- Proteger hábitats marinos o pantanos y comunidades.
- Contribuir a la conectividad de terrenos ubicados alrededor de áreas protegidas.
- Acoger y suministrar actividades educacionales y científicas.
- Proveer acceso público, servicios y disfrute escénico.
- Proteger los hábitats de migración de animales y aves.
- Prohibir próximas actividades de desarrollo y fragmentación del terreno.
- Proteger especies en peligro.
- Conservar características del hábitat o paisajes naturales.
- Proveer de actividades de restauración.
- Proteger valores históricos³⁷.

En razón de estos objetivos, generalmente se estipulan limitaciones a las construcciones futuras en los terrenos protegidos. El estudio en comento señala que en un tercio de las servidumbres consideradas no se permite la construcción de nuevas estructuras, mientras que otras no permiten construir edificios pero si plataformas de observación, embalses, portones, cabinas, refugios de picnics, cobertizos, etc. (19%).

³⁷ RISSMAN, Adena et al. Conservation Easements: Biodiversity Protection and Private Use. [en línea] Conservation Biology 21, no. 3, 2007. pp. 709-718. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 713.

Un 12% permite construir una nueva residencia con accesorios y un 5%, lugares para investigación o educación. Un quinto de las servidumbres permiten dos o más nuevas residencias. Además, un 67% prohíbe la subdivisión del terreno y se constata que este porcentaje ha aumentado a lo largo de los años.

Otra limitación frecuente que se impone en las servidumbres de conservación en Estados Unidos se refiere a los usos que puede dársele al terreno. Según el estudio, la mitad de las servidumbres permitían algún tipo de uso al terreno como ganadería, recreación, silvicultura, agricultura, alojamiento y camping (53%). De las servidumbres consideradas, un 47% no tenía algún uso comercial, un 28% tenía un uso comercial y un 24% tenía dos. Además, es destacable que las servidumbres con usos comerciales tenían más probabilidades de tener planes de gestión del terreno que las servidumbres sin esos usos³⁸.

B. Naturaleza jurídica de la servidumbre de conservación

El problema de la naturaleza jurídica es esencial para entender porque esta institución no ha sido adoptada por varios países, tanto en América Latina como en el mundo.

En Estados Unidos, la “conservation easement” es considerada por la doctrina como una servidumbre. El Environmental Law Institute de Washington D.C., Estados Unidos, ha dicho que una servidumbre es “una concesión para utilizar terrenos que le da derecho a una persona para hacer uso de la tierra que es propiedad de otra persona, o para restringir el uso de la tierra que se somete a la servidumbre”³⁹.

En dicho país, se distinguen dos tipos de servidumbre: las llamadas “appurtenant” y las “in gross”. Una servidumbre “appurtenant” es aquella en la que se limitan las actividades del predio sirviente en favor del predio dominante. Una servidumbre “in gross” es aquella en la que no existe un predio dominante, se limitan las actividades del predio sirviente en favor de una persona natural o jurídica llamada

³⁸ *Ibíd.* pp. 713-716.

³⁹ CARVAJAL Gómez, Ignacio. El derecho real de conservación. [en línea] Revista Justicia ambiental. N°2, Fiscalía del Medio Ambiente, Mayo 2010, pp. 177-221. <<http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2010/08/revista-justicia-ambiental-II.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]; p. 185.

titular o sostenedor. En el caso de la servidumbre de conservación es una entidad gubernamental o una organización de conservación sin fines de lucro o “land trust”⁴⁰.

Las servidumbres pueden ser positivas o negativas. Las primeras imponen una obligación de hacer algo y las segundas imponen una obligación de no hacer. En este caso, las servidumbres ecológicas serían del tipo negativo, ya que le imponen al dueño del predio la obligación de no hacer nada contrario a los valores de conservación de la tierra y a las estipulaciones del contrato.

Las servidumbres negativas tienen como requisito ser de la categoría appurtenant, sin embargo, las servidumbres de conservación no cumplen con el requisito tradicional ya que ellas no son parte del derecho común, sino que tienen un estatuto legal propio⁴¹.

Pese a lo dicho, parte de la doctrina estadounidense, entre ellos el profesor Korngold, considera que las servidumbres sólo imponen derechos positivos, “el término “servidumbre” no es aplicado a participaciones negativas que sirven para restringir los derechos del propietario del terreno”. Por esta razón, “ellas deberían ser llamadas más específicamente convenios de conservación”⁴². Esta confusión en la denominación se debe, según el autor, a un favoritismo de la jurisprudencia y legislación por las servidumbres y a su desprecio por los convenios. Sus creadores habrían optado por ese término para favorecer su aceptación⁴³.

Independientemente de lo anterior, la institución jurídica original creada en Estados Unidos contempla la existencia de un predio gravado o predio sirviente y de un titular a favor del cual se estipula el gravamen. Sin embargo, en algunas legislaciones, sobre todo aquellas herederas de la tradición de derecho civil continental, se prohíbe

⁴⁰ *Ibíd.* p. 186.

⁴¹ SMITH, Sarah C. *Op. Cit.* pp. 633-634.

⁴² KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements: promoting flexibility for the future and engaging the public land use process. [en línea] *Utah Law Review* 2007, no. 4, 2007. pp. 1039-1084. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 1052. (Traducción de la autora).

⁴³ KORNGOLD, Gerald. Globalizing conservation easements: private law approaches for international environmental protection. [en línea] *Wisconsin International Law Journal* 28, no. 4, 2010. pp. 585-638. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 594.

otorgar servidumbres a una persona natural o jurídica, por lo que necesariamente deberá existir un predio dominante y un predio sirviente.

Esta es la razón por la cual en algunos países de Latinoamérica tuvo que adaptarse la institución, de tal forma que el “land trust” fuera dueño del predio colindante al gravado para poder constituirse como predio dominante y así administrar y monitorear la servidumbre de conservación, como es el caso de Costa Rica.

En los países que contemplan la servidumbre de conservación con sus características originarias, su naturaleza jurídica, al igual que en Estados Unidos, es la de una servidumbre. En algunos países la legislación permite este tipo de servidumbres y en otros hay disposiciones especiales que las autorizan para este caso. En este sentido, el proyecto de ley chileno es innovador ya que logra aprehender las características esenciales de la institución y traducirlas en un instrumento jurídico acorde con nuestro ordenamiento, como es un derecho real.

En los países africanos, se estipula expresamente que “la servidumbre ambiental puede existir “in gross”, es decir, la validez y aplicabilidad de la servidumbre no está supeditada a la existencia de un predio en las proximidades del terreno gravado o, de una persona con un interés en dicho predio que pueda ser beneficiado con la servidumbre ambiental”⁴⁴.

En Canadá, hay que distinguir entre los Estados que tienen jurisdicciones de “common law” y aquél que no (Quebec). Para los primeros, las servidumbres y acuerdos se rigen por el “common law” o por leyes especiales. Para el segundo, se rige por el Código Civil de Quebec (“Civil Code of Quebec”).

Las servidumbres son definidas por el “common law” como un derecho en el cual un propietario de la tierra usa, de una forma específica, un terreno de otra persona. Esta servidumbre se une al predio beneficiado, por lo que la tendrá quien posee el terreno. Debe cumplir con los siguientes requisitos: i) deben haber dos predios contiguos o cercanos; ii) debe haber un predio beneficiado y uno gravado

⁴⁴ UGANDA. *Op. Cit.* Sección 72 (6). (Traducción de la autora). La misma disposición se contempla en KENIA. *Op. Cit.* Sección 112 (6).

(predio dominante y sirviente, respectivamente) y; iii) los propietarios de los predios deben ser personas distintas⁴⁵.

En algunos Estados de Canadá, se contempla la institución como un acuerdo (“covenant” en inglés). Definido por el “common law”, un acuerdo que afecta un predio es una promesa que un vecino hace a otro cuyo objeto es no ejecutar ciertas acciones en su terreno. Para que sea ejecutable por los futuros dueños del predio, debe cumplir los siguientes requisitos: i) debe ser de naturaleza negativa, esto es, debe consistir en que el dueño del predio no haga algo; ii) debe haber un predio beneficiado y uno gravado (predio dominante y sirviente, respectivamente) de diferentes dueños; iii) el acuerdo debe beneficiar la tierra y no solamente al dueño de ella; iv) de las palabras del acuerdo se debe desprender claramente la intención de afectar al predio con el gravamen y de que éste se mantenga en caso de transferir la propiedad y; v) al venderse, el comprador debe estar en conocimiento del gravamen⁴⁶.

En tanto, en el Código Civil de Quebec el gravamen se llama “servitude” y sus características son parecidas a las servidumbres ya descritas. Las obligaciones que impone pueden ser negativas o positivas, siendo las primeras la regla general. En relación a las obligaciones positivas, el Código Civil mencionado señala: “La obligación de realizar un acto puede estar unido a una servidumbre, imponiéndose al propietario del predio sirviente. La obligación es accesoria a la servidumbre y sólo puede ser establecida para el servicio o explotación del inmueble”⁴⁷.

Como se puede apreciar, en la legislación canadiense son necesarios dos predios para que se constituya una servidumbre o acuerdo. Para soslayar este impedimento y así poder constituir servidumbres de conservación, “en la mayoría de las jurisdicciones canadienses, algunas de las restricciones han sido removidas por

⁴⁵ ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. *Conservations Easements, covenants and servitudes in Canada. A legal review.* [en línea] Ottawa, Ontario, Canadá. <<http://www.wetlandscanada.org/conseasecov04-1.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; pp. 3 – 4.

⁴⁶ *Ibíd.* pp. 4-5.

⁴⁷ CANADA, Quebec. *Civil Code of Quebec. Chapter C-64, a. 1, 1991.* [en línea] Publicaciones Oficiales de Quebec. <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CQ_1991/CCQ1991_A.html> [consulta: 12 octubre 2012]; Artículo 1178. (Traducción de la autora).

leyes (especiales) para acuerdos o servidumbres celebradas bajo la autoridad legal, por ejemplo, el requisito de dos propiedades de diferentes dueños, una propiedad beneficiada por el acuerdo o servidumbre, y una gravada por éste, y el requisito de que un acuerdo sea de naturaleza restrictiva o negativa⁴⁸.

C. Definición del concepto de titular de la servidumbre de conservación

Los titulares, en sentido amplio, de la servidumbre de conservación son, por un lado el dueño del predio, y por otro, el organismo a favor del cual se entrega la servidumbre o “land trust”, también llamado sostenedor o titular en sentido estricto.

El dueño del predio es quien otorga la servidumbre sobre su terreno, ya que desea proteger los valores de conservación de la tierra de la que es propietario por los motivos expuestos.

En general, las legislaciones no ven la necesidad de especificar quiénes pueden otorgar la servidumbre de conservación, entendiéndose que es cualquier propietario de un predio. Por excepción, las Estados canadienses señalan expresamente quiénes pueden conceder la servidumbre:

1. Cualquier propietario de un predio con pleno dominio sobre él.
2. Un propietario puede conceder más de una servidumbre de conservación respecto de su terreno si no hay conflicto entre los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones impuestas por la servidumbre de conservación.
3. La Corona, la Corona en representación de Canadá o un Municipio puede conceder una servidumbre de conservación a sí misma o a un titular de los señalados en la ley⁴⁹.

⁴⁸ ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. *Op. Cit.* p. 5. (Traducción de la autora).

⁴⁹ CANADÁ. Saskatchewan. Conservation Easement Act. Chapter C-27.01, 1996. [en línea] Publicaciones del Gobierno de Saskatchewan. <<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/C27-01.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Sección 5 (1-3). La misma disposición se contempla en CANADÁ, New Brunswick. 1998. Sección 4 (1-3).

El organismo a favor del cual se entrega la servidumbre, también llamado titular, varía según las legislaciones. En Estados Unidos, la “Uniform Conservation Easement Act” señala quienes pueden ser sostenedores: “puede ser una entidad gubernamental o ciertos tipos de corporaciones de caridad, asociaciones o “land trust”⁵⁰. Estos últimos han sido definidos como una “organización sin fines de lucro que preserva la tierra, adquiriéndola a través de la venta o donación y dedicándola a la conservación”. Los “land trust” son organismos privados, pero son beneficiados con fondos públicos ya que reciben un tratamiento tributario especial. Este subsidio ha sido entendido como una aprobación general a su labor⁵¹. Por su parte, la sección 170(h) del “Internal Revenue Code” (Código de Rentas Internas en español) dispone que estas organizaciones deben estar calificadas por la ley, no pudiendo ser titulares de la servidumbre de conservación simples particulares o fundaciones⁵². Algunas organizaciones reconocidas en Estados Unidos son New England Forestry Foundation, The Open Space Institute, The Nature Conservancy and The Trust for Public Land. Según Land Trust Alliance, que agrupa estas organizaciones, desde 1990 a 2000 los Land Trust han protegido un área de 1.050.000 hectáreas aproximadamente⁵³. Para el año 2007, más de 1500 organizaciones tenían intereses en más de 3.800.000 hectáreas, incluyendo 2.020.000 hectáreas protegidas por servidumbres de conservación⁵⁴.

A su vez, la “Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico” señala que se considerarán personas calificadas para ser titular al Estado Libre Asociado de Puerto Rico y a organizaciones sin fines de lucro cuyo propósito principal sea la protección o conservación de áreas con valor natural o cultural. Estas deben además,

⁵⁰ GARBER, Bill. Conservation Easements: Growth, Abuses, and Regulation. [en línea] *Appraisal Journal* 72, no. 2, 2004. pp. 175-178. Business Source Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 175. (Traducción de la autora).

⁵¹ SMITH, Sarah C. *Op. Cit.* p. 630.

⁵² TESINI, Dan. Working Forest Conservation Easements. [en línea] *The Urban Lawyer* 41.2. 2009. pp. 359-375. [consulta: 19 mayo 2012]; p. 362.

⁵³ GARBER, Bill. *Op. Cit.* p. 176.

⁵⁴ ENGEL, J. Breting. The Development, Status, and Viability of the Conservation Easement as a Private Land Conservation Tool in the Western United States. [en línea] *Urban Lawyer* 39, no. 1, 2007. pp. 19-74. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 27.

ser “bonafide” (entendiéndose como sin fines de lucro) y tener al menos 5 años de vigencia⁵⁵.

Los Estados canadienses también señalan expresamente quienes pueden ser los titulares de dicho gravamen:

1. La Corona;
2. La Corona en representación de Canadá;
3. Un Municipio;
4. Una corporación constituida de acuerdo a la “Non-profit Corporations Act” de 1995 (Ley de Corporaciones sin fines de lucro), y que tenga como propósito principal alguno de los mencionados precedentemente;
5. Cualquier persona, entidad o grupo o clases de personas, que sean elegibles como titulares y que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley⁵⁶.

El Estado de Saskatchewan contiene una disposición en relación a las servidumbres de conservación que involucren tierras agrícolas según la cual se limita la posibilidad de adquirir una servidumbre a los no residentes, entendiéndose por tales quienes no sean ciudadanos canadienses o quienes han residido menos de 183 días en Canadá⁵⁷.

En Tanzania, así como en Kenia y Uganda, no se contemplan requisitos para ser titular de una servidumbre ecológica, “cualquier persona o grupo de personas puede hacer una solicitud a la Corte para la concesión de una o más servidumbres

⁵⁵ PUERTO RICO. Ley N° 183 de 2001. Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico. P. del S. 258. [en línea] Oficina de Servicios Legislativos. <<http://www.oslpr.org/download/es/2001/183s0258.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Artículo 8.

⁵⁶ CANADÁ. Saskatchewan. 1996. Sección 6. La misma disposición se contempla en CANADÁ. New Brunswick. 1998. Sección 5.

⁵⁷ ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. *Op. Cit.* p. 25.

ambientales⁵⁸. El control lo ejercen los tribunales, mediante la autorización de la constitución de las servidumbres y pueden imponer las condiciones que estimen convenientes sobre la concesión con el fin de ayudar a la consecución eficiente de los objetivos de la servidumbre.

Por el contrario, en el caso de algunos Estados australianos, se contempla la existencia de un “trust” como corporación no dependiente del Estado o la Corona, cuya finalidad es desarrollar mecanismos que favorezcan la conservación y la promuevan entre la población. Este “trust” es creado por ley y es el único en el Estado que puede sostener el “acuerdo de conservación”⁵⁹.

En general se autoriza para ejercer como titulares en sentido estricto tanto a organismos públicos como a privados, señalándose en forma taxativa quienes pueden cumplir ese rol y dejando al dueño decidirlo, salvo algunas excepciones ya mencionadas.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los titulares, en general, las legislaciones no los señalan expresamente. Por tanto, deberán cumplir aquellos que las mismas partes estipulen en el acuerdo mediante el cual constituyen la servidumbre de conservación. Se entiende que estas obligaciones serán siempre acordes con los propósitos enunciados en la ley y en el contrato u acuerdo.

Por excepción, la legislación de Puerto Rico es la única que se refiere a esto señalando que el dueño del predio deberá soportar las restricciones estipuladas, consistentes en limitar el desarrollo y uso del inmueble, pudiendo llegar incluso a la prohibición de la explotación económica del terreno. Ambos deberán cumplir con lo establecido en la escritura pública y ambos deberán supervisar diligentemente el cumplimiento de sus disposiciones⁶⁰.

⁵⁸TANZANIA. Environmental Management Act, 2004. [en línea] 3/3 Law, Environment and Development Journal (2007), p. 290. <<http://www.lead-journal.org/content/07290.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Cap. 11.2, sección 157 (1). (Traducción de la autora).

⁵⁹ En el Estado de New South Wales se llama “Nature Conservation Trust of New South Wales” y en el Estado de Victoria se llama “Trust for Nature (Victoria)”.

⁶⁰ PUERTO RICO. *Op. Cit.* Artículos 9 y 10.

La “Uniform Conservation Easement Act” de Estados Unidos no menciona derechos y obligaciones de los titulares. Sin embargo, de las décadas de experiencia norteamericana se pueden identificar algunos derechos y deberes comunes a ambos titulares y otros específicos para cada parte. La obligación primordial de ambos es respetar los términos del contrato en el sentido de no realizar acciones que atenten contra los valores de conservación del terreno que se pretenden proteger.

El dueño del predio, retiene la propiedad sobre éste y mantiene su derecho a vivir privadamente en el terreno y a continuar usando la tierra, siempre en una manera consistente con los términos de la servidumbre⁶¹. Otra obligación primordial del propietario de la tierra es entregar los derechos necesarios para que la servidumbre prospere. En cuanto a sus derechos, el propietario tiene derecho a una rebaja de impuestos, un beneficio generalmente establecido en las legislaciones como incentivo para este tipo de conservación privada. Otro derecho que le asiste es el de transferir la propiedad a un tercero, pero siempre se respetará la servidumbre impuesta.

En relación al organismo que adquiere el derecho real de conservación o titular en sentido estricto, su obligación es ejecutar la servidumbre durante el tiempo estipulado (en perpetuidad o por el número de años acordado) para el beneficio público. En cuanto a derechos, “el grupo de conservación adquiere los derechos asociados con la propiedad de la tierra, como el derecho a subdividir y desarrollar propiedad, pero el dominio permanece con el propietario original”⁶². Generalmente tiene derechos de acceso a la tierra y está encargado de monitorear el cumplimiento de los términos del acuerdo (aunque esto puede modificarse estableciendo que ambos contratantes monitorearan el cumplimiento)⁶³.

En caso de incumplimiento de los términos del acuerdo y de sus obligaciones por regla general procederá la revisión por las Cortes de Justicia, como lo sería en cualquier caso de incumplimiento contractual. Aunque la experiencia ha demostrado que lo que ocurre en éste caso, es la apertura de una fase de nuevas negociaciones

⁶¹ MCLAUGHLIN, Nancy A., *Op. Cit.* p. 48.

⁶² ARMSWORTH, Paul R. y SANCHIRICO, James N. The effectiveness of buying easements as a conservation strategy. [en línea] Conservation Letters 1, no. 4, 2008. pp. 182-189. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 182.(Traducción de la autora).

⁶³ MCLAUGHLIN, Nancy A., *Op. Cit.* p. 48.

entre las partes con miras a solucionar el problema. Si esta vía no es exitosa, puede procederse a demandar el cumplimiento, modificación o terminación de las servidumbres.

En cuanto a la legitimación activa para demandar, las legislaciones comparadas no ofrecen una solución uniforme. Se observa desde la legitimación activa restringida a la acción popular.

En los países africanos se estipula que sólo la persona en favor de la cual se concedió la servidumbre, es decir, sólo los titulares, pueden iniciar un procedimiento judicial⁶⁴. La misma solución contemplan los Estados canadienses, agregando a los sucesivos propietarios del predio. Además, podría demandar cualquier otro sostenedor autorizado por ley, pero el tribunal deberá calificar, a su discreción, si la demanda prospera o no⁶⁵.

Por su parte, en la legislación federal norteamericana se señalan quiénes pueden llevar un caso ante las Cortes, entre los que se mencionan, el propietario del predio, el titular de la servidumbre, un tercero al cual las partes le hayan otorgado poderes para hacer cumplir algunas disposiciones del acuerdo o una persona autorizada por otra ley⁶⁶.

En la legislación puertorriqueña se optó por dar legitimación activa para demandar a los titulares -en sentido amplio-, al Estado Libre Asociado de Puerto Rico y a cualquier persona que demuestre interés en la conservación de los recursos naturales de la nación. Esto es, se consagra acción popular para demandar en caso del incumplimiento de una servidumbre. Además, se estipula que si dicho incumplimiento causa daño al predio, este deberá retrotraerse en lo posible al estado anterior a costo de la parte incumplidora⁶⁷.

⁶⁴ TANZANIA. *Op. Cit.* Sección 158 (1).

⁶⁵ CANADÁ. Saskatchewan. 1996. Sección 11 (1).

⁶⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Uniform Conservation Easement Act, 1981. [en línea] Uniform Law Commission. <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/conservation_easement/ucea_final_81%20with%2007amends.pdf> [consulta: 12 de octubre 2012]; §3. Judicial Actions.

⁶⁷ PUERTO RICO. *Op. Cit.* Artículo 13.

D. Formas de constitución de la servidumbre de conservación

Una de las principales características de las servidumbres ecológicas es la voluntariedad. En efecto, el derecho real de conservación se constituye mediante un acuerdo voluntario entre las partes, que nace de la propia iniciativa de estas para proteger zonas con un valor de conservación alto. Este es un corolario de su inclusión como un método privado de conservación. En este sentido, la sustitución es reflejo de la libertad contractual y de la libertad de elegir. “Los propietarios están en su derecho a buscar su felicidad personal y satisfacción ejercitando su libre opción respecto a la propiedad. (...) Si un propietario desea donar o vender una servidumbre de conservación a una organización sin fines de lucro, debería estar habilitado para hacerlo”⁶⁸. Es importante destacar que el propietario puede vender o donar una servidumbre, en todo o en una porción del terreno.

Sin embargo, no en todas las legislaciones se consagra esta libertad, ya que en algunas se estipulan formas de constitución con bastante injerencia estatal, que involucran no sólo la notificación a los organismos gubernamentales correspondientes sino también la solicitud de autorización al Estado para su creación.

En la legislación norteamericana se han identificado, considerando la ley y la experiencia práctica, los siguientes pasos para constituir una servidumbre ecológica⁶⁹, no todos ellos son obligatorios por ley:

Primero se comienza con las negociaciones y reuniones iniciales. Debido a la naturaleza privada de este instrumento, las partes deben acordar todos los puntos del contrato, se deben considerar diversos factores para una adecuada protección por lo que las negociaciones son vitales en el proceso. Se estima como una de las ventajas de este derecho real que sea específico para cada caso en particular, lo que se traduce en que todas las necesidades tanto del predio como de las partes contratantes son tomadas en cuenta a la hora de estipular el contrato, lo que asegura una mejor protección de la tierra. En las negociaciones posteriores se deben analizar posibles

⁶⁸ KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements. p. 1056. (Traducción de la autora).

⁶⁹ WRIGHT, John B. *Op. Cit.* 489 - 491.

restricciones a los usos del suelo, las construcciones que se permitirán, las limitaciones en cuanto a división y la duración, entre muchos otros.

Posteriormente debe realizarse un estudio de títulos de la propiedad, como en todo contrato privado que involucra un bien raíz. En caso de que la tierra sea propiedad de una comunidad, debe consolidarse el dominio de una sola persona o llamar a todos los comuneros para que den su aprobación, de lo contrario se arriesga la futura división del terreno. También en el caso de encontrarse el predio afecto a una hipoteca, puede estipularse que en caso de ser rematada, la servidumbre de conservación será oponible al nuevo dueño.

En el derecho norteamericano, de acuerdo al “Internal Revenue Code” (Código de Rentas Internas, en español), las servidumbres que sean donadas pueden acogerse a la deducción de impuestos. Para esto deben clasificarse en alguna de las siguientes cuatro categorías:

1. Recreacional: referido a preservar áreas de recreación al aire libre.
2. Ecológica: referido a proteger los hábitats naturales o ecosistemas. También se incluyen contribuciones a parques nacionales o reservas.
3. Espacios Abiertos: referido a preservar áreas de disfrute escénico o áreas claramente definidas por políticas públicas como dignas de conservación.
4. Histórica: referido a proteger lugares con importancia histórica o cultural.

Luego, viene el proceso de tasación de la servidumbre para efectos de hacer valer el beneficio tributario. Las partes deben contratar a un tercero imparcial que determine el valor monetario de los derechos sobre la tierra que está donando. La forma de evaluarla se denomina “before and after approach” (“enfoque antes y después” en español) y se calcula restando el valor de la tierra después de la servidumbre a su valor antes de imponerle el gravamen. También puede ocuparse un

criterio de comparación con otras servidumbres tasadas con anterioridad que se encuentren en condiciones parecidas a la que se pretende avaluar⁷⁰.

El siguiente paso es notificar al organismo competente encargado de la planificación territorial. Este paso no es requerido por todas las legislaciones de los Estados norteamericanos, pero hay consenso entre aquellos que la exigen que, sólo se requiere de la notificación y no de la aprobación por parte del organismo planificador.

Finalmente, se debe inscribir la servidumbre en el registro correspondiente del Estado en el que se encuentra el predio. Con esta inscripción, la servidumbre se considera oponible erga omnes y los beneficios tributarios comienzan.

Como se puede apreciar, en general, el procedimiento de constitución en Estados Unidos es de carácter netamente privado, dejando la mayoría de las decisiones a las partes y con una nula o escasa intervención estatal.

En Puerto Rico, la forma de constitución es similar a Estados Unidos, esto debido a la gran influencia que recibe al ser un territorio no incorporado a dicho país con estatus de autogobierno. La ley señala que debe constituirse por escritura pública y debe inscribirse en el Registro de Propiedad⁷¹.

En el Estado canadiense de New Brunswick se dispone algo similar con la salvedad de que se debe dar aviso al Ministerio de Recursos Naturales luego de constituida la servidumbre. En primer lugar, se debe presentar el documento para su anotación en la oficina de registro de tierras del lugar en que se encuentra el terreno. En ésta se debe dejar constancia del cumplimiento de los requisitos legales y de que, en opinión del funcionario que registra, es apta para la inscripción. La servidumbre no producirá efectos hasta que se inscriba. Luego, el titular deberá entregar una copia de la constitución de la servidumbre al Ministro después de 30 días de practicada la inscripción⁷². El mismo procedimiento se contempla en el Estado de Nova Scotia, en

⁷⁰ BYRNE, Craig L. Understanding the Evolution of Conservation Easement Appraisal Through Case Law. [en línea] *Appraisal Journal* 68, no. 4, 2000. pp. 411- 419. Business Source Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 413.

⁷¹ PUERTO RICO. *Op. Cit.* Artículo 11.

⁷² CANADÁ. New Brunswick. 1998. Sección 6.

Canadá, regulándose además el contenido de la servidumbre, la cual señalará: i) el nombre y dirección de las partes; ii) una descripción de la tierra sobre la que recae la servidumbre, con un plano; iii) un esbozo de la tierra gravada; iv) la duración de la servidumbre, v) los propósitos de la servidumbre; vi) las prácticas permitidas, restringidas o prohibidas sobre el terreno; vii) las prácticas de conservación, restauración o mejoras que hará el titular sobre el predio y; viii) otra información que la regulación ordene⁷³.

El Estado de Saskatchewan, Canadá, contempla un procedimiento con más salvaguardas que los demás Estados del país, ya que obliga a las partes a inscribir la servidumbre pero con anterioridad a esto, deben avisar su intención de constituirla.

Lo primero que deben hacer las partes, antes del registro de la servidumbre propiamente tal, es entregar un aviso de su intención de constituir una servidumbre de conservación. El Reglamento regula en forma detallada el procedimiento para enviar este aviso, pero en general, debe entregarse a: i) todas las personas interesadas en la tierra, que pudieran tener otros títulos sobre ella y; ii) al Municipio en el cual se ubica el terreno que se pretende gravar.

Dentro de 60 días desde que se practica la notificación, la persona que se vea afectada con la constitución de la servidumbre puede solicitar al Tribunal Superior que impida su constitución. El Tribunal lo hará si se convence que la servidumbre afecta negativamente los intereses del solicitante.

Si no hay objeciones a la constitución luego del plazo señalado, deben presentarse los documentos en el Registro de Propiedad. Estos documentos consisten en el acuerdo firmado por las partes, el aviso de constitución de la servidumbre y una constancia de que no hubo oposición a la constitución dentro de los 60 días.

La servidumbre de conservación sólo producirá efectos cuando: i) se entregue una copia firmada del acuerdo que constituye la servidumbre al Departamento

⁷³ CANADÁ, Nova Scotia. Conservation Easement Act. c. 28, s. 1, 2001. [en línea] Oficina del Consejo Legislativo. <<http://nslegislature.ca/legc/statutes/consease.htm>> [consulta: 12 octubre 2012]; Secciones 7 y 11.

correspondiente; ii) se paguen las tasas previstas y; iii) se inscriba en el Registro de Títulos de Tierras⁷⁴.

En el caso de Victoria en Australia, se contempla mayor incidencia estatal al requerir autorización. En efecto, si el “Land Trust” quiere constituir un acuerdo de conservación sobre un predio, debe acordarlo con el o los propietarios y elevar una solicitud al Ministerio, señalando los detalles del acuerdo propuesto, los motivos por los cuales se quiere proteger ese predio y un mapa del terreno que se pretende gravar y de los terrenos adyacentes indicando el nombre de los propietarios.

Si el Ministro considera que alguno de los vecinos puede verse afectado, ordenará al “land trust” darles aviso. Cualquier observación de los propietarios debe ser presentada al Ministro dentro de 30 días de efectuada la notificación. Luego de este plazo, la autoridad aprobará o rechazará el acuerdo propuesto. Su decisión se publica en el Diario Oficial. Posteriormente se debe efectuar la inscripción en el Registro de Títulos. La importancia del registro es que desde éste momento se entiende que el acuerdo es vinculante para las partes y debe ser respetado por terceros. Además, desde este momento el acuerdo se incorpora a la tierra y no puede ser separado de ella, obligando por tanto a los sucesivos compradores y a los herederos⁷⁵.

Las legislaciones de los países africanos difieren de la idea norteamericana en este punto dado que su forma de constitución no es puramente consensual, requiriendo además la autorización de una entidad de gobierno. La ley de Tanzania sobre la materia es bastante detallada. Señala que para constituir una servidumbre de conservación las partes deben elevar una solicitud a los Tribunales de Justicia. Estos analizarán la factibilidad de la servidumbre considerando principalmente sus propósitos y, de estar conformes, la recomendarán al Ministro responsable asignado para estos efectos. Si el Ministro consiente, la servidumbre ecológica se creará de acuerdo a las reglas generales que la “Land Act” de 1999 entrega para la constitución de las servidumbres.

⁷⁴ CANADÁ, Saskatchewan. 1996. Sección 7 y 8.

⁷⁵ AUSTRALIA. Victoria. *Op. Cit.* Sección 3A (3-12).

El instrumento que crea la servidumbre de conservación –llamado orden de constitución- debe contener las siguientes menciones esenciales: i) la naturaleza de la servidumbre y sus condiciones, limitaciones y restricciones; ii) el periodo de tiempo por el cual se otorga, que puede ser perpetuo; iii) la determinación exacta del predio que se grava; iv) el nombre del beneficiado con la servidumbre y; v) un plan de manejo⁷⁶.

Tanzania, Uganda y Kenia exigen la inscripción en el registro local que lleva el Comité de Medioambiente (o su equivalente) del distrito en el cual se ubica el terreno. En el registro debe contemplarse como mínimo el nombre de la persona que la inscribe y el nombre de la persona beneficiada con la servidumbre⁷⁷, mientras que en Tanzania se exigen las mismas menciones que en la orden de constitución.

E. Vigencia de la servidumbre de conservación

En cuanto a la duración de la servidumbre de conservación, una de las características más controvertidas es la perpetuidad. En el caso norteamericano, la legislación no hace limitación alguna por lo que “las servidumbres de conservación pueden existir en perpetuidad o pueden estar limitadas por un término de años”⁷⁸. Las partes son libres para estipular la duración y debe estarse a lo que diga el contrato. Así, señala la “Uniform Conservation Easement Act” que “una servidumbre de conservación es ilimitada en duración a menos que el instrumento que las crea prevea otra cosa”⁷⁹.

En todas las legislaciones analizadas -Puerto Rico, Uganda, Tanzania, Kenia, Canadá a través de los Estados de New Brunswick, Nova Scotia y Saskatchewan y Australia mediante las leyes de los Estados de New South Wales y Victoria- se contempla la perpetuidad como una característica que las partes pueden estipular al constituir una servidumbre o acuerdo de conservación.

⁷⁶ TANZANIA. *Op. Cit.* Sección 156 (2-6).

⁷⁷ UGANDA. *Op. Cit.* Sección 75. La misma disposición se contempla en KENIA. *Op. Cit.*, Sección 115.

⁷⁸ MITCHELL, Paul. Protecting the Future Forever: Why Perpetual Conservation Easements Outperform Term Easements. [en línea] Land Use Clinic. Paper 10. 2006. <<http://digitalcommons.law.uga.edu/landuse/10>> [consulta: 15 junio 2012]; p. 1. (Traducción de la autora).

⁷⁹ UNITED STATES OF AMERICA. *Op. Cit.* §2. [Creation, Conveyance, Acceptance and duration] (c).

En cuanto a la modificación, en general, las legislaciones de los países y los Estados analizados estipulan los mismos procedimientos con las mismas formalidades exigidas para la constitución de las servidumbres de conservación. Así, se exigirá que se anote en el mismo registro en el que se anotó la creación y practicando los mismos avisos, notificaciones o autorizaciones que se exigieron para la constitución. La modificación surtirá efectos desde la inscripción.

Las legislaciones canadienses reglamentan la cesión de una servidumbre de conservación. El Estado de New Brunswick en su "Conservation Easement Act" dispone que una servidumbre de conservación puede ser cedida por el titular a otra corporación u organismo susceptible de ser elegido como titular según la ley, manteniendo los mismo términos del acuerdo. La cesión debe ser inscrita en el registro de la oficina a cargo de las tierras del lugar en que se encuentra el terreno gravado, la misma en la cual se inscribió la constitución. Sin esta inscripción no producirá efectos. Además, el titular tendrá 30 días desde la inscripción de la cesión para enviar una copia de ella al Ministro de Recursos Naturales⁸⁰. Asimismo, la legislación de Nova Scotia dispone escuetamente que "una servidumbre de conservación podrá, con el consentimiento del propietario y bajo las mismas condiciones, ser asignada por el titular de la servidumbre, por escrito, a cualquier persona elegible (para ser titular)"⁸¹.

En relación a la terminación del derecho real de conservación, hay discusión en la doctrina norteamericana debido, principalmente, a confusiones en cuanto a la ley aplicable. Dadas las diversas características de las servidumbres, no es claro cuál es la normativa que debe regirlas en caso de controversia. Sin perjuicio de la discusión doctrinaria –de la que se tratará en el capítulo siguiente- en general, en Estados Unidos se han identificado tres causales de terminación: el incumplimiento, la estipulación de las partes y el cambio en las condiciones esenciales.

La primera causal de terminación es el incumplimiento. Como ya se ha explicado, en caso de violación de lo establecido en el contrato, la parte agraviada puede recurrir a los tribunales de justicia alegando incumplimiento de contrato, si es

⁸⁰ CANADÁ. New Brunswick. 1998. Sección 9.

⁸¹ CANADÁ. Nova Scotia. 2001. Sección 10. (Traducción de la autora)

que el problema no pueden resolverlo las partes en forma autónoma⁸². En este caso se aplican las reglas generales del derecho civil para el incumplimiento contractual.

La segunda causal de terminación es la estipulación de las partes. En virtud del principio de libertad contractual, las partes son libres para convenir la fecha de terminación de la servidumbre ecológica. Pueden estipular un plazo o una condición. Hay plena libertad ya que esta institución se crea al amparo del derecho privado, no se deberían contemplar restricciones gubernamentales ni legales, las partes pueden decidirlo a su libre arbitrio.

La tercera causal de terminación es el cambio en las condiciones esenciales. Esta causal es la más controvertida ya que puede terminar una servidumbre estipulada como perpetua, lo que para muchos es perjudicial para los fines que se pretenden. Según estos autores, “las restricciones creadas en forma privada a la tierra pueden ser terminadas o modificadas si ellas no cumplen sustancialmente su propósito debido a un cambio de condiciones”⁸³. Este criterio ha sido reafirmado por la “Uniform Conservation Easement Act” de Estados Unidos.

Generalmente, si el propósito se ha vuelto imposible o impracticable debido a un cambio en las condiciones, los Tribunales de Justicia pueden formular un plan sustituto de uso de la propiedad que sea lo más cercano posible al propósito del dueño del predio. Pero si se ha vuelto imposible e impracticable de un modo que no pueda ofrecer los beneficios para el cual fue convenida, la servidumbre puede ser terminada en un procedimiento judicial y el valor atribuible a esta puede ser aplicado a propósitos de conservación similares de otra forma o en otro lugar⁸⁴.

En la legislación puertorriqueña, la servidumbre de conservación se extingue por el acuerdo de las partes y por el cambio en las condiciones, entendido aquello como un

⁸² WRIGHT, John B. *Op. Cit.* p. 491.

⁸³ BREWER, Richard. Conservation easements and perpetuity: till legislation do us part. [en línea] *Law & Contemporary Problems* 74, no. 4, 2011. pp. 249-278. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 273. (Traducción de la autora).

⁸⁴ MCLAUGHLIN, Nancy A. A Constructive Reformist's Perspective on Voluntary Conservation Easements. [en línea] *Ecosystem Marketplace*, 2005b. <<http://ssrn.com/abstract=1520646>> [consulta: 15 junio 2012]; p. 1-2.

estado en el cual es imposible volver a disfrutar de la servidumbre⁸⁵. En relación al incumplimiento, se estipula que la parte diligente tiene acción judicial para solicitar el cumplimiento forzado y para solicitar indemnización de perjuicios pero nada se dice en relación a que la servidumbre termine por esta causa.

En las legislaciones de países africanos, no se estipulan expresamente las causales de terminación, sin embargo se señala el procedimiento para los casos de incumplimiento. Ante esto, sólo la persona afectada en cuyo nombre se otorgó la servidumbre puede elevar una solicitud al Tribunal. En esta solicitud se puede pedir que la Corte: i) otorgue una orden de restauración del medio ambiente o; ii) otorgue otra solución disponible bajo la ley de servidumbres de tierras. La Corte tiene las facultades para adaptar los mecanismos de cumplimiento de considerarlo necesario⁸⁶.

En el Estado de New Brunswick y en Saskatchewan, ambos canadienses, una servidumbre de conservación terminará:

1. por un acuerdo escrito entre las partes o;
2. porque así lo decrete el Tribunal Superior por solicitud de:
 - a. el titular de la servidumbre o el dueño del predio cuando la continuación de la servidumbre produzca una grave dificultad para el solicitante o de,
 - b. cualquier persona que, a juicio del Tribunal, tenga interés suficiente.

Cuando la servidumbre de conservación se declare terminada debe inscribirse en el mismo registro en el cual se constituyó y con las mismas solemnidades.

Cuando el titular de la servidumbre muera o deje de existir, se da la posibilidad de que cualquier persona eleve una solicitud al Ministro de Recursos Naturales representante de la Corona en esa provincia señalando su intención de que asuma las obligaciones que dejó el titular. El Ministro debe pronunciarse dentro de los 30 días

⁸⁵ PUERTO RICO. *Op. Cit.* Artículo 14.

⁸⁶ TANZANIA. *Op. Cit.* Sección 158 (1-3). La misma disposición se contempla en UGANDA. *Op. Cit.* Sección 74 y en KENIA. *Op. Cit.*, Sección 114 (1-2).

siguientes manifestando su aceptación o rechazo. Si acepta se debe inscribir en el registro correspondiente según las reglas de constitución. Si no acepta, el derecho real termina⁸⁷.

En el Estado de Nova Scotia de Canadá, se contemplan reglas parecidas pero no idénticas. Primero, las servidumbres de conservación no se extinguen por el solo hecho de la inobservancia de sus disposiciones, de un uso de la tierra incompatible con los propósitos de la servidumbre o del cambio en el uso de la tierra que rodea a la servidumbre.

Luego dispone que una servidumbre terminará por el acuerdo escrito entre el dueño y el titular. En este caso, el titular tiene 90 días para inscribir el acuerdo en el mismo registro en el cual se inscribió la constitución. Dentro de ese plazo se debe enviar una copia del acuerdo de terminación al Ministro de Recursos Naturales.

En el caso de que el titular de una servidumbre deje de existir, el propietario notificará al Ministro y éste enviará, dentro de 90 días, copia de la notificación o todas las corporaciones habilitadas para ser titulares de acuerdo a la ley. Cualquiera de ellas puede manifestar su intención de asumir las obligaciones que dejó vacantes el anterior titular. Para esto debe lograr un acuerdo con el propietario y luego enviar un aviso al Ministro con la copia escrita del consentimiento de ambas partes dentro de 90 días de efectuada la primera notificación. Si ninguna corporación manifiesta su intención de asumir las obligaciones, el Ministro puede hacerlo señalando que acepta dentro de 180 días desde la primera notificación. El cambio de titular debe inscribirse en el mismo registro en el cual se efectuó la inscripción de la constitución.

Si nadie manifiesta su intención de asumir las obligaciones del anterior titular, la servidumbre se entenderá terminada y el Ministro enviará una notificación de terminación al registro correspondiente y una copia de esta al propietario del predio⁸⁸.

En general, las legislaciones estudiadas no contemplan expresamente causales de terminación lo que puede generar problemas como se verá más adelante. Estas

⁸⁷ CANADÁ. New Brunswick. 1998. Sección 10 y CANADÁ. Saskatchewan. 1996. Sección 10.

⁸⁸ CANADÁ. Nova Scotia. 2001. Secciones 12 y 13.

dificultades deberán ser resueltas por los Tribunales de Justicia con los gastos que ello implica.

Pese a esto, algunas causales pueden deducirse. Es decir, es de toda lógica que se pueda terminar una servidumbre de conservación por el acuerdo de las partes, en virtud del aforismo jurídico “las cosas se deshacen como se hacen”. Pero otras causales, como el cambio en las circunstancias, no pueden deducirse fácilmente y requieren una consagración positiva con miras a mantener los propósitos que inspiran a las distintas servidumbres ecológicas.

CAPÍTULO II. DESAFIOS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DE LA SERVIDUMBRE DE CONSERVACION

El reconocimiento de la servidumbre de conservación ha sido catalogada como un positivo avance en cuanto a protección de la biodiversidad y los ecosistemas. Prueba de esto es su crecimiento exponencial en el tiempo. El profesor Korngold destaca que “las servidumbres de conservación otorgan significativas ventajas a los ciudadanos actuales y futuros. Estas incluyen la conservación del medio ambiente natural, la acción privada, la eficiencia y la libertad de elegir. Combinados, estos beneficios son una razón poderosa para la continuación de las servidumbres de conservación privada, en ambos niveles, político y normativo”⁸⁹. La cualidad más novedosa es que otorga un espacio a los privados para ser parte de la protección a la biodiversidad, a través de algo cercano, su propio terreno. Sin embargo, y en parte debido a la masividad a la que se hacía alusión, la implementación y uso de las servidumbres de conservación no ha estado exenta de abusos.

En este capítulo, se intentarán abordar los principales desafíos que ha tenido el reconocimiento de la servidumbre de conservación o ecológica, en especial en Estados Unidos por ser el país en el cual más Estados lo han consagrado en sus legislaciones, además de contar con más hectáreas protegidas y con más organismos no gubernamentales (land trust) dedicados a sostener estas servidumbres. No obstante, se hará referencia a las legislaciones de otros países cuando sea pertinente de acuerdo al desafío descrito.

A. La eficiencia de las servidumbres de conservación

El problema de la eficiencia de las servidumbres ecológicas puede abordarse desde dos planos. El primero en cuanto a la eficiencia en los costos y el segundo, en cuanto a calidad de la tierra protegida y sus beneficios.

⁸⁹ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1054. (Traducción de la autora).

En relación al primer aspecto se ha considerado que las servidumbres de conservación constituyen un buen ejemplo de eficiencia debido a la noción de libertad contractual que va impresa en ellas. Se argumenta que el dueño del predio conocerá las opciones para la venta y conservación de su propiedad y escogerá la más ventajosa, en este sentido, el mercado sería el asignador más eficiente, “la ley apoya estos arreglos porque los intercambios de tierra realizados en un mercado libre cumplen con una eficiente colocación de nuestros limitados (y no renovables) recursos”⁹⁰.

Además, la eficiencia del derecho de conservación se ejemplifica en la fragmentación del derecho de propiedad. Como se explicó más arriba, una de las características es que el dueño del predio mantiene la propiedad sobre éste y solamente cede al titular los derechos necesarios para cumplir con las finalidades de la servidumbre de conservación. Esta característica hace que la eficiencia aumente ya que el costo para el titular será menor que adquirir todo el predio. A su vez, el dueño puede seguir viviendo en la propiedad, lo que evita costos de vivienda y, puede vender los derechos restantes. Es decir, el costo es menor para ambos y la conservación del terreno se cumple de todas formas. Esto sin mencionar los beneficios tributarios de los que puede ser acreedor el propietario, si es que proceden⁹¹.

El costo, también baja si consideramos los gastos de monitoreo y cumplimiento. Si bien, estos son bastante cuestionados en las servidumbres ecológicas, ya que muchas veces son elevados, el hecho de que una de las partes sea un organismo especializado facilita las cosas. También se ha dicho que son dos las partes que se deben preocupar de la inspección del predio y de que se cumplan las restricciones impuestas, lo que aumenta la eficacia, sin perjuicio de que la obligación principal recaiga en el titular. En no pocas ocasiones, el titular solicita fondos al dueño del predio para cumplir con esta obligación de mejor forma⁹².

Por otra parte, la doctrina ha criticado duramente el hecho de que estas servidumbres muchas veces no cumplen la finalidad con la que fueron creadas en

⁹⁰ *Ibíd.* p. 1056. (Traducción de la autora).

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² KORNGOLD. Gerald. *Globalizing conservation easements*. pp. 598-600.

relación a la calidad de las tierras protegidas. “Las primeras formas de abuso aparecen al vender o donar servidumbres que tienen un pequeño o ningún valor de conservación y exagerar su evaluación inflando el precio de venta o los beneficios tributarios de los donantes”⁹³. En este sentido, el derecho de conservación sería poco efectivo. Los dueños protegen sus tierras de una posible fragmentación al morir o del desarrollo que amenaza con urbanizar sus predios o porque les interesa mantener su actividad empresarial acorde con parámetros de sustentabilidad. El instrumento en estudio se presta para este tipo de situaciones ya que una de sus características es la compatibilidad con actividades productivas.

En el caso de los titulares o “land trust”, ya sean gubernamentales o privados “están, a menudo, más preocupados de agregar hectáreas adicionales a sus portafolios cada año, pero menos preocupadas de la calidad de las tierras que protegen (no todos los espacios son igualmente valiosos) o la calidad de las servidumbre que compran como un beneficio público”⁹⁴.

Además, en Estados Unidos se trata de un contrato entre privados por lo que la ley no puede seleccionar las tierras susceptibles de protección. Pese a esto, para obtener la rebaja tributaria que otorga la ley se exige que la servidumbre tenga un “propósito de conservación”. Como vimos en el capítulo anterior, el concepto es amplio ya que involucra cuatro categorías diversas. La práctica indica que generalmente la servidumbre estipulada caerá en alguna de esas cuatro categorías y obtendrá la deducción de impuestos aunque su valor ecológico sea cuestionable. No obstante, tampoco se debe generalizar y en muchos casos, las personas que constituyen servidumbres lo hacen por verdadera preocupación por las características ecológicas del terreno o la biodiversidad que en él se encuentra.

Se ha analizado como influye la voluntad de conservación del dueño en los costos asociados a la servidumbre ecológica. Así, se puede identificar a dos tipos de propietarios, aquellos preocupados por la conservación y aquellos con menor

⁹³ MCLAUGHLIN, Nancy A. *Op. Cit.* p. 2. (Traducción de la autora).

⁹⁴ WUERTHNER, George. The problems with Conservation Easement. [en línea] Counterpunch, 2008. <<http://www.counterpunch.org/2008/05/08/the-problems-with-conservation-easements/>> [consulta: 15 junio 2012]; p. 1. (Traducción de la autora).

preferencia por esta, que se ven tentados a constituir una servidumbre por los beneficios económicos que reporta. “Dado que el beneficio social de la conservación excede el beneficio privado del desarrollo para cada propietario individual, es preferible tener a ambos tipos de propietarios participando en el mercado de la conservación de tierras”⁹⁵. El estudio concluye que los dueños con preferencias más fuertes por la protección de la tierra, protegen más hectáreas y son peor pagados que los propietarios que obtienen menos satisfacción por la conservación del predio⁹⁶.

En Estados Unidos, se observó el uso de la servidumbre de conservación en casos donde la presión por el desarrollo era alta, mediana y baja, concluyéndose que en todas las situaciones era aplicable y efectiva, aunque en algunas los costos subieran. El caso con baja presión por el desarrollo tomado como ejemplo es el de las zonas fronterizas de Malpai en Nuevo México y Arizona. En estas tierras se encuentran diversas especies de flora y fauna dignas de conservar. La densidad de población es baja y por lo tanto, la presión por urbanizar no es alta. Sin embargo, los habitantes del lugar son propietarios preocupados por la conservación por lo que vieron en la servidumbre ecológica una posibilidad para preservar su patrimonio natural, aunque los montos de venta fueron relativamente bajos. Este caso demuestra que “las servidumbres pueden ser efectivas incluso si se usan antes de que existan presiones para el desarrollo, [ya que la tierra] eleva sus costos de venta o impuestos”⁹⁷.

El caso con presión por el desarrollo media es el del Valle del río Blackfoot en Montana. El área comenzó a ser subdividida por la planificación territorial municipal, por lo que los habitantes vieron como opción imponer servidumbres ecológicas. Lo que comenzó como una novedad, creció y es ahora la pieza central de la estrategia de conservación del lugar. Si bien los montos de venta fueron bajos, cuando se incorporó en 1980 el beneficio tributario, el número de servidumbres creció. En este tipo de lugares encontramos de los dos tipos de propietarios ya descritos.

⁹⁵ GUSTANSKI, Julie Ann y WRIGHT, John B. Exploring net benefit maximization: conservation easements and the public-private interface. [en línea] *Law & Contemporary Problems* 74, no. 4, 2011. pp. 109-143. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012;]; p. 131. (Traducción de la autora).

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.* p. 135. (Traducción de la autora).

El caso con presión por el desarrollo alta son las servidumbres de conservación de Nuevo México. Aquí los terrenos son caros por la densidad poblacional, por lo que los principales interesados en constituir servidumbres son las empresas que necesitan mantener el terreno sin divisiones para poder llevar a cabo su actividad económica. La herramienta se usa para hacer su negocio más competitivo. Estos son propietarios con bajo interés en la conservación, que demandan compensaciones más altas.

La conclusión a la que arriban los autores es que si bien en los lugares en que hay menos presión por el desarrollo este instrumento tiene costos más bajos, es efectiva en todos los casos ya sea por los beneficios económicos o por la conciencia de los propietarios por proteger la tierra. “Factores económicos juegan un rol en la evaluación de la conservación tal como los factores únicos de la tierra, la gente, las organizaciones de conservación, las comunidades, los administradores de las tierras y los que hacen las políticas”⁹⁸.

En la efectividad de las servidumbres de conservación también influye la información disponible a los inversionistas sobre el valor de las tierras y los posibles usos amigables con la biodiversidad que pueden dársele. Con todo, “las servidumbres serán particularmente efectivas como medios de protección de la tierra en lugares donde haya sustitutos disponibles para quienes desean desarrollar tierras con interés de conservación y haya una pequeña variación en los valores de los dueños atribuible a continuar con la producción amigable con la biodiversidad. Sin embargo, en los que pueden ser considerados como los lugares más difíciles para trabajar (donde hay más presión por urbanizar), la sencilla estrategia de las reservas puede ser una opción más efectiva”⁹⁹.

Pese a esto, hay experiencias comparadas en las cuales la calidad de la tierra protegida no es un problema ya que se regula por ley. Es el caso de los países africanos, en los cuales es necesario requerir autorización, tanto de los Tribunales de Justicia como del organismo gubernamental correspondiente, para constituir el gravamen. De esta forma, hay una doble instancia de control. Otro caso es el de los

⁹⁸ *Ibíd.* p. 143. (Traducción de la autora).

⁹⁹ ARMSWORTH, Paul R. and SANCHIRICO, James N. *Op. Cit.* pp. 182-189. (Traducción de la autora).

Estados australianos analizados, en los cuales sólo se contempla la existencia de un “land trust” quien debe considerar los valores ecológicos de los terrenos y solicitar autorización gubernamental antes de constituir una servidumbre de conservación.

B. Deberes de monitorear y administrar el terreno y cumplimiento de las obligaciones impuestas por la servidumbre

El deber de monitorear y administrar el terreno recae en el titular que compra o al que es donado la parte del terreno para fines conservativos, aunque puede estipularse que ambas partes cumplan este deber. Para su cumplimiento se establece el deber del dueño del predio de autorizar el ingreso a su propiedad.

Se ha definido al deber de monitorear el terreno como la “administración activa, por medio de la cual nuevo conocimiento sobre la administración de recursos y ecosistemas será desarrollado y sistemáticamente incorporada a los planes de administración”¹⁰⁰.

La doctrina entiende que un monitoreo de calidad incluye inspección periódica, vigilancia de los límites de la propiedad, discusiones con el dueño sobre asuntos generales e incipientes o actuales violaciones y acciones de cumplimiento si las disputas lo hacen imposible¹⁰¹. También puede comprender visitas a pie, fotografías aéreas o imágenes satelitales, pero todo dependerá siempre de las características y el tamaño del predio y de los recursos del titular¹⁰².

El problema de los costos asociados a esta obligación no es menor, es más, muchas veces es causa directa de su incumplimiento. Se debe considerar que, en general, los organismos que deben cumplirla no tienen fines de lucro y se financian con aportes voluntarios. Además, es entendible el problema de encontrar fondos para monitorear un terreno cuando el público no tiene ningún acceso a él¹⁰³. “El riesgo de falla en el monitoreo es debido, pero no exclusivamente, a los pocos fondos y la

¹⁰⁰ TESINI, Dan. *Op. Cit.* p. 368. (Traducción de la autora).

¹⁰¹ KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements. p. 1062.

¹⁰² TESINI, Dan. *Loc. Cit.*

¹⁰³ MCLAUGHLIN, Nancy A. *Op. Cit.* p. 3.

inadecuada regulación de los “land trust” que carecen de capital institucional y financiero para desarrollar y mantener programas de monitoreo de calidad”¹⁰⁴.

Para contrarrestar este problema, muchos organismos solicitan al dueño del terreno una donación adicional para el monitoreo que se mantiene separada de los demás fondos y se usa exclusivamente para este fin¹⁰⁵. Como ejemplo podemos citar a algunas organizaciones y “land trust” canadienses que tomaron conciencia acerca del problema y crearon un fondo especial para la vigilancia y defensa de las servidumbres de conservación. A este fondo van algunos de los recursos que se recaudan con la creación de cada nueva servidumbre¹⁰⁶.

El incumplimiento de esta obligación genera problemas evidentes. Para la servidumbre en general puede significar el no cumplimiento de las estipulaciones pactadas, lo que podría producir que no cumpla con los fines propuestos y eventualmente, su terminación. Para el titular o “land trust” significa un incumplimiento en sus obligaciones contractuales con la responsabilidad que eso conlleva y, para el dueño del predio puede traducirse en la insatisfacción de ver que sus deseos de conservación no se ven cumplidos mediante el instrumento escogido. Pero además, plantea problemas de responsabilidad frente al público ya que, en algunos países, el propietario recibe fondos públicos –materializados a través de una exención tributaria– que no se estarían aprovechando cabalmente.

Pese a esto, en la mayoría de las legislaciones no se impone ningún requisito a las organizaciones elegibles como titulares, como sería que acrediten su capacidad institucional y financiera para adquirir estas responsabilidades. De las legislaciones analizadas la única que hace alguna exigencia al “land trust” es la de Puerto Rico, señalando que debe haberse constituido hace más de 5 años. Pero este requisito parece contemplarse con el fin de asegurar la seriedad del organismo y no con el de asegurar que tenga los medios necesarios para un adecuado y efectivo monitoreo.

¹⁰⁴ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1062. (Traducción de la autora).

¹⁰⁵ TESINI, Dan. *Loc. Cit.*

¹⁰⁶ GOOD, Kimberly y MICHALSKY, Sue. Summary of the Canadian experience with conservation easement and their potential application to agri-environmental policy. [en línea] Canadá, 2011. <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/agr/A125-17-2011-eng.pdf> [consulta: 12 octubre 2012]; p. 28.

Excepcionalmente, el Estado de Maine¹⁰⁷ en Estados Unidos contempla regulación a este respecto. La ley exige que cada “land trust” monitoree las condiciones de la propiedad a lo menos cada tres años y que prepare y mantenga un informe escrito sobre la situación del inmueble en sus registros permanentes. Sin embargo, no se contemplan sanciones específicas en caso de incumplimiento de esta obligación legal¹⁰⁸.

Otras soluciones se han propuesto para atenuar esta problemática. La profesora McLaughlin ha planteado tratarlos con proactividad, por ejemplo, trasladar algunos fondos públicos –de los destinados a la rebaja tributaria por ejemplo- para que sean usados en la construcción de un fondo de monitoreo de servidumbres existentes¹⁰⁹.

Algunas propuestas apuntan ya no a los fondos necesarios sino al incumplimiento efectivo de la obligación. Parte de la doctrina aboga por imponer sanciones a quienes no cumplan con las obligaciones emanadas de la servidumbre de conservación. La propuesta se materializa en otorgar facultades a la fiscalía correspondiente como representante de la sociedad. El fiscal podría obligar al cumplimiento de lo pactado en la servidumbre e imponer sanciones a los miembros responsables dentro del “land trust” si fuere necesario¹¹⁰.

En el Estado de Maine de Estados Unidos, la ley da expresas atribuciones a la fiscalía para hacer cumplir las servidumbres directamente. El fiscal está autorizado para iniciar los procesos de cumplimiento cuando el titular: i) no exista más; ii) sea declarado en quiebra o insolvencia; iii) no pueda ser contactado después de realizar las diligencias razonables para comunicarse; iv) haya fallado en tomar las medidas razonables para lograr el cumplimiento luego de 90 días desde la notificación del

¹⁰⁷ La regulación en cuanto a la materia de este Estado Norteamericano data de 1969 (Act effective, May 9, 1970) que fue reemplazada en 1985 por la “Uniform Conservation Easement Enabling Act”. Su importancia radica en que, en 2007, modificó su legislación para hacerse cargo de los aspectos que se habían identificado como problemáticos, constituyendo el único estatuto legal de Estados Unidos que ha recogido la experiencia de 20 años de práctica en servidumbres de conservación y ha adecuado su legislación a los desafíos planteados por ésta.

¹⁰⁸ PIDOT, Jeff. Conservation easement reform: as Maine goes should the nation follow?. [en línea] *Law & Contemporary Problems* 74, no. 4, 2011. pp. 1-27. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; pp. 11-13.

¹⁰⁹ MCLAUGHLIN, Nancy A. *Op. Cit.* p. 3.

¹¹⁰ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1071.

incumplimiento por parte de la fiscalía. Además, la ley estableció un organismo de reemplazo automático –que puede ser una agencia gubernamental, una municipalidad o un “land trust”- en caso de faltar el titular original¹¹¹.

Para hacer efectivo el cumplimiento de estas disposiciones legales, en especial la facultad de oficio de la Fiscalía, se ha estimado necesario un registro de obras local en el cual deban inscribirse las servidumbres de conservación, al igual que lo que ocurre con otros derechos reales. Este registro se contempla además para advertir a futuros propietarios de la tierra del gravamen que pesa sobre ella. “Los beneficios públicos al largo plazo de las servidumbres de conservación dependen del acceso a la información sobre los organismos sin fines de lucro, los propietarios, la ubicación, restricciones, monitoreo, asignaciones, modificaciones y terminación”¹¹². La obligación de registro se encuentra en la mayoría de las legislaciones analizadas.

En otras normativas como las de Estados canadienses o las de países africanos, sólo se contempla la posibilidad de demandar ante los Tribunales de Justicia. El inicio del proceso se inicia por impulso de la parte afectada y nunca de oficio. Puede solicitarse el cumplimiento forzado o la terminación cuando se considere y acredite que se están realizando actividades que dañan el predio o que con el incumplimiento de las obligaciones se daña el predio. Un propietario diligente podría demandar ante las cortes el cumplimiento forzado de las obligaciones de monitoreo y administración que tiene sobre el predio.

En Estados Unidos, ha habido controversias sometidas a los Tribunales de Justicia solicitando el cumplimiento de la servidumbre. Se debe destacar que los problemas generalmente ocurren porque las partes no dejan claramente estipuladas sus intenciones lo que se traduce en términos ambiguos o vagos. La forma en que se redacta el texto de la servidumbre ecológica es crucial ya que puede evitar futuras disputas entre las partes. Por ejemplo, en *Racine v. Unites States* (1988), la Corte de Apelaciones permitió la construcción de corrales y graneros en la propiedad dado que la servidumbre permitía construir “lo necesario... para la ganadería”. La Corte señaló

¹¹¹ PIDOT, Jeff. *Op. Cit.* pp. 13-16.

¹¹² *Ibíd.* p. 9. (Traducción de la autora).

que “hubiera sido fácil para el redactor del Gobierno prohibir todas las construcciones relacionadas con la ganadería (...) Pero el Gobierno no hizo eso. Por esta falla en la redacción, ahora el Gobierno, esencialmente, está solicitando a esta Corte que reescriba la escritura... Pero la Corte no tiene el poder para reescribir la escritura”¹¹³.

C. Perpetuidad

Esta es una de las características que ha suscitado mayor controversia en la doctrina. El carácter perpetuo de la servidumbre de conservación es uno de sus elementos centrales. Se ha esgrimido que es una de sus grandes ventajas ya que proteger efectivamente la biodiversidad y los ecosistemas sólo puede lograrse en el largo plazo, evitando las alteraciones que puedan producirse a raíz de eventos contingentes. Sin embargo, también han surgido voces de alarma ante el absolutismo de la medida, argumentando que al no haber espacio para cambios o alteraciones puede volverse una herramienta contraproducente para la conservación y para las futuras generaciones.

La defensa de las servidumbres ecológicas a perpetuidad se ha justificado en razón de la mayor protección que otorga, los costos, la estabilidad y la planificación de uso de suelo, entre otros. Se debe destacar que establecer derechos en forma perpetua no es nada nuevo ni único. La profesora McLaughlin señala que las restricciones perpetuas han sido establecidas en el desarrollo y uso de la tierra en donaciones desde hace siglos. Este sería el ejemplo de la donación de una casa para hacer un hospital por ejemplo, o la estipulación de que un terreno donado se use para determinados fines¹¹⁴.

En relación a los beneficios medioambientales se ha argumentado de forma diversa. Las ventajas que produce la protección de la biodiversidad y los ecosistemas se consideran nulas si dicha protección no se garantiza por un periodo prolongado de tiempo. En este sentido, la estipulación de un plazo sería contraria a las finalidades de

¹¹³ *Racine v. United States*, 858 F.2d 506 (1988). Citado por ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. *Op. Cit.* p. 111. (Traducción de la autora).

¹¹⁴ MCLAUGHLIN, Nancy y MACHLIS, Mark Benjamin. Protecting the public interest and investment in conservation: a response to Professor Korngold's critique of conservation easements. [en línea] *Utah Law Review* 2008, no. 4, 2008. pp. 1561-1594. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 1567.

la servidumbre de conservación ya que no se lograría su principal objetivo, cual es, dar protección eficiente a los terrenos que cuenten con un valor ecológico considerable. La perpetuidad de la servidumbre sería entonces, la mejor forma para asegurar que valores medioambientales únicos continúen en el futuro. A través de esto además, se reconoce plenamente el principio precautorio. Se ha dicho que siempre será más deseable proveer beneficios ambientales por siempre. Proteger un bosque nativo en forma permanente es mucho más deseable y efectivo que sólo protegerlo por un período de años. Además, a través de la conservación de hábitats y lugares con alto valor de conservación se pueden estar protegiendo beneficios que aún no han sido descubiertos. Finalmente, en relación a los propósitos e intención de las personas que donan o venden una parte de su propiedad para estos fines, se deduce que el amor a la tierra que mueve a muchos a establecer esta servidumbre está directamente relacionado con su deseo de que sea protegida por siempre.

Otra línea argumental considera que lo destacable de las servidumbres de conservación es la estabilidad que brindan. Es decir, se sacrifica la flexibilidad del instrumento legal en pos de la estabilidad que garantiza. Al permitirse la perpetuidad de la servidumbre ecológica, se está contribuyendo a crear programas y planes de uso del suelo, lo que ayudaría a una mejor planificación de las ciudades y a la toma de decisiones óptimas por parte de los habitantes ya que tendrían mayor información sobre los usos que puede dársele a cada terreno. Así, la perpetuidad de la servidumbre ayudaría a obtener planes de uso del suelo más eficientes. Cabe destacar que, este argumento sólo es atendible en la medida que el establecimiento de servidumbres de conservación esté en consonancia con los planes territoriales que establece cada gobierno local lo que conlleva a su vez, la aprobación gubernamental de la servidumbre.

Luego se defiende la perpetuidad de las servidumbres ecológicas aludiendo a los costos. En efecto, en esta herramienta han sido destacados los menores costos que implica comparada con otras formas de conservación privada. Se sostiene que, si fuera a plazo o por un periodo de tiempo determinado, las partes para renovarla, tendrían que invertir nuevos recursos y tiempo. Cumplido el plazo estipulado, las partes volverían a negociar las condiciones y a efectuar la compra o donación y los trámites

para una posible rebaja tributaria, lo que les implicaría incurrir en nuevos gastos. Esta renegociación y acuerdo también le significa costos al Gobierno, dado que tiene que poner a su disposición la maquinaria estatal para que la servidumbre se materialice. Además, se producirían problemas cuando se quiera vender la propiedad a un tercero ya que el término del gravamen produciría especulación en cuanto al precio de compra y las condiciones de venta. Con la perpetuidad, se elimina todo tipo de especulación, ya que la servidumbre se mantiene cualquiera sea el dueño del predio, sin opciones de modificación. Esto conlleva una disminución del precio de compra del terreno que el dueño debe estar dispuesto a asumir.

Un argumento de realidad también se arguye a favor de la perpetuidad de las servidumbres. Al garantizar el derecho en forma permanente en el tiempo se lo sustrae de las políticas contingentes que pueden intentar modificarlo o derechamente eliminarlo. De no estar asegurada su vigencia en el tiempo, el derecho real de conservación estaría sujeto a las variaciones legislativas que dependen de las mayorías alcanzadas en el Congreso, a los cambios en tiempos de crisis -que son una fuerte amenaza para esta institución en particular ya que no atiende a necesidades consideradas tradicionalmente como primarias-, a la influencia de poderosos intereses que se susciten por el terreno y a las deficiencias legales que pueden otorgarle menor protección. Ha habido casos en los cuales se han revocado servidumbres de conservación por la política contingente, “la acción legislativa puede, sin embargo, socavar las restricciones que protegen la tierra, incluso cuando el caso de protección es claro: los políticos tienden a tomar decisiones basados en consideraciones políticas. Esa circunstancia es la mayor razón para la existencia de protección privada a la tierra. (...) Las servidumbres de conservación son vulnerables a la acción legislativa que aminora o destruye su efectividad”¹¹⁵.

Finalmente, “las servidumbres perpetuas hacen todo lo que las servidumbres con un plazo fijo hacen, pero lo hacen mejor, porque lo hacen por siempre. Además de proveer muchas cosas que las servidumbres de plazo no otorgan”¹¹⁶.

¹¹⁵ BREWER, Richard. *Op. Cit.* p. 278. (Traducción de la autora).

¹¹⁶ MITCHELL, Paul. *Op. Cit.* p. 8. (Traducción de la autora).

Una parte de la doctrina ha esgrimido la inconveniencia de garantizar la servidumbre ecológica en forma perpetua. Sus argumentos apuntan básicamente a las restricciones a la libertad, a los posibles cambios en cuanto a atributos de conservación y a la preocupación de que el diseño de políticas de uso de suelo se deje a la decisión de privados sin posibilidad de modificación.

Primeramente, se argumenta en relación a la libertad. Se sostiene que imponer una decisión a las futuras generaciones restringe su libertad para determinar sus necesidades y la forma de satisfacerlas. Además de legarles cargas que de ser muy pesadas, difícilmente tomarán en consideración. También existe una posibilidad cierta de que las condiciones cambien y lo que puede ser útil hoy, no lo sea mañana. En efecto, no es difícil pensar en condiciones en las cuales las servidumbres ecológicas perjudiquen en vez de ayudar en el futuro, dado que los valores y necesidades ambientales cambian. “Puede venir un tiempo en el que el interés público sea mejor servido permitiendo que una parcela de tierra sea modificada a un uso que viole la servidumbre de conservación que grava la propiedad”¹¹⁷.

A su vez, ha sido catalogado como “iluso y algo egocéntrico” pensar que las necesidades de hoy serán las mismas a las que se enfrentarán las futuras generaciones y que nuestras soluciones son las más apropiadas para satisfacerlas. La profesora Mahoney señala además que lo que hoy aparece como objetivos de conservación evidentes, podrían parecerle a las futuras generaciones como un absurdo e incluso contraproducente. Sin embargo, una posible contra argumentación se desprende de la paradoja en que incurre la autora al hablar acerca de verdades sobre el futuro, cuando simultáneamente dice que en el presente no somos lo suficientemente sabios para tomar decisiones para las personas del futuro¹¹⁸.

En cuanto a la planificación del suelo, se critica que, en la práctica, se estaría dejando la decisión sobre el óptimo uso de los terrenos a los privados, quienes podrían imponer limitaciones perpetuas a la planificación centralizada. Se sostiene que es importante que la planificación del suelo, tanto actual como del futuro, la haga la

¹¹⁷ KORNGOLD, Gerald. *Globalizing conservation easements*. p. 607. (Traducción de la autora).

¹¹⁸ ENGEL, J. Breting. *Op. Cit.* pp. 39-40.

sociedad en su conjunto a través de sus representantes. Y que esta decisión soberana no se vea limitada por la decisión de un privado, que muchas veces incluso está lejos del lugar y no conoce la realidad local –cómo sería una servidumbre sostenida por un titular o “land trust” nacional. Además, al existir la posibilidad del otorgamiento de una rebaja tributaria, se estarían ocupando dineros públicos para avalar esta situación. También se debe considerar que en lugares poblados el valor del suelo puede subir, al encontrarse todos los terrenos ocupados o sujetos a algún gravamen. Esto se vería incrementado por el exponencial aumento de la población.

Por otra parte, se critican los efectos que garantizar un derecho en perpetuidad produce en el derecho de propiedad. En el fondo, se estaría limitando este derecho ya que en relación a las tierras gravadas, nunca se podría ejercer plenamente el derecho de propiedad –considerando derechos de uso, goce y disposición. También reduce su flexibilidad. Pese a esto, se contra argumenta que las servidumbres de conservación no dejan a un lado el derecho de propiedad, por el contrario, son expresión de éste, lo reconocen y protegen uno de los derechos más importantes, cual es, el derecho de disposición.

El problema de la naturaleza cambiante de la materia que busca proteger choca con la idea de permanencia en el tiempo en forma perpetua. La rigidez que tendría la servidumbre de considerarla perpetua, atenta contra el medio ambiente que de por si es cambiante. A su vez, la servidumbre debe adaptarse a las variaciones que produce el cambio climático. Si es muy rígida, puede afectar su integridad y cumplimiento ya que es posible que los cambios hagan que los propósitos no puedan cumplirse y deba terminarse con la servidumbre. Podría solucionarse añadiendo múltiples o más amplios objetivos, algo que en la práctica se hace. No obstante esto, debe tomarse en consideración el argumento ya que puede darse el caso de que una servidumbre proteja un hábitat de determinada especie y, producto del cambio climático, dicha especie migre hacia otro hábitat, lo que reduciría la efectividad de la servidumbre¹¹⁹.

¹¹⁹ OWLEY, Jessica. Conservation easements at the climate change crossroads. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 199-228. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; pp. 201-208.

D. Modificación y terminación de la servidumbre de conservación

Si bien la discusión anterior no está totalmente zanjada, hay conciencia en la doctrina que los mecanismos de modificación de las servidumbres ecológicas son necesarios, sea que la servidumbre se establezca en perpetuidad o por un período de tiempo determinado. En efecto, ya que las condiciones que motivaron su creación pueden cambiar, también las partes pueden querer modificar los términos del acuerdo, ya sea para adoptar nuevas medidas conservativas o modificar las ya existentes, por lo que se hace necesario contar con formas de modificación reconocidas en la legislación. Estos mecanismos, a la larga, contribuyen a mejorar la eficiencia de las servidumbres.

Ya se mencionó que en algunas legislaciones comparadas se señalan expresamente las causales de terminación, dejándose su aplicación a los Tribunales de Justicia. Se aplicarán para la resolución de las controversias las leyes especiales y las normas de derecho civil o del “common law” dependiendo de la tradición de derecho que se siga y los propios acuerdos de las partes plasmados en el documento de constitución. Además, en algunos países, como los africanos, se establecen como ley supletoria la de las servidumbres.

En el derecho norteamericano ha habido problemas para determinar la legislación aplicable, principalmente debido a que presentan características de servidumbres, de contratos privados, de derecho público, tienen efectos tributarios y buscan el beneficio colectivo, por lo que hay semejanzas con las donaciones. En todas estas posibles legislaciones aplicables hay formas de modificación y terminación que podrían ser esgrimidas ante un juez, independiente de la postura que se desee tomar en relación a cuál de estas doctrinas legales es aplicable per sé. El derecho estadounidense ha desarrollado las siguientes teorías en relación a las servidumbres ecológicas.

1. Ley aplicable a las servidumbres

En general, las servidumbres son reconocidas en las legislaciones comparadas. Así también, las formas de terminación de éstas son comunes tanto en la tradición de derecho continental como en la anglosajona. En relación a estas formas, se

mencionarán sólo las aplicables a las servidumbres de conservación. Una primera posibilidad es la terminación cuando se hace imposible cumplir con sus propósitos. Cuando son servidumbres positivas, esto generalmente ocurre con la destrucción de los predios, ya sea sirviente o dominante. Sin embargo, también puede ser aplicable a las servidumbres negativas cuando estas contienen objetivos explícitos. La profesora Owley señala que en Estados Unidos no ha habido casos de imposibilidad de cumplimiento de servidumbres ecológicas debido al cambio climático, sin embargo, en un antiguo caso de 1891 llamado el caso *Weis v. Meyer* -en los cuales había predio dominante y predio sirviente- se falló señalando que el aumento del nivel del agua puede ser determinante para terminar una servidumbre –en el caso el agua hizo desaparecer al predio sirviente. Concluye que “cuando los cambios en la propiedad protegida hace los propósitos incumplibles, los tribunales deberían modificar o terminar las servidumbre de conservación”¹²⁰. En la misma línea, otro caso que constituye un precedente es *Atlantic & North Carolina Railroad Co. v. Way*, en el cual la corte señaló que “una servidumbre puede perderse por un cambio permanente en las condiciones del predio que haga su disfrute imposible como en este caso”¹²¹.

Otra forma de terminar una servidumbre es renunciándola. Puede suceder que debido a cambios en las condiciones, la servidumbre ya no provea de los beneficios que se proyectaron cuando se impuso. En este caso, el titular, cuyo interés es la conservación, debería renunciar el derecho real y así, terminar con éste.

Cuando el organismo encargado de monitorear y manejar la servidumbre tenga intención de dejar de hacerlo o se deduzca de su accionar esta intención, la corte debería poder declarar la servidumbre como abandonada. Esta opción exige cumplir con los estándares de prueba suficientes, vale decir, probar que la servidumbre ya no está cumpliendo con los objetivos que se propusieron y que esto se debe a una falta de manejo o a problemas de administración del titular.

La prescripción es otra forma de terminar con una servidumbre. Esto implica que el terreno se ha usado para fines contrarios a los establecidos por el instrumento que lo

¹²⁰ *Ibíd.* p. 211. (Traducción de la autora).

¹²¹ North Carolina Supreme Court, *Atlantic & North Carolina Railroad Co. v. Way*. 1916. Citado por *Ibíd.* (Traducción de la autora).

crea por un cierto período de tiempo. Generalmente, se acciona por el titular que mantiene la servidumbre. Aplicándolo a las servidumbres ecológicas, puede presentar problemas probatorios ya que será difícil demostrar que el terreno se usa para fines incompatibles con el gravamen impuesto, excepto cuando existen violaciones graves, como sería por ejemplo, construir alguna estructura prohibida.

Una forma de terminación relacionada con la anterior es la exclusión. Esta se produce cuando el titular sabe que el predio está siendo utilizado con fines adversos o incompatibles con los términos acordados, pero no hace nada para evitarlo. En este caso, los Tribunales de Justicia deberían estar en condiciones de terminar la servidumbre al constatar que ambas partes incumplen sus deberes.

2. Normativa relacionada con el derecho de propiedad: el cambio en las condiciones

La doctrina del “cambio en las condiciones” señala que los tribunales de justicia no harán cumplir un convenio si las condiciones han sufrido cambios de tal entidad - comparando la situación cuando fue creada hasta la actualidad- que el cumplimiento no traerá los beneficios para los que fue concebido. Esta doctrina se ha aplicado históricamente a las convenciones y no a las servidumbres. “La teoría del cambio en las condiciones provee los medios para lidiar con convenios que son obsoletos y que sirven poco o nada al propósito original”¹²².

La “Internal Revenue Code” de Estados Unidos en lo relativo a las servidumbres de conservación permite a los Tribunales de Justicia aplicar la teoría a este tipo de servidumbres. Sin embargo, dado que es necesario que la servidumbre sea perpetua para acceder a la rebaja de impuestos, la legislación tributaria no permite la terminación del derecho real sino que lo mantiene, permitiendo que cambie el dueño o titular, mediante subasta por ejemplo. Así, amparándose en una de las características de la servidumbre ecológica, como es que ésta se mantenga cuando el terreno cambie

¹²² KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements. p. 1077. (Traducción de la autora).

de dueño, se aplica la teoría del cambio de condiciones pero no se termina la servidumbre¹²³.

Otro de los problemas que plantea la teoría es cuándo se considerará que el cambio es suficiente para ser aplicada. En este sentido será importante determinar cuál será el estándar exigible y cuáles serán los medios por los que pueda probarse ya que esto determinara su exitosa aplicación.

Existe otra teoría llamada “del cambio en el vecindario”, según la cual, los Tribunales de Justicia pueden determinar si es equitativo hacer cumplir con las servidumbres basándose en los cambios de la vecindad o sus alrededores -se refiere al vecindario completo y no sólo a las parcelas vecinas. En este caso, el cambio debe ser radical y generalmente basado en cambios permanentes de la naturaleza, como por ejemplo, aquellos debidos al cambio climático¹²⁴.

3. Legislación aplicable a las donaciones: la teoría del cy press¹²⁵

Esta teoría se basa en la consideración de que debido al interés general que hay detrás de las servidumbres de conservación, no parece apropiado dejar que el titular decida cuando terminarla o modificarla, en un proceso sin publicidad. Por lo tanto, se hace necesario un procedimiento ante los Tribunales de Justicia, en el cual la fiscalía sea parte y represente los intereses del público¹²⁶.

La teoría del cy press sostiene que los términos de un testamento deben ser interpretados para cumplir con la voluntad del testador cuando una construcción literal es impracticable o imposible. Puede aplicarse a las servidumbres de conservación cuando los propósitos u objetivos contenidos en el instrumento que la crea se vuelven imposibles o impracticables. Para el profesor Korngold, la teoría ofrece una decisión supletoria a la voluntad de las partes que es deseable en las servidumbres perpetuas y

¹²³ OWLEY, Jessica. *Op. Cit.* p. 215.

¹²⁴ *Ibíd.* p. 216.

¹²⁵ El término “cy press” viene de la frase francesa “cy prés comme possible” que significa “tan cerca como sea posible”.

¹²⁶ MCLAUGHLIN, Nancy and MACHLIS, Mark Benjamin. *Op. Cit.* p. 1579.

debiera ser aplicada por los tribunales, pero no ofrece los cambios necesarios para servir al interés público¹²⁷.

Siguiendo a esta doctrina, los Tribunales de Justicia estarían facultados para modificar o terminar una servidumbre de conservación dependiendo de los objetivos planteados en ella. La decisión de modificarla –y en qué forma- o terminarla variará dependiendo de los objetivos específicos contenidos en ella. Por ejemplo, si el donante quiere mantener virgen cierta parte de su propiedad, la modificación será imponer restricciones a esa porción de terreno. Pero si la intención del donante era proteger a una especie de aves, tal vez será más conveniente terminar la servidumbre y proteger otro territorio, donde las aves se encuentren o hayan migrado.

Para la profesora Owley, “el procedimiento *cy press* solo debería ponerse en ejecución cuando una parte buscó la terminación o una modificación importante de la servidumbre de conservación. Cuando los cambios propuestos son consistentes con los propósitos de la servidumbre de conservación, ningún procedimiento es necesario y las partes del acuerdo son libres para modificar los términos consistentes con el estado de la propiedad y el derecho contractual”¹²⁸.

4. Ley contractual

Si se considera a las servidumbres ecológicas como contratos entre privados, debe estarse a lo que diga el instrumento que la constituye y los principios del derecho privado. Muchas servidumbres ecológicas estipulan las condiciones bajo las cuáles se puede modificar o terminar. En efecto una “considerable flexibilidad para modificar las servidumbres de conservación puede ser, y a menudo es, construida dentro de los instrumentos de las servidumbres de conservación en la forma de una cláusula de modificación. Estas cláusulas típicamente garantizan al titular el poder expreso para acordar con el dueño del terreno las modificaciones que sean consistentes o vayan más allá de los propósitos de la servidumbre de conservación”¹²⁹. Otra consecuencia es la posibilidad de que la servidumbre termine por incumplimiento de alguna de las

¹²⁷ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1078.

¹²⁸ OWLEY, Jessica. *Op. Cit.* p. 217. (Traducción de la autora).

¹²⁹ MCLAUGHLIN, Nancy and MACHLIS, Mark Benjamin. *Op. Cit.* p. 1579. (Traducción de la autora).

partes, lo que hace aplicables las reglas sobre responsabilidad por incumplimiento y las consecuencias del caso fortuito o la fuerza mayor.

Cuando el derecho real de conservación contiene lagunas, se da paso a la interpretación de los Tribunales. Esta interpretación tampoco es fácil y se debe determinar cómo debe la corte interpretar los términos del acuerdo. Puede hacerlo usando los elementos interpretativos clásicos, los documentos anexos, las tratativas preliminares, la costumbre, incluso el propio acuerdo puede dar directrices acerca de cómo debe ser interpretado.

En Canadá, no se conocen casos en que se interpreten servidumbres de conservación pero si se han interpretado servidumbres restrictivas. En estas se establece que el primer elemento interpretativo son las palabras del documento. El texto de la servidumbre también es utilizado como instrumento de interpretación para conocer las circunstancias que rodearon el pacto. Además, se ha señalado que ante un contrato con disposiciones vagas u ambiguas, se resuelve en favor de la no aplicación de la servidumbre¹³⁰.

En Estados Unidos se han sometido controversias relativas a la interpretación de servidumbres de conservación ante los tribunales. En ellas se han seguido los siguientes elementos interpretativos: primero, se debe estar al sentido literal y obvio de las palabras. Si un término es ambiguo, debe usarse el documento íntegro para determinar las intenciones de las partes. Se entenderá que una palabra es ambigua cuando tiene diferentes interpretaciones¹³¹. También puede atenderse a las circunstancias que rodearon la transacción, “estas circunstancias pueden incluir el estado de la cosa convenida, el objeto a ser obtenido y la construcción práctica dadas por las partes a través de su conducta”¹³². Si aun así, no pueden solucionarse los problemas de ambigüedad, debe estarse a los principios de interpretación. No hay una tendencia clara sobre si la interpretación de los términos debe hacerse en forma restrictiva –como en el caso de las servidumbres- o en forma amplia. Las Cortes han

¹³⁰ ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. *Op. Cit.* pp. 101 – 103.

¹³¹ *Sagalyn v. Foundation for Historic Georgetown*, 691 A.2d 107, (D.C.App.1997). Citado por *Ibíd.* p. 105.

¹³² *Smith v. Jack Nicklaus Dev. Corp.*, 225 Ill. App. 3d 284 (Ill.App. 1992), at 391. Citado por *Ibíd.*

argumentado en relación al libre uso de la tierra en el primer caso¹³³ y en el segundo, en consideración a los propósitos de protección que intenta brindar el instrumento¹³⁴ y al interés público que subyace en toda servidumbre ecológica¹³⁵.

La profesora McLaughlin señala que si las servidumbres son interpretadas para permitir sólo usos que sean consistentes con los propósitos de conservación, el objetivo de las servidumbres sería proteger en perpetuidad, pero si las servidumbres ecológicas son interpretadas en favor del libre uso de la tierra u otros usos permitidos de la tierra, esos propósitos no serían proteger en perpetuidad¹³⁶.

Se ha criticado que esta legislación sería una forma insatisfactoria de solución, “generalmente, cuando los propósitos de un contrato son imposibles, el contrato simplemente es invalidado. Tales condiciones podrían formar una justificación para un incumplimiento de contrato. Sin embargo, las servidumbres de conservación son criaturas de la ley de propiedad –no sólo de la ley contractual- precisamente porque es un deseo de la legislación mantener estos acuerdos vigentes más tiempo del que sería posible solamente bajo la ley contractual¹³⁷”.

5. Derecho público: expropiación

Una de las soluciones que se han planteado para terminar una servidumbre cuando el interés público lo requiere o la comunidad decide variar el uso de la tierra es la expropiación. Éste es uno de los principales argumentos a favor de la perpetuidad y se basa en que los organismos locales son los más apropiados para decidir cuándo puede dársele un mejor uso a la tierra, cuándo es necesario dejar la servidumbre porque no está brindando suficientes beneficios y porque de otra forma serían mejor aprovechados los recursos. Esta solución contempla el interés de la comunidad dándole forma al trasfondo público que subyace en las servidumbres de conservación.

¹³³ Foundation for the Preservation of Historic Georgetown v. Arnold, 651 A.2d. 794 (D.C.Cir. 1994). Citado por *Ibíd.* p. 106.

¹³⁴ Chatham Conservation Foundation v. Farber, 56 Mass. App. Ct. 584 (2002). Citado por *Ibíd.*

¹³⁵ Goldmuntz v. Town of Chilmark, 38 Mass. App. Ct. 696. Citado por *Ibíd.*

¹³⁶ MCLAUGHLIN, Nancy and MACHLIS, Mark Benjamin. *Op. Cit.* p. 1590.

¹³⁷ OWLEY, Jessica. *Op. Cit.* p. 218.

En un caso relativamente reciente, del año 2002, la Corte de Apelaciones del primer distrito de California en Estados Unidos conoció un caso de una municipalidad ejercitando su poder de expropiación sobre una servidumbre de conservación. El caso es *Johnston v. Sonoma County Agricultural Preservation & Open Space* y en él se debate la expropiación de tierras que fueron protegidas para conservar espacios abiertos y preservar sus valores naturales y escénicos. La Ciudad de Santa Rosa en California comenzó a expandirse lo que generó problemas de aguas residuales de grandes proporciones. Para cumplir con la “Clean Water Act” (Ley Federal de Aguas Limpias, en español), se aprobó un proyecto de tubería de descarga que incluía atravesar territorios protegidos por la servidumbre. En este caso, se prefirió negociar con las partes que celebraron la servidumbre de conservación, siempre con la amenaza de la expropiación, lo que se tradujo en un convenio en el cual la ciudad pagaba una suma de dinero por los terrenos que se ocuparían. Esto hizo que el caso girara en torno a la validez de dicho convenio, ya que los trámites de expropiación nunca se iniciaron. La Corte sostiene que el convenio es válido y que es una buena solución al problema ya que contemplaba medidas de mitigación para la ciudad, lo que no se hubiera logrado en un procedimiento de expropiación. Los montos eran altos, pero la Corte consideró que era equitativo ya que la ley de California daba un peso considerable al valor público de las servidumbres de conservación, estatuyendo como presunción de hecho que el mejor uso de las tierras es el uso público¹³⁸.

Independiente de la resolución del caso, “la sugerencia está hecha, quizás en vez de aplicar viejas doctrinas a una nueva forma de interés en la propiedad, o abandonar la herramienta completamente, la expropiación y la negociación privada deberían ser usadas para modificar, terminar o vender una servidumbre que se pone en el camino de un propósito público más importante”¹³⁹.

Concluyendo con las teorías aplicables y centrándose en la práctica, el Estado de Maine en Estados Unidos ha modificado su legislación en relación a estas materias, haciendo necesaria la aprobación judicial para cualquier terminación o modificación que vaya contra los valores de conservación protegidos por la servidumbre. La

¹³⁸ ENGEL, J. Breting. *Op. Cit.* pp. 43-49.

¹³⁹ *Ibíd.* p. 74. (Traducción de la autora).

aprobación debe basarse en los propósitos expresados en la servidumbre, pero también en los intereses del público y otros factores relevantes. En el juicio, la fiscalía es parte para asegurar los intereses tanto del público como del donante. Si se llega a la conclusión de que el dueño del terreno se hará más rico producto de la modificación o terminación, ese aumento debe ser pagado al titular para que sea usado en la protección de tierras usando criterios lo más cercanos posibles a la servidumbre estipulada. Además consagra la doctrina del procedimiento *cy press*, que requiere la investigación acerca de los intentos del dueño expresados en la servidumbre –los propósitos del dueño- y los intereses del público¹⁴⁰.

E. Aplicación de incentivos para la constitución de la servidumbre de conservación

En Estados Unidos, desde la dictación de la “Uniform Conservation Easement Act” (Ley Uniforme de Servidumbres de Conservación, en español) en 1980 se han contemplado incentivos económicos a la conservación privada a través del párrafo 170 del “Internal Revenue Code” (Código de Rentas Internas, en español). Por tanto, si un propietario dona una servidumbre de conservación recibe beneficios tributarios federales en la forma de una deducción fiscal de los ingresos y una reducción del valor de su patrimonio bruto para efectos tributarios. Los impuestos a la propiedad también se verán afectados ya que el valor de la propiedad se reducirá al pesar sobre ella un gravamen¹⁴¹.

Según la legislación norteamericana, para ser acreedor de estos beneficios se debe donar una servidumbre de conservación, si se vende no aplican los incentivos. Además, se estipula en la ley que dicha servidumbre debe ser donada en perpetuidad y que debe tener una contribución de conservación calificada¹⁴², esto es, debe clasificarse en alguna de las siguientes cuatro categorías:

1. Recreacional: referido a preservar áreas de recreación al aire libre.

¹⁴⁰ PIDOT, Jeff. *Op. Cit.* pp. 16-20.

¹⁴¹ BYRNE, Craig L. *Op. Cit.* p. 413.

¹⁴² ENGEL, J. Breting. *Op. Cit.* p. 29.

2. Ecológica: referido a proteger los hábitats naturales o ecosistemas. También se incluyen contribuciones a parques nacionales o reservas.
3. Espacios Abiertos: referido a preservar áreas de disfrute escénico o áreas claramente definidas por políticas públicas como dignas de conservación.
4. Histórica: referido a proteger lugares con importancia histórica o cultural.

En Norteamérica, los beneficios pueden tomar la forma de: i) un impuesto personal a la propiedad reducido; ii) una deducción fiscal de los ingresos y/o; iii) una menor obligación a los impuestos sobre la propiedad¹⁴³. Se debe realizar una tasación para determinar cuál es el monto de la transacción y cuál será entonces el monto de la deducción tributaria. Este se determina calculando el justo valor de mercado de la servidumbre de conservación al momento de la contribución. El justo valor de mercado es definido como “el precio al cual la propiedad es transferida entre un dispuesto comprador y un dispuesto vendedor, cada uno de los cuales tiene un razonable conocimiento de todos los hechos pertinentes y no se encuentra sujeto a ninguna coacción por comprar o vender”¹⁴⁴. La determinación del justo precio la hace un tasador experto, quien debe comparar los valores de venta de otras servidumbres de conservación que presenten características similares en cuanto a tamaño, ubicación, y calidad de la tierra. Ahora bien, si no hay otras servidumbres con las que se pueda hacer una comparación válida, la ley otorga otra forma de evaluación llamada “before and after approach” (“enfoque antes y después” en español). Según este método, el precio de la servidumbre será la diferencia entre el justo precio de mercado de la propiedad antes y después de que se estipularan las restricciones que impone la servidumbre de conservación¹⁴⁵.

De acuerdo a la legislación de Estados Unidos, hay dos formas de usar el beneficio relativo a la deducción fiscal de los ingresos. La primera es deducir un 30% del monto evaluado de los ingresos del propietario del terreno donado en el primer año desde la transacción y luego, anualmente por los próximos 5 años, deducir lo que reste hasta

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ BYRNE, Craig L. *Op. Cit.* p. 414. (Traducción de la autora).

¹⁴⁵ *Ibíd.*

completar el monto total determinado en la evaluación. La segunda forma es deducir un 50% del monto avaluado de los ingresos del propietario y luego deducir anualmente lo que reste por los próximos 5 años¹⁴⁶.

Se han justificado estos beneficios como una forma de incentivar la conservación privada. Para el profesor Engel, “en teoría, el incentivo de deducción de impuestos de las donaciones de conservación debería ser muy beneficiosas para una familia campesina “rica en tierra y pobre en dinero en efectivo” que le gustaría continuar trabajando su tierra. Sin embargo, mientras en teoría suena bien, este a menudo no es el caso”¹⁴⁷. La profesora Mc Laughlin sostiene que se podría considerar que pagar a los propietarios el justo precio de mercado que significa retirar los derechos de desarrollo y uso intensivo de la tierra fomenta la concepción de que la servidumbre de conservación consiste sólo en derecho compensables y en ninguna obligación de monitoreo o administración. Sin embargo, esto no es así, todo lo contrario, ayuda a tener una visión de la propiedad y su uso basada en la responsabilidad ya que lo que se le paga al propietario es sólo un modesto porcentaje del valor en que se reduce su predio al imponer el gravamen. Esta sería una fase intermedia entre una etapa completamente orientada a obtener beneficios económicos y una en la que no se espere ninguna compensación y se establezcan servidumbres con el propósito filantrópico de cuidar el medio ambiente. En esta fase intermedia o de transición, el propietario recibe una pequeña compensación del público por la pérdida del valor de su terreno pero además se requiere que el dueño asuma la mayor parte del costo, monitoreando el uso de su tierra¹⁴⁸.

Para mantener esto en perspectiva, es importante destacar que “una deducción de impuestos para las servidumbres de conservación no es diferente, ni menos loable, que una deducción de impuestos para otra donación de caridad”¹⁴⁹.

Sin embargo, pese a los elogiados propósitos que se pudieran tener en consideración para incentivar un tipo de conservación privada, la aplicación de estos

¹⁴⁶ ENGEL, J. Breting. *Op. Cit.* p. 30.

¹⁴⁷ *Ibíd.* (Traducción de la autora).

¹⁴⁸ MCLAUGHLIN, Nancy A. *Op. Cit.* p. 3.

¹⁴⁹ ENGEL, J. Breting. *Op. Cit.* p. 34. (Traducción de la autora).

beneficios tributarios no ha estado exenta de abusos. Se pueden nombrar por ejemplo, modificaciones en la tasación para obtener mayores beneficios fiscales y la creación de servidumbres en terrenos que tiene poco o ningún valor de conservación, todo esto incentivado por los organismos que sostienen la servidumbre. Además, se han identificado otros problemas derivados del incentivo tributario, por ejemplo, se dice que frustra la planificación municipal del uso del suelo.

Por otra parte, debe analizarse “si el público debe subsidiar la libre elección de los propietarios a través de deducciones de impuestos. Esto es especialmente cierto cuando los beneficios de las servidumbres de conservación son en alguna forma “amorfos” y no pueden ser verificados, en particular cuando se compara con otras inversiones en conservación que el público puede hacer. (...) Es justo preguntarse que está obteniendo el público a cambio de su inversión”¹⁵⁰. Esto es aún más evidente cuando dos tipos de incentivos son aplicables a una misma servidumbre. En Estados Unidos, cuando la servidumbre ecológica es sostenida por un “land trust” se le agrega otra deducción tributaria, quedando afecta a dos beneficios a nivel federal, uno específico para las servidumbres de conservación consagrado en la sección 170 (h) del “Internal Revenue Code” y otro especial para los “land trust” que también consiste en rebaja de impuestos, “estos dos beneficios son subsidios que el público otorga a los “land trust” porque ellos apoyan su actividad y quieren alentarlos”.¹⁵¹ Para ser acreedor del beneficio estatal el requisito que se impone es que la servidumbre tenga “propósitos de conservación”. Se ha dicho que se provee al público sólo de un beneficio “existencial”, es decir, del beneficio psicológico que consiste en la existencia de un terreno que mantendrá sus valores de conservación por un periodo de tiempo, que puede ser perpetuo. Así las cosas, “la tierra es preservada para las futuras generaciones, pero las presentes generaciones no obtienen nada más que el beneficio psicológico de saber que la tierra está protegida”¹⁵².

Para balancear la relación entre subsidio público y beneficio público, se ha planteado la necesidad de garantizar el acceso de la población a los terrenos

¹⁵⁰ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1067. (Traducción de la autora).

¹⁵¹ SMITH, Sarah C. *Op. Cit.* pp. 635-636. (Traducción de la autora).

¹⁵² *Ibíd.* p. 638. (Traducción de la autora).

protegidos con servidumbres ecológicas, sobre todo en aquellas calificadas como de “espacios abiertos” o “recreacionales”. La necesidad de acceso público se fundamenta, precisamente, en el hecho de que las servidumbres gozan de subsidios públicos, por lo que, a su vez, deben proveer de beneficios públicos. Si se garantizara acceso público, además se agregaría el beneficio “recreacional” para la población y ya no consistiría solamente en un goce psicológico.

De no considerarse lo anterior, uno de los problemas será la disminución de los espacios públicos. Ya que la tendencia ha sido que las servidumbres de conservación vayan en aumento, crecen también las tierras en manos privadas, disminuyendo las estatales y por tanto, el acceso del público a espacios de recreación. Extrapolando el argumento, “si el patrón continúa, los agrestes y majestuosos paisajes de Norteamérica podrían ser preservados, pero el público sólo podría verlos en fotografías, a lo más”¹⁵³.

Para superar algunos de los abusos descritos, el profesor Korngold propone que el “Internal Revenue Code” se modifique a fin de requerir una certificación gubernamental de que las servidumbres de conservación sirven a los propósitos de conservación públicos para que el donante reciba la deducción de impuestos. Esta certificación debería ser exigida sólo en el caso que la servidumbre no contemple libre acceso al público. Esta solución traería beneficios como mejorar los sistemas de planificación territorial, asegurar que los fondos públicos sean bien gastados, disminuir las distorsiones del mercado y disuadir a los propietarios de establecer servidumbres sólo por obtener una rebaja de impuestos¹⁵⁴.

En la reforma legal que se realizó en el Estado de Maine en Estados Unidos, uno de los puntos que no fueron cubiertos por la modificación fue la rebaja tributaria. Se decidió no seguir la tendencia de algunos Estados de incorporar beneficios tributarios adicionales a los federales contemplados en el “Internal Revenue Code”, argumentando que esto podía hacer de las servidumbres de conservación un negocio con ánimo de lucro, que también podía traer aparejados abusos e impactos presupuestarios. “Sin estos costosos incentivos tributarios, Maine no ha experimentado

¹⁵³ *Ibíd.* (Traducción de la autora).

¹⁵⁴ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 1069.

falta de donaciones de servidumbres debido a propietarios de tierras generosos y preocupados por la conservación”¹⁵⁵.

Por otra parte, este desafío se presenta en otras legislaciones que contemplan algún tipo de incentivo económico para su constitución.

En los Estados canadienses, en general, hay tres formas en las cuales un “land trust” puede adquirir una servidumbre de conservación: i) como una donación; ii) como una venta o; iii) como una venta a un precio menor aceptando el resto como donación.

Sólo en el caso de las donaciones se puede obtener algún pago como incentivo que puede ser un crédito de impuestos por donaciones que se entrega a las personas naturales o una deducción de impuestos por donaciones que se entrega a las personas jurídicas. El valor de la servidumbre de conservación se calcula en la misma forma descrita para el caso de Estados Unidos, utilizando el “before and after approach”.

En Canadá, las donaciones de servidumbres de conservación pueden ser de dos formas¹⁵⁶:

1. Donación ecológica certificada (“certified ecological gift”): en este caso el propietario o el “land trust” en representación del propietario solicita que se certifique la calidad de tierra “ecológicamente sensible” para participar en el programa de donaciones ecológicas (“ecological gift program”). Este programa garantiza un trato preferencial al donante de la servidumbre de conservación que incluye la reducción de tasas de impuestos al capital mediante la inclusión de ganancias en nivel cero y la posibilidad de prorratear la donación hasta por 5 años. No hay ningún límite al valor total de donaciones ecológicas certificadas para la deducción o crédito en un año dado. Cualquier cambio en la certificación debe ser aprobado por el Ministro Federal de Medio Ambiente.
2. Donación ecológica no certificada (“non-certified ecological gift”): en este caso la donación no recibirá un tratamiento especial y estará afecta al beneficio

¹⁵⁵ PIDOT, Jeff. *Op. Cit.* p. 23. (Traducción de la autora).

¹⁵⁶ GOOD, Kimberly and MICHALSKY, Sue. *Op. Cit.* pp. 8 -9.

tributario que se contempla para cualquier tipo de donaciones como, por ejemplo, las donaciones en dinero en efectivo.

“La principal diferencia entre una servidumbre de conservación catalogada como donación ecológica certificada y una donación ecológica no certificada es que el donante de una donación ecológica no certificada no recibirá la deducción de ganancia de capital y no disfrutará del mismo nivel de beneficios en impuestos como resultado de la donación”¹⁵⁷.

En este caso, el desafío se ve atenuado ya que se contemplan mecanismos de control, como es la certificación. Sin embargo, otros problemas continúan porque pueden aún cometerse abusos en el caso de las donaciones no certificadas.

La legislación de los países africanos dispone que cualquier dueño de un predio gravado con una servidumbre de conservación, de acuerdo a la ley, tiene derecho a una indemnización acorde con el valor perdido del uso de la tierra. La indemnización debe solicitarse ante la autoridad competente quien determinará el monto. Esta puede solicitar que el titular se haga cargo del pago o, si se considera que la servidumbre es de importancia nacional, la pagará la autoridad gubernamental. Si el dueño del predio no está satisfecho con el monto de la indemnización puede reclamar ante los Tribunales de Justicia¹⁵⁸. En este caso, los problemas disminuyen ya que, como se dijo, la creación de las servidumbres no es consensual, sino que se constituyen por decisión de un Tribunal, por lo que existe un mayor control acerca de los montos entregados como incentivos y de las servidumbres beneficiadas. Además, la Corte decide quien paga, debiendo hacerlo el Estado sólo en los casos en que la servidumbre sea catalogada como de importancia nacional.

F. Coordinación de la servidumbre de conservación con las políticas públicas de un gobierno local

En Estados Unidos, las servidumbres de conservación no tienen mayor relación con la planificación territorial que haga el gobierno local, debido a su carácter

¹⁵⁷ *Ibíd.* p. 9

¹⁵⁸ UGANDA. *Op. Cit* Sección 76. La misma disposición se contempla en KENIA. *Op. Cit.*, Sección 116. En relación a esto, TANZANIA. *Op. Cit.* Sección 160.

eminentemente privado. Hay reticencia en el público en general y también en los titulares de servidumbres ecológicas de la incorporación de organismos públicos en el proceso de creación dado que se estima que podría enlentecerlo o impedirlo¹⁵⁹. Esto da cuenta de la percepción de que los organismos públicos son burocráticos y además, de que tienden a usar los terrenos en favor del desarrollo, frenando la protección de la tierra con valores ecológicos. Ésta percepción es la misma que le ha dado impulso al movimiento de conservación privada, por lo que es entendible que las personas quieran que el Estado se mantenga lo más al margen posible del proceso de creación y mantenimiento de servidumbres.

Sin embargo, este distanciamiento del aparataje estatal genera serios problemas. La nula relación entre las servidumbres y la planificación de los gobiernos locales produce que las servidumbres sean de menor calidad, que no haya público conocimiento del uso que se le dará al suelo, y que se frustre la planificación del territorio que hace el gobierno, lo que es particularmente grave si consideramos que las servidumbres pueden ser otorgadas en perpetuidad. Así, nos encontramos ante la posibilidad de que un privado decida el uso que se le dará al suelo para siempre. En este escenario, los gobiernos locales, y a través de ellos la ciudadanía en general, pueden no tener injerencia en los terrenos que serán susceptibles de desarrollo urbano y aquellos que no, ya que eso sería decidido por el propietario del predio sin ninguna planificación.

En atención a esto, algunos Estados de Norteamérica han incorporado al proceso de creación de las servidumbres a los organismos públicos de diversas maneras que pueden clasificarse en 4 categorías:

1. Se requiere aprobación del gobierno local

En Estados como Nebraska y Massachusetts se incorpora como requisito para la creación de una servidumbre ecológica que el acuerdo al que llegaron las partes sea revisado y aprobado por el gobierno local correspondiente al lugar en que se encuentra

¹⁵⁹ PIDOT, Jeff. *Op. Cit.* p. 24. (Traducción de la autora).

el terreno que se busca proteger. Además, en Massachusetts se exige la misma aprobación para terminar con las servidumbres de conservación.

Este sistema se ocupa también en las legislaciones de los países africanos, Uganda, Kenia y Tanzania, y en los Estados australianos analizados.

El organismo encargado de aprobar la servidumbre debe tener en consideración los conflictos que se podrían producir con la planificación estatal del uso del suelo y el interés público.

Entre las ventajas que plantea esta forma de incorporar a los organismos públicos en las servidumbres se contempla la participación del público a través del organismo que aprueba, la mayor calidad de las servidumbres y la conformidad con la planificación estatal de uso del suelo. La importancia es que la aprobación es vinculante con lo que se aseguran las ventajas antedichas. Teóricamente una de las desventajas es que se enlentece el proceso de creación ya que se incorpora la burocracia estatal, sin embargo, la práctica en el Estado de Massachusetts ha demostrado que la mayor demora no frustra la efectiva creación de las servidumbres.

2. Se requiere consulta con el gobierno local

Otra posibilidad para incorporar al gobierno local es establecer un trámite de consulta a un organismo público. Para que la consulta sea favorable, la servidumbre debe estar en concordancia con los planes estatales de uso del suelo o se deben minimizar los conflictos que puedan surgir entre ambos. Estados norteamericanos como Montana y Tennessee usan este sistema.

También se usa en otras legislaciones como en algunos Estados de Canadá, en los cuales se debe notificar al Ministerio correspondiente de la constitución de la servidumbre ecológica y a su vez, se debe inscribir en un registro local de uso de tierras.

La diferencia con el anterior, es que la consulta no es vinculante, por lo que su efecto es menor. Lo que se busca es dar a las partes un panorama de los posibles conflictos que podría suscitar la servidumbre, desde la óptica de un tercero para que se

consideren aspectos que las partes no tenían en mente. Pero siempre la opción de modificar o no el acuerdo de manera tal que se adecúe a la planificación estatal quedará a la voluntad de las partes. Esta es una considerable desventaja con el mecanismo anterior, sin embargo, aún mantiene como puntos positivos la publicidad del proyecto y la mejora en la calidad de las servidumbres.

3. Se requiere tener en consideración la planificación estatal para el uso del suelo

Algunos Estados han incluido en el proceso de creación de las servidumbres a la planificación estatal de uso del suelo, entre ellos Michigan, Missouri, New Jersey y Tennessee. En estos Estados se requiere que las partes tengan en consideración la concordancia con la planificación estatal sin carácter vinculante.

Por ejemplo, en Michigan para la venta de servidumbres de conservación agrícolas se debe considerar la inclusión de un plan de preservación agrícola por parte del gobierno local. La misma consideración se requiere para terminar con la servidumbre. En Missouri, se considera la planificación local en la definición de servidumbre con propósitos de espacios abiertos. Se clasifica como propósito de espacios abiertos una servidumbre que implementa un plan de desarrollo adoptado por una agencia estatal. En New Jersey se considera la planificación estatal sólo en el caso de la terminación de la servidumbre. Para terminarla se necesita el consentimiento de un "Comisionado para la Protección Ambiental", quien debe tener en consideración el interés público y los planes locales de uso de la tierra y desarrollo. El Estado de Tennessee utiliza la misma fórmula en el caso de las servidumbres agrícolas¹⁶⁰.

Este método se asemeja al anterior en cuanto a ventajas y desventajas, siendo su principal deficiencia la falta de obligatoriedad.

¹⁶⁰ RICHARDSON Jr., Jesse and BERNARD, Amanda C. *Op. Cit.* pp. 94-95.

4. Se requiere que la servidumbre se adecue a la planificación territorial local

Esta forma de relacionar las servidumbres con los planes estatales es la más directa y eficiente, ya que requiere para la creación de una servidumbre ecológica que esté en concordancia con el uso que se ha establecido para ese terreno en la planificación estatal.

La legislación del Estado de Virginia requiere que las servidumbres de conservación que tengan propósito de “espacio abierto” se adecuen al plan estatal oficial para el área en la cual se encuentra la propiedad protegida.

Este método es el más efectivo dado que es vinculante, provee de publicidad a la servidumbre, mejora la calidad de éstas e impide que se contraponga al uso del suelo estipulado por el gobierno local. Sin embargo, pese a las ventajas, puede resultar ineficiente si no se contempla un mecanismo de ejecución por parte del gobierno local. La experiencia de Virginia confirma el aserto, ya que en su legislación no se estipula ninguna forma de terminar o de dejar sin efecto a las servidumbres que no se conforman con la planificación estatal. Tampoco ha habido oportunidad de que los tribunales se pronuncien al respecto¹⁶¹. Por lo tanto, de no contemplarse una sanción, la disposición puede transformarse en letra muerta.

Richardson y Bernard señalan que “al igual que una gran tienda o una estación de gasolina tiene impacto en las comunidades locales, las servidumbres de conservación perpetuas afectan los patrones de uso del suelo. Como un uso de profundos impactos, las servidumbres de conservación perpetuas deberían ajustarse a la planificación local y la regulación”¹⁶². Para esto, proponen incorporar las servidumbres de conservación a la planificación local, creando diferentes tipos de espacios abiertos. Así, la planificación local podría incluir zonas en las cuales se restrinja el desarrollo y se permitan las servidumbres de conservación, otras zonas en las cuales se prohíban las servidumbres ecológicas y otras en las cuales se permitan pero sólo a través de una autorización. Algunas ciudades de Norteamérica han utilizado esta solución, por ejemplo, Cave Creek en Arizona, en la cual se incluye en la

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 96.

¹⁶² *Ibíd.* p. 106. (Traducción de la autora).

planificación de la ciudad áreas como “Espacio Abierto de Conservación” o “Espacio Abierto Recreacional”, en las cuales se permiten servidumbres ecológicas. Lo mismo ocurre en Fauquier County en Virginia¹⁶³.

En el Estado Norteamericano de Maine, intencionalmente, se evitó la inclusión de algún procedimiento de participación pública en la reforma legal llevada a cabo a 2007. Esto por miedo a que se pusiera en peligro la reforma completa, lo que da cuenta de lo controvertido del tema. En general, ni la población ni los titulares estaban de acuerdo en conferir potestades a los organismos públicos para calificar o participar en la creación de servidumbres. Para Pidot, este tema es “particularmente sensible para los “land trust” y propietarios, [por lo que] un punto de partida sería dar una oportunidad al público para informarse y comentar “online” sobre las servidumbres antes que los términos de éstas sean grabados en piedra”¹⁶⁴.

La doctrina está al tanto de esta problemática, “en comparación, en el campo de los controles de uso público de la tierra la tendencia moderna es alejarse de la planificación del condado, estatal o regional en cuanto a cuestiones medioambientales. Especialmente con los significativos subsidios estatales para la creación y continuación de las servidumbres de conservación en el contexto de Estados Unidos, es justo cuestionarse si un sistema privado no coordinado maximiza el interés público”¹⁶⁵.

Entendiendo esto, el profesor Korngold señala que los Tribunales de su país a menudo han señalado que no ejecutarán convenios que violen políticas públicas. Por tanto, en relación a las servidumbres ecológicas, “podría haber raras ocasiones donde otra política pública claramente articulada –tal como un desarrollo económico favorable, casas accesibles o planificación pública- esté amenazada por la continua ejecución de una servidumbre de conservación. En tal situación, la Corte tendría que balancear los intereses públicos aplicables, quizás en detrimento de los objetivos de conservación, cuando decida sobre la ejecución o modificación de una servidumbre de

¹⁶³ *Ibíd.* pp. 103-106.

¹⁶⁴ PIDOT, Jeff. *Op. Cit.* p. 27. (Traducción de la autora).

¹⁶⁵ KORNGOLD, Gerald. *Globalizing conservation easements.* p. 605. (Traducción de la autora).

conservación particular”¹⁶⁶. De acuerdo a esto, no sería necesario establecer algún método de participación pública en la creación de servidumbres ya que son los tribunales los llamados a hacer predominar la planificación territorial cuando una servidumbre de conservación la amenace.

La profesora McLaughlin se opone a esta propuesta y sostiene que invalidar servidumbres de conservación porque estas violan las políticas públicas es innecesario dado que existe la alternativa de la expropiación. Además sería inapropiado dado que la adquisición y ejecución de servidumbres de conservación está apoyada por una variedad de políticas públicas que permiten las servidumbres, por leyes tributarias federales y estatales y por programas de venta de servidumbres¹⁶⁷.

Aparte de los problemas de coordinación entre las políticas públicas y las servidumbres ecológicas, surge otro eje conflictivo cuando dichas servidumbres son usadas por los organismos estatales para lograr sus propias metas en relación a la conservación. “Un creciente entendimiento de la necesidad de incorporar a los propietarios de tierras privados a los esfuerzos de conservación, y la inhabilidad para proteger la tierra a través de medidas regulatorias ha hecho tanto al gobierno federal como a los gobiernos estatales y locales incrementar los convenios de servidumbres voluntarias para cumplir sus objetivos de protección de la tierra”¹⁶⁸.

Así, los gobiernos locales o municipalidades pueden usar las servidumbres de conservación de dos formas. Pueden ser titulares de servidumbres, por ejemplo, el gobierno del Estado canadiense de Saskatchewan, a través de la “Saskatchewan Agriculture and Food”, actuó como titular de una servidumbre ecológica para proteger las características naturales (pastizales nativos y humedales) en una provincia de la Corona en forma previa a su venta¹⁶⁹.

¹⁶⁶ KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements. p. 1080. (Traducción de la autora).

¹⁶⁷ MCLAUGHLIN, Nancy and MACHLIS, Mark Benjamin. *Op. Cit.* pp. 1592-1593.

¹⁶⁸ MCLAUGHLIN, Nancy A. *Op. Cit.* p. 1. (Traducción de la autora).

¹⁶⁹ GOOD, Kimberly and MICHALSKY, Sue. *Op. Cit.* p. 28.

Pero también –y esta es la forma más conflictiva- pueden crear una servidumbre ecológica sobre territorios de su propiedad, es decir, de propiedad estatal, afectando el uso de dicho terreno.

Desde el punto de vista de la conservación, esto sería más efectivo que cualquier otro método que pueda utilizar una Municipalidad. “Donar una servidumbre de conservación es en realidad uno de los más fuertes compromisos que un gobierno local puede hacer. Al fragmentar la propiedad y hacer a un grupo de conservación uno de sus propietarios, el gobierno está cerrando su agenda de conservación más efectivamente que con cualquier mecanismo permitido. Esto es incluso más efectivo que vender o donar la propiedad en su integridad. (...) Donar una servidumbre de conservación sobre un terreno propiedad de una Municipalidad parece el equivalente funcional a pasar una ordenanza inderogable para no desarrollar la propiedad”¹⁷⁰.

Ejemplo de lo anterior es la ciudad de Marlboro en Vermont, Estados Unidos. Esta ciudad vive del turismo que le genera la Montaña Hogback, dadas las buenas condiciones que presenta para esquiar. Por años, el lugar se protegió del desarrollo mediante una legislación sumamente restrictiva. Sin embargo, siempre hubieron planes de desarrollo y cada vez parecían tomar más impulso. Ante la amenaza, un grupo de ciudadanos se organizó, juntó capital y compró la propiedad, la que luego fue vendida al Municipio en 2008. Pero el plan para conservar la montaña contemplaba establecer una servidumbre de conservación, mediante la donación de los derechos necesarios para evitar el desarrollo, al Land Trust de Vermont y así se hizo. La motivación de la comunidad de Marlboro claramente fue la conservación, dado que los beneficios tributarios no eran aplicables y los derechos fueron donados. Es más, se estipuló que la ciudad le pagaría una suma de dinero al titular para el monitoreo y administración de la propiedad en perpetuidad. El mecanismo utilizado por la ciudad de Marlboro es

¹⁷⁰SERKIN, Christopher. Entrenching Environmentalism: Private Conservation Easements over Public Land. [en línea] University Of Chicago Law Review 77, no. 1, 2010. pp. 341-366. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]; p. 348. (Traducción de la autora).

problemático dado que a través de él, se está logrando algo que no se podría conseguir al utilizar la legislación vigente¹⁷¹.

Entre las ventajas que se han identificado en este mecanismo encontramos el hecho de que el régimen de propiedad estará claramente establecido, lo que induce confianza en posibles futuros compradores y añade valor a los terrenos adyacentes. Favorece una mejor planificación del uso del suelo y repele el desarrollo en los lugares afectos a servidumbre en forma definitiva. Además, es una forma de mantener a salvo los territorios protegidos de los cambios políticos, ya que a diferencia de la planificación que puede ser modificada, las servidumbres son perpetuas.

Entre las desventajas se encuentran la restricción a desarrollar la propiedad en el futuro y la pérdida de flexibilidad en caso de que las circunstancias cambien. Sin embargo, puede contra argumentarse que en el caso de decidir desarrollar la propiedad también se está perdiendo flexibilidad, ya que recuperar el terreno es muy difícil. También se identifica como desventaja el hecho de que pueda reflejar un mal juicio sobre el futuro de parte de los ciudadanos, es decir, que la servidumbre de conservación resulta ser más valiosa de lo que se anticipó. Esto porque escoger afectar una propiedad a una servidumbre, mediante la donación de los derechos correspondientes, implica sostener que dicha donación tiene un costo menor que mantener la propiedad sin desarrollar. Además, se debe considerar que los que toman la elección no soportan las consecuencias de ella ni tampoco los beneficios, ya que estos están radicados en las futuras generaciones.

Otras desventajas dicen relación con asuntos políticos. La decisión de afectar un terreno con una servidumbre de conservación perpetua puede ser producto de una maniobra política, es decir, puede no representar la voluntad de la mayoría o dicha voluntad puede cambiar en el tiempo, según cambian las preferencias políticas. Puede ocurrir que las autoridades actuales creen que es conveniente para la comunidad proteger un territorio, pero las autoridades venideras no lo crean así. En este sentido, el gobierno local está coartando el accionar de los futuros gobiernos.

¹⁷¹ *Ibíd.* pp. 343-345.

El problema del uso del derecho real de conservación por parte de un gobierno local es tan inusual como conflictivo. Pero forma parte de un fenómeno creciente cual es, el uso del derecho privado para reforzar las decisiones gubernamentales. La solución es difícil, “por un lado, son contratos de servicios enteramente rutinarios. Por el otro son regulaciones inderogables. La primera es benigna. La segunda es fatalmente antidemocrática”¹⁷². Con todo, de permitirse este tipo de mecanismo a los gobiernos locales, se debe hacer utilizando los procedimientos de venta de propiedades estatales, tomando todos los resguardos para evitar el mal funcionamiento político y la corrupción. Además, de tener en consideración que el gravamen es perpetuo y que constituye un acto de disposición del patrimonio de la ciudadanía.

¹⁷² *Ibíd.* p. 366. (Traducción de la autora).

CAPÍTULO III. DEFINICION CONCEPTUAL DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION EN EL PROYECTO DE LEY CHILENO

Actualmente en el Congreso Nacional chileno se debate un proyecto de ley que crea el derecho real de conservación. El proyecto se inició por moción parlamentaria, en la cual participaron diputados de diversos sectores políticos y fue promovido y apoyado por organismos no gubernamentales interesados en el tema, entre otros la ONG norteamericana “The Nature Conservancy”.

El proyecto tiene como finalidad incorporar esta institución al ordenamiento jurídico nacional, dotando a los privados de un instrumento eficaz para proteger y conservar terrenos de su propiedad que tengan manifiestos valores ecológicos.

Nuestro país consagra un sistema de protección de la biodiversidad eminentemente público, lo que conlleva deficiencias en el sistema mismo y, en términos prácticos, se traduce en que muchos de los territorios identificados como susceptibles de protección, por ejemplo, en el “Estudio para la Protección de la Biodiversidad para la Ecorregión de los Bosques Mediterráneos”, se encuentran en manos privadas¹⁷³. Además, se debe considerar el creciente interés de los privados por hacerse cargo y contribuir al mantenimiento de lugares con altos valores de conservación.

La introducción de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico se justifica por los siguientes motivos: i) la normativa chilena carece de instrumentos apropiados para desarrollar la conservación privada; ii) el ordenamiento jurídico debe proporcionar un marco jurídico idóneo y eficaz para la conservación ambiental en todas sus facetas; iii) la normativa nacional debe crear mecanismos que faciliten la contribución de los privados a la conservación y protección del medio ambiente; iv) el derecho real de conservación puede utilizarse como una plataforma de inversión en ecología, pudiendo

¹⁷³ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 3.

surgir un mercado de servicios ambientales asociados; v) el derecho real de conservación es un instrumento que permite fomentar la conservación ambiental; vi) éste mecanismo conlleva una fuerte protección legal, ya que se incluye dentro de los derechos reales, lo que garantiza su perdurabilidad; vii) el derecho real de conservación producirá beneficios sociales y externalidades positivas y; viii) mediante la implementación de esta institución se logrará la integración de los diversos actores, públicos y privados, para conseguir objetivos de conservación¹⁷⁴.

Autores nacionales han destacado los beneficios de incorporar esta nueva figura jurídica en los términos siguientes: “permitirá tanto a las personas como al Estado contribuir eficazmente al cuidado del medio ambiente. Esto motivará que la comunidad mundial vea a Chile como un país que se preocupa seriamente y a largo plazo de la preservación de la naturaleza y el patrimonio ambiental, lo que obviamente repercute de manera positiva en su liderazgo e imagen internacional”¹⁷⁵.

Sin embargo, la incorporación de esta institución a la realidad jurídica nacional implica no sólo una modificación legal, sino que también un cambio cultural. Dicho cambio supone que la sociedad civil colabore con el Estado en la consecución de objetivos medioambientales y que éstos sean compatibles con el desarrollo económico y con la vida cotidiana de las personas¹⁷⁶.

En relación a lo expuesto, y debido a las diferencias culturales y los desafíos descritos en el capítulo anterior, el profesor norteamericano Gerald Korngold ha postulado que las servidumbres de conservación, con las características ideadas en Estados Unidos, no serían exportables. Sostiene que “mientras las servidumbres de conservación podrían ser una herramienta útil para el preservación de la tierra en Estados Unidos, podrían no ser las más efectivas o no ser el marco normativo más

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 5.

¹⁷⁵ CRUZ Gantes, José Manuel. Comentario crítico al proyecto de ley que establece el derecho real de conservación. En: DURÁN M., Valentina et al. Derecho ambiental en tiempos de reformas: actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago, Chile; Legal Publishing, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. pp. 379-399; p. 381.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

apropiado para avanzar en la conservación en todos los países”¹⁷⁷. Para que fueran adecuadas para los fines propuestos, cada país debería debatir si la conservación privada concuerda con su realidad económica, social y política y cuáles características de las servidumbres se pueden aplicar a su propia realidad normativa. “Estos objetivos nacionales y locales pueden dar vida a una estructura legal apropiada, idealmente consistente con el sistema y la jurisprudencia del país”¹⁷⁸.

El profesor Korngold analiza especialmente el derecho real de conservación chileno. Para él, la propuesta legislativa de nuestro país es una buena adaptación de las servidumbres de conservación norteamericanas ya que considera las particularidades propias del país y del sistema jurídico local. Primero destaca que la propuesta fue el resultado de la colaboración de los legisladores con la ONG norteamericana “The Nature Conservancy” pero también con organizaciones locales de conservación, representantes de universidades, de los diferentes Ministerios involucrados y abogados independientes. Entre las personas que colaboraron con la iniciativa se encuentran representantes de los Ministerios de Minería, Energía, Medio Ambiente y Secretaria General de la Presidencia; profesores de la Universidad de Concepción y del Instituto de Ecología y Biodiversidad de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Chile y; representantes del proyecto de Sistema Nacional de Áreas Protegidas, del Directorio de Parques para Chile (QUINTEC) y de la organización “Así conserva Chile”, entre otros¹⁷⁹.

Además, destaca que las condiciones económicas, sociales y políticas de Chile son lo suficientemente sólidas para soportar la creación de este derecho de conservación basado en la propiedad y de larga duración. La propuesta no intenta imponer una institución propia del “common law” en nuestra tradición continental, sino que ofrece un nuevo derecho real que nuestra legislación civil puede adoptar. Así,

¹⁷⁷ KORNGOLD, Gerald. Globalizing conservation easements. p. 585. (Traducción de la autora).

¹⁷⁸ *Ibíd.* (Traducción de la autora).

¹⁷⁹ CHILE. Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 12° de 10 de abril de 2012a. Documentos de la cuenta p. 83-136; p.1.

“este enfoque flexible y basado en la realidad local aborda con fineza las preocupaciones sobre el imperio de la ley y respeta el régimen legal existente”¹⁸⁰.

Actualmente el proyecto se debate en Segundo Trámite Constitucional en el Senado acordándose que sea considerado por las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y la de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, unidas. En el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, recibió indicaciones tanto de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (en adelante Comisión de Recursos Naturales) como de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (en adelante Comisión de Constitución) en forma separada, aprobándose la propuesta de ésta última por 92 votos a favor en Sala.

A continuación, se define y explica conceptualmente la propuesta de derecho real de conservación que se debate en el Congreso con las diversas modificaciones que las comisiones le han hecho a lo largo de su tramitación.

A. Definición conceptual

El proyecto de ley definió el derecho real de conservación en su artículo 2° como “una limitación al dominio de un inmueble, que se constituye voluntariamente con la finalidad de contribuir a conservar el ambiente, en beneficio de la comunidad en su conjunto, cuyo ejercicio y protección quedan especialmente entregados a una persona jurídica determinada en calidad de titular, y en virtud de la cual se imponen ciertos gravámenes al bien raíz afectado”¹⁸¹.

En la discusión de la Comisión de Recursos Naturales se debatió sobre la amplitud y vaguedad de esta definición. Se cuestionó la conceptualización del derecho como una limitación, ya que inducía a confusión. El profesor de derecho constitucional Patricio Zapata Larraín, luego de distinguir entre limitación o restricción y vulneración – la principal diferencia es que la primera constituye una afectación del normal ejercicio de un derecho determinada por la ley, mientras que la segunda se produce sin cumplir con los requisitos constitucionales o legales-, señaló que “el derecho real de

¹⁸⁰ KORNGOLD, Gerald. *Op. Cit.* p. 630. Traducción de la autora.

¹⁸¹ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. Artículo segundo.

conservación constituye una nueva forma de regular los bienes, y, como tal, en concordancia con la Carta Fundamental, sin constituir limitación, ni vulneración. Aun cuando, desde el punto de vista del derecho civil, miradas las facultades del propietario, este derecho real limita o acota su haz de poderes, se trata de una autolimitación libre, que desde el punto de vista constitucional, marca una diferencia cualitativa con las interferencias desde fuera”¹⁸².

Así, dicha Comisión definió el derecho real de conservación como “aquél que se constituye de manera voluntaria por el propietario de un inmueble, en virtud del cual se establecen ciertos gravámenes en beneficio de la conservación ambiental, y cuyo ejercicio queda especialmente entregado a una persona jurídica determinada”¹⁸³.

Posteriormente, la Comisión de Constitución aprobó incorporar una referencia al artículo 7° que establece los gravámenes aplicables quedando finalmente como sigue: “El derecho real de conservación es el que se constituye de manera voluntaria por el propietario de un inmueble sobre el mismo, en virtud del cual se establece uno o más de los gravámenes señalados en el artículo 7°, en beneficio de la conservación ambiental de acuerdo a la normativa vigente, y cuyo ejercicio queda especialmente entregado a una persona jurídica determinada”¹⁸⁴.

En el artículo 2° también se define inmueble o bien raíz gravado como “aquél sobre el cual recae el derecho real de conservación” y titular como “la persona jurídica diferente del dueño a la cual queda entregado el ejercicio del derecho”¹⁸⁵.

El artículo 1° del proyecto de ley señala que el derecho real de conservación está basado en la función social de la propiedad, justificada por los intereses generales de la Nación y la conservación del patrimonio ambiental.

¹⁸² CHILE. Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 358°. Sesión 68° de 1 de septiembre de 2010. Documentos de la cuenta p. 133-176. p. 16.

¹⁸³ *Ibíd.* p. 21.

¹⁸⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. pp. 27–28.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

Los diputados de la Comisión de Recursos Naturales estuvieron por eliminar la mención por improcedente, considerando que lo que se busca con el derecho real de conservación es regular la propiedad, permitiendo al dueño constituir gravámenes voluntariamente. En este mismo sentido, Cruz sostiene que “es deseable que se elimine la alusión que el artículo 1° hace a la función social del dominio, pues en rigor no se trata de una limitación u obligación impuesta por dicha función, sino de una regulación que se autoimpone el propietario del bien raíz”¹⁸⁶.

La mencionada Comisión optó por reemplazar el primer artículo por la normativa aplicable. Hace aplicables las definiciones del artículo 2° de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y en forma supletoria las demás disposiciones de dicho cuerpo legal cuando fueren procedentes. Además señala que si resultare pertinente, los proyectos a que diere lugar el derecho real de conservación deberán sujetarse al sistema de evaluación de impacto ambiental. Esta última frase fue suprimida por la Comisión de Constitución por considerar que aplicaba la regla general. Se hizo hincapié en la necesaria coordinación que debe existir entre esta materia y la Ley N° 19.300, ya que esta última es la que establece el sistema de protección jurídica del medioambiente, sentando las bases de la responsabilidad por daño ambiental¹⁸⁷. En forma supletoria también se contemplan los artículos 826, 828, 829 y 830 del Código Civil relativos a las servidumbres.

En cuanto a las características del derecho real de conservación, el proyecto de ley y la doctrina nacional nombran las siguientes:

- Es un derecho real y un bien incorporal que se tiene sobre una cosa sin respecto de determinada persona, según los artículos 576 y 577 del Código Civil.
- Es un derecho inmueble, ya que sólo puede recaer sobre bienes raíces.
- Es exigible erga omnes.
- Es un derecho distinto e independiente de la propiedad del bien raíz gravado.

¹⁸⁶ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 386.

¹⁸⁷ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 6.

- Constituye una limitación al dominio.
- Es inseparable del inmueble.
- Es indivisible.
- Su finalidad es la conservación del medio ambiente.
- Se constituye de manera voluntaria.
- Se constituye mediante un contrato constitutivo solemne.
- El constituyente es el dueño del predio.
- El titular del derecho real de conservación sólo puede ser una persona jurídica de aquellas expresamente autorizadas por ley.
- El titular debe ejecutar y proteger el derecho real de conservación.
- Puede ser transferido, gravado o enajenado, sin perjuicio de que las partes estipulen lo contrario en el contrato constitutivo.
- Impone gravámenes al inmueble afectado.
- La duración deberá ser estipulada por las partes en el contrato constitutivo, teniendo como duración mínima 20 años y como duración máxima 40 años.

El artículo 4° del proyecto de ley especificaba el objeto, señalando qué se podía entender por conservación ambiental para efectos de constituir el derecho real de conservación. Entre los objetivos o finalidades mencionaba los siguientes:

- Promover o asegurar la biodiversidad;
- Preservar o conservar la naturaleza, el patrimonio ambiental, uno o más ecosistemas o hábitats, o determinadas especies vegetales o animales;
- Proteger el ambiente, evitar su contaminación o deterioro, o repararlo según proceda;

- Procurar el uso y aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales;
- Crear, fomentar, tutelar o mantener áreas silvestres protegidas, conforme a lo previsto respecto de éstas en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente;
- Proveer determinados servicios ambientales o ecosistémicos; o
- Resguardar, mantener, restaurar o proteger inmuebles que hubieren sido declarados monumentos nacionales, conforme a la Ley N°17.288, la cual prevalecerá en caso de discrepancia.

Se sigue el ejemplo de la regulación norteamericana en el sentido de que la finalidad del derecho real de conservación excede lo estrictamente ambiental. Sin embargo, se impone la restricción de que los sitios de interés histórico, cultural, científico o arqueológico deben ser declarados así por los organismos competentes. “Podría agregarse la posibilidad de conservar un inmueble por su valor paisajístico o belleza escénica, además de los objetivos ya mencionados”¹⁸⁸.

Sin embargo, la Comisión de Constitución optó por suprimir este artículo argumentando que no era necesario reiterar en qué consistía la conservación ambiental porque en el artículo 2° estaba implícito al decir “la conservación del patrimonio ambiental de acuerdo a la normativa vigente”. El concepto se encuentra definido en la ley N°19.300 por lo que pierde sentido la disposición¹⁸⁹.

Por tanto, el derecho real de conservación tiene por objeto la conservación del patrimonio ambiental, entendiendo por esta “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”, de acuerdo al artículo 2° letra b) de la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente¹⁹⁰. Por tanto,

¹⁸⁸ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p.387.

¹⁸⁹ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 29.

¹⁹⁰ CHILE. Ley N° 19.300. 1994. Artículo 2 letra b).

luego de las modificaciones, el objeto del derecho real de conservación pasa a ser mucho más acotado.

El proyecto de ley iniciado por moción señala que “la constitución de un derecho real de conservación no necesariamente implicará la preservación incólume, la conservación intensiva o la intangibilidad del bien raíz afectado”¹⁹¹. Se hace referencia a su compatibilidad con las actividades productivas y la posibilidad de estipular un plan de manejo que haga posible la conservación y, a la vez, la explotación del terreno.

B. Naturaleza jurídica del derecho real de conservación

La institución en estudio es conceptualizada como un derecho real. En nuestro derecho, los bienes se dividen en cosas corporales e incorporales, y a su vez, estas últimas se dividen en derecho reales y personales. (Artículos 565 y 576 del Código Civil). El derecho real se define en el artículo 577 del Código Civil como “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” y, seguidamente, se mencionan de manera taxativa cuáles son los derecho reales.

El profesor Peñailillo explica que la decisión de crear un nuevo derecho real por ley obedece a dos razones: i) por la preferencia en nuestro sistema jurídico por la reserva legal en la creación de derechos reales y; ii) por que se estima que no hay un derecho real ya tipificado que sea apto para los fines que se pretenden con este proyecto¹⁹².

En efecto, el único derecho real de aquellos tipificados en la ley que se asemeja es el derecho real de servidumbre. Algunos autores han sostenido que el derecho real de servidumbre consagrado en nuestra legislación es “susceptible de ser utilizado con éxito como mecanismo de conservación privada que permita superar algunos de los límites y falencias presentes en dichos modelos tradicionales”. Para Bezanilla, “no existen razones para establecer reglas específicas para la constitución de servidumbres de conservación, ya que aparecen como suficientes las reglas generales

¹⁹¹ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 8.

¹⁹² PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Sobre un derecho real para la conservación del ambiente. En: Estudios de Derecho Civil, N° 113, 2009. Legal Publishing, CL/DOC/101/2011 [consulta: 11 junio 2012]; p. 4.

aplicables a las servidumbres voluntarias. Sin embargo, atendiendo las características, la complejidad y la duración de las servidumbres de conservación, se debe poner especial cuidado en elegir la forma en que ésta se constituye”. Finalmente, se concluye que serían necesarias algunas modificaciones legales para garantizar su real eficiencia, sobre todo en relación a la posibilidad de establecer como titulares a una persona jurídica y en cuanto a flexibilidad¹⁹³.

Pese a esto, se ha considerado que presentan una lógica y finalidades diversas y un objeto mucho más reducido¹⁹⁴. Por definición, la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro de distinto dueño. En el caso del derecho real de conservación no hay utilidad de otro predio sino que de la comunidad toda ya que se busca proteger los ecosistemas y la biodiversidad beneficiando directa o indirectamente a todos los miembros de la sociedad. Ahora bien, por motivos prácticos, el ejercicio del derecho se encomienda a una persona jurídica, para dar mayores garantías, que sólo puede ser alguna de las señaladas taxativamente en el proyecto de ley.

El profesor Peñailillo llama la atención sobre un aspecto que podría interferir con la pretendida naturaleza jurídica del derecho real de conservación cual es, la vinculación física del titular con el objeto. Podría entenderse que el titular no tiene la vinculación física necesaria con el objeto sobre el que recae el derecho (el predio) de lo que se colegiría que no existe derecho real. Sin embargo, la carencia de vinculación es sólo aparente, ya que el titular tiene facultades de acceso al predio. Más aún, si se admite que el titular no tiene poder para controlar las disposiciones del contrato e ingresar al predio, “no debe considerarse un obstáculo para calificarlo de derecho real porque, examinando el conjunto de derecho reales existentes, ese rasgo no aparece como esencial en ellos”¹⁹⁵.

Por otra parte, el derecho real de conservación puede imponer al dueño del predio algunas obligaciones de hacer. Éste es otro aspecto que lo diferencia de las servidumbres ya que en éstas hay un predio sirviente y un predio dominante

¹⁹³ BEZANILLA Lastrico, Mario Andrés. *Op. Cit.* Capítulo 3.3 y 4.

¹⁹⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 7.

¹⁹⁵ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 5.

correspondiéndole al primero obligaciones de tolerancia del gravamen impuesto. En el derecho real en estudio, puede darse una situación en la cual tanto el titular como el dueño del predio tengan que cumplir ciertos deberes activos.

Sin duda, la imposición de deberes activos al dueño del predio es útil para la consecución de los objetivos del derecho real de conservación. Por ejemplo, además de las prohibiciones de destinar a determinados giros el inmueble, puede imponerse un deber activo de cuidado o vigilancia.

La doctrina ha dicho que esta situación evoca a los derechos reales *in faciendo*. En los derechos reales, se impone a los terceros la obligación de tolerar los derechos que tenga el titular sobre la cosa. En los derechos reales *in faciendo*, los terceros no sólo deben tolerar algo sino que están obligados a hacer algo en favor del titular del derecho. Se dice que el derecho real *in faciendo* es un híbrido entre la concepción clásica del derecho real y el derecho personal.

El profesor Peñailillo señala que este tipo de derecho real tiene su precedente en el derecho romano, especialmente en la figura llamada “*oneris ferendi*”. En esta, se impone al titular de un predio no sólo la obligación de que su vecino apoye las vigas de construcción en su muro, sino que también debe mantener y reparar el muro para que esté en condiciones de soportar ese apoyo¹⁹⁶.

El derecho real *in faciendo* se consagra expresamente en algunas legislaciones como por ejemplo la alemana y la suiza. En el caso de la legislación chilena, el Código Civil contempla un “vestigio” en relación a las servidumbres, en el artículo 823. Luego de definir las servidumbres positivas y negativas, el artículo señala que “las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del artículo 842”.

La Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados concluye en su primer informe que “ésta particularidad, no constituiría un inconveniente para catalogar como derecho real a la figura en estudio, considerando que la doctrina extranjera ha

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 6.

calificado a los derechos reales *in faciendo*, como una modalidad específica de derecho reales¹⁹⁷. La doctrina adhiere a ésta conclusión.

C. Definición del concepto de titular del derecho real de conservación

El proyecto de ley que establece el derecho real de conservación señala que éste derecho se constituye entre dos partes: el dueño del bien raíz y un titular. El primero es quién decide limitar su dominio, el segundo es una persona jurídica catalogada dentro de aquellas que señala taxativamente la ley. “Esta titularidad en ningún caso se confunde con la propiedad sobre el inmueble, ya que son derechos independientes, de distinta naturaleza y que pertenecen a personas diversas”¹⁹⁸.

El profesor Peñailillo señala que se podría objetar que en este derecho no existe un titular determinado ya que los beneficios de proteger el medio ambiente los percibe la sociedad en su conjunto. Esta objeción debe ser descartada distinguiendo al titular del beneficiado. La persona jurídica que se constituye como el titular se ve beneficiada ya que está logrando su fin, cual es la protección ambiental. Pero además, se beneficia la Nación y la Humanidad toda. Esta es una particularidad del derecho real de conservación respecto de otros derechos reales, “en efecto puede apreciarse que en todos ellos (los derechos reales) el beneficiado es el titular (un privado) y sólo indirectamente puede desprenderse un beneficio general; en cambio en éste la situación es prácticamente inversa: el beneficio es para toda la humanidad, que incluye ciertamente al titular”¹⁹⁹. Este beneficio colectivo constituye un rasgo esencial en el derecho real de conservación.

Señala el artículo 5º del proyecto de ley quiénes pueden ser titulares del derecho real de conservación:

1. El Ministerio de Bienes Nacionales;
2. La Comisión Nacional del Medio Ambiente;
3. La Corporación Nacional Forestal (CONAF);

¹⁹⁷ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 8.

¹⁹⁸ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 7.

¹⁹⁹ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 5.

4. Las Municipalidades; o
5. Las Corporaciones y Fundaciones constituidas con sujeción al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, que tengan como objeto o fin exclusivo la conservación, preservación, promoción o protección del ambiente, la naturaleza, la biodiversidad o las áreas silvestres protegidas; o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales; o el manejo, control, restauración, protección o mantención de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes.

Se observa que pueden ser titulares del derecho real de conservación tanto instituciones estatales como privados, situación que, como hemos descrito, también ocurre en el derecho comparado. Además, sólo pueden ser titulares las personas jurídicas, lo que a juicio de Cruz Gantes, es acertado ya que “da una mayor estabilidad y seguridad. Con todo, las personas naturales que estén interesadas en actuar como titulares podrían perfectamente asociarse y formar una Corporación o Fundación para esa finalidad, como ha ocurrido masivamente en los EE.UU.”²⁰⁰.

En la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados se criticó la inclusión del Ministerio de Bienes Nacionales como posible titular ya que carece de la personalidad jurídica necesaria. En tal caso, debería mencionarse como titular al Fisco. Además se cuestionó que se impidiera a las personas jurídicas con fines de lucro ser titulares. Para agregarlas se propuso exigirles que entre sus objetivos sociales se encuentre la protección del medioambiente²⁰¹.

Finalmente se optó por eliminar a los siguientes titulares:

1. Al Fisco, que podía actuar a través del Ministerio del Medio Ambiente o del de Bienes Nacionales, ya que los derechos y obligaciones que se le asignan

²⁰⁰ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p.388.

²⁰¹ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 6

a los titulares en este proyecto de ley no se condicen con las funciones y atribuciones que tienen dichos ministerios por ley.

2. A la Comisión Nacional del Medio Ambiente por las razones antedichas ya que fue sustituida por el Ministerio del Medio Ambiente. No obstante esto, se consideró que algunas de sus atribuciones son compatibles con las propuestas por el proyecto, por ejemplo la del artículo 70, letra V de la Ley N° 20.417 que señala que podrá: “financiar proyectos y actividades orientados a la perfección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio ambiental, la educación ambiental y la participación ciudadana”.
3. A la Corporación Nacional Forestal (CONAF) ya que no es clara su naturaleza jurídica toda vez que se creó como persona jurídica de derecho privado y actualmente opera como un servicio público. Se argumentó que mientras no se resuelva expresamente su naturaleza jurídica no era conveniente otorgarle atribuciones.

Además, se discutió la posibilidad de que las Municipalidades fueran titulares del derecho real de conservación. Al respecto, se cuestionó que se le entregaban nuevas responsabilidades a los municipios sin que contaran con los recursos necesarios para hacerse cargo. Sin embargo, esta objeción se desechó toda vez que es facultativo y no obligatorio para una municipalidad ser titular de este derecho. En la Comisión de Constitución se optó por eliminar la mención argumentando razones prácticas, ya que la situación de cada municipalidad es diferente en cuanto a organización, patrimonio, capacidad técnica y profesional, por lo que no podrían asumir la titularidad de este derecho. Con todo, aquellos municipios que tenga interés pueden ser titulares a través de la constitución de corporaciones y fundaciones.

Luego de las sucesivas modificaciones hechas por ambas comisiones, el artículo 5 designa a los siguientes titulares:

1. Las corporaciones y fundaciones constituidas con sujeción al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, siempre que tengan como objeto principal, tanto

conforme a sus estatutos como a su actividad práctica, la conservación del patrimonio ambiental o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales;

2. Las corporaciones y fundaciones que hayan sido autorizadas para desarrollar actividades en Chile, de conformidad al artículo 34 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, contenido en el decreto N° 110, del Ministerio de Justicia, de 1979, siempre que cumplan con la exigencia descrita en el número 1 precedente en cuanto a su objeto;
3. Los centros de investigación, registrados conforme a la ley N° 20.241, y
4. Las universidades acreditadas.

Se observa que las modificaciones tienden a suprimir a las personas jurídicas de Derecho Público y a ampliar la posibilidad de que las personas jurídicas de Derecho Privado puedan ser titulares, así se incorporan los centros de investigación y las universidades acreditadas.

En la discusión de la Comisión de Constitución, los representantes del poder ejecutivo presentaron una indicación para crear un registro de titulares del derecho real de conservación, en el cual deben inscribirse todas aquellas organizaciones interesadas en ser titulares. Éste registro lo llevará el Ministerio de Medio Ambiente, será público y su propósito será facilitar la aplicación de la ley. Fue aprobado por la Comisión por unanimidad.

Se contemplaba un artículo que prohibía la autocontratación. La Comisión de Constitución lo amplió regulando los conflictos de interés. Cuando el dueño del predio y el titular estén relacionados no pueden celebrar un contrato constitutivo de derecho real de conservación. Se entenderán relacionados: i) aquellos que se encuentren en la

situación descrita por el artículo 100 de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores²⁰², ii) cuando exista un interés patrimonial directo del presidente, director, administrador, gerente, ejecutivo principal o de cualquier otra persona que represente legal o convencionalmente al titular o que tenga facultades de administración o dirección a su respecto, iii) cuando exista interés patrimonial directo del cónyuge de la persona interesada, o de algún pariente por consanguinidad o afinidad en línea recta hasta el segundo grado y colateral hasta el cuarto grado ambos inclusive y, iv) cuando exista interés patrimonial de una sociedad o empresa en la cual sea gerente, director, presidente, representante, administrador o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un diez por ciento o más de su capital. Pero si la decisión corresponde a un órgano de carácter colegiado, puede darse la autorización siempre que el relacionado se inhabilite y dicha votación se ejecute en condiciones objetivas y de mercado.

Si se contraviene la norma, el afectado puede solicitar una de las siguientes medidas, no obstante la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios:

1. El reemplazo del titular del derecho cuando se trate del dueño del bien raíz o,
2. El término del derecho real cuando se trate de cualquiera de las partes.

Por otra parte, en el texto inicial del proyecto de ley se contemplaban en artículos separados las obligaciones y derechos tanto del dueño del predio como del titular.

²⁰² Artículo 100.- “Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:
a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;
b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046;
c) Quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos,
y
d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones”.

En el artículo 7º se establecían los gravámenes al dominio que deben ser asumidos por el dueño del inmueble afectado. Esto no obstaba a que pudieran estipularse obligaciones para el titular del derecho real de conservación.

Se podía convenir cualquier gravamen que surgiera de la autonomía de las partes. Mencionaba expresamente las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones:

1. Prohibición de destinar el inmueble a un giro residencial, comercial, turístico, industrial, de explotación agrícola, forestal, minera o de otro tipo;
2. Restricción del uso del suelo, sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos de planificación territorial aprobados por la autoridad correspondiente;
3. Restricción de tránsito al inmueble, en cuanto no impida o dificulte el ejercicio de las servidumbres que lo graven ni el acceso a los bienes nacionales de uso público;
4. Obligación de contratar servicios de mantención, limpieza, descontaminación, restauración, reparación o resguardo respecto del bien raíz de manera continua;
5. Obligación de permitir al titular hacerse cargo de la mantención, limpieza, descontaminación, restauración, reparación, resguardo, administración o explotación del bien raíz afectado, mediante el desarrollo de un plan de manejo destinado a la conservación ambiental;
6. Obligación de permitir al titular supervisar la ejecución de un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, llevado a cabo por el propietario o por un tercero, con miras al aprovechamiento o explotación de los recursos naturales del inmueble afectado dentro del marco de un uso sostenible de los mismos, o a alguna de las actividades previstas en el numeral precedente; o

7. Cualquier otra obligación, sea de dar, hacer o no hacer, o cualquier restricción lícita, cuyo objetivo inequívoco sea la conservación ambiental en el inmueble, que el propietario del bien raíz afectado y el titular consientan.

El propósito de los gravámenes debía ser la conservación del medio ambiente y se debían observar con buena fe.

La Comisión de Recursos Naturales agregó que adolecerán de nulidad los contratos que estipulen gravámenes consistentes solamente en obligarse a cumplir la legislación ambiental u otras normas vigentes²⁰³.

En la Comisión de Constitución el artículo tuvo un extenso debate. Se consideró la inconveniencia de reiterar obligaciones específicas en varios numerales ya que podía prestarse a confusión y la necesidad de flexibilizar la institución. Se argumentó que no debía exigirse cumplir con todas las obligaciones ya que los propietarios podían tener distintas visiones acerca de cómo conservar sus predios. Se entiende que una de las mayores virtudes del derecho real de conservación es que puede compatibilizarse con diversas actividades que no alteren la conservación de los terrenos y la adaptabilidad a las nuevas situaciones, por lo que resultaría contraproducente establecer gravámenes obligatorios.

Además, se manifestó preocupación por la forma en cómo se podría relacionar con otros derechos como por ejemplo el de aprovechamiento de aguas, las concesiones mineras o las eléctricas. De hecho, se contempló incluir entre los giros mencionados en el numeral uno a la explotación minera, sin embargo se desechó la idea ya que los derechos otorgados en virtud de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras no pueden ser modificados por otra ley y éste artículo séptimo se refiere a los gravámenes que voluntariamente decide ejecutar el dueño del predio, mientras que la actividad minera no depende de la voluntad del dueño del predio superficial, por lo que no puede restringirse su ejercicio.

Finalmente, el artículo 7º se aprobó como sigue:

²⁰³ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 26.

“En el contrato a que se refiere el artículo anterior, se establecerán gravámenes al inmueble, que deberán tener como finalidad la conservación del patrimonio ambiental. Para tal efecto las partes deberán acordar al menos una de las siguientes prohibiciones, restricciones y obligaciones:

1.- Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados giros inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo;

2.- Obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz;

3.- Obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos.

Se podrán fijar límites de montos para las obligaciones pecuniarias que se acuerden, así como convenir plazos diferentes para el cumplimiento de los distintos gravámenes que se establezcan. No se podrá diferir el nacimiento del derecho real de conservación para después de su inscripción.

Con todo, el derecho real de conservación no podrá afectar la constitución ni el legítimo ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, de las concesiones mineras, eléctricas u otros que se otorguen de acuerdo a la ley, ni de las servidumbres, permisos, cargas o gravámenes que se puedan imponer, conferir o autorizar en conformidad a la normativa aplicable.

Sin perjuicio de las normas de carácter general, serán nulos los contratos en que se estipulen gravámenes al inmueble: a) que no sean específicos; b) que sólo consistan en obligarse a cumplir normas vigentes, o c) que no se ajusten a lo dispuesto en esta ley”.

Para Cruz Gantes, se hace necesaria una referencia expresa a gravámenes relacionados con el valor histórico, cultural, científico o arqueológico de un inmueble,

para que este artículo concuerde con el sentido amplio de objeto que se le da en el proyecto de ley²⁰⁴.

Los derechos de los titulares se estipulan en los artículos 11º y 12º del proyecto de ley inicial.

Los derechos del titular serán los siguientes:

1. Interponer todas las acciones judiciales y recursos administrativos, y deducir todas las solicitudes, reclamaciones y demás arbitrios que la ley le franquee, para garantizar la conservación ambiental del inmueble afectado frente a cualquiera y ejercer su derecho real de conservación libre de perturbaciones;
2. Reclamar ante el juez de letras con competencia en materia civil de la respectiva comuna o agrupación de comunas en que se sitúe el bien raíz afectado, en procedimiento sumario, en caso de que cualquier persona, incluso el dueño del inmueble afectado, perturbe, amenace, menoscabe, desconozca o transgreda de alguna forma el derecho real de conservación, con el objeto de que la autoridad judicial decrete todas las medidas conducentes para poner fin al agravio. Si por la situación del inmueble hubiese dos o más jueces competentes en razón del territorio, la acción se podrá intentar ante cualesquiera de ellos;
3. Exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones legales y contractuales del propietario del inmueble afectado que se deriven del derecho real de conservación y; en su caso, demandar las indemnizaciones que procedan, ante el juez y según el procedimiento descritos en el numeral anterior. En ningún caso el dueño podrá ser obligado a incurrir en gastos o pagar indemnizaciones que en total excedan del valor comercial del bien raíz o de la parte afectada, según la tasación que formule un perito;

²⁰⁴ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p.390.

4. Celebrar y ejecutar todo acto o contrato orientado directamente a la conservación ambiental en el bien raíz, en cuanto se ajuste al contrato constitutivo;
5. Acceder al inmueble afectado e inspeccionarlo, en tanto no ocasione molestias excesivas al dueño y, en su caso, conforme a las condiciones que se hubieren acordado en el contrato constitutivo.

La doctrina destacó como una buena innovación que el titular pueda ejercer acciones destinadas a proteger el inmueble y su conservación ya sea frente a terceros o frente al mismo propietario del predio. Además, propuso darle competencia a los Tribunales Ambientales para adecuar este proyecto a la nueva institucionalidad ambiental e incorporar al arbitraje como medio para resolver las controversias²⁰⁵.

La Comisión de Recursos Naturales aprobó el texto sin modificaciones, sin embargo la Comisión de Constitución optó por suprimir el artículo argumentando que los derechos mencionados eran más bien menciones propias del contrato y sus efectos, por lo que constituía una reiteración innecesaria.

Por otra parte, los derechos del dueño del inmueble serán los siguientes:

1. Exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones legales y contractuales del titular derivadas del derecho real de conservación y, en su caso, solicitar las indemnizaciones que procedan.
2. Demandar el reemplazo del titular conforme a lo prevenido en el artículo 13.
3. Elegir a la persona jurídica que reemplazará al titular original, según lo dispuesto en el artículo 13, y
4. Los demás que esta ley, otras normas o el contrato constitutivo establezcan.

²⁰⁵ *Ibíd.* pp. 392-393.

D. Formas de constitución del derecho real de conservación

Según el proyecto de ley, el derecho real de conservación se constituye voluntariamente mediante un contrato, denominado contrato constitutivo. Este contrato se celebra entre el dueño del bien raíz y el titular y debe contener la descripción del derecho real de conservación, los gravámenes que se imponen al dominio del inmueble, los derechos y las obligaciones acordadas²⁰⁶.

El contrato podía ser gratuito u oneroso. En este último caso, o si celebraba un contrato oneroso por un valor menor al 5% del avalúo fiscal del inmueble, se debía requerir autorización judicial previa, que se tramitaba de acuerdo a las reglas que el Código de Procedimiento Civil entrega para los asuntos no contenciosos. El juez estaba obligado a conceder la autorización si es que el contrato constitutivo no violaba alguna norma legal.

Para Cruz Gantes este requisito constituía una traba excesiva. Es cierto que buscaba prevenir la generación de un estímulo económico, que puede ser lícito, y que asimilaba el derecho real a una donación emulando el requisito de la insinuación para no perjudicar a los acreedores o a terceros. Pero "(hacía) lento y engorroso el proceso de constitución, de modo que sería preferible eliminar este requerimiento, eventualmente reemplazándolo por un control ex post o ampliando las acciones judiciales ya contempladas en el proyecto"²⁰⁷.

La Comisión de Recursos Naturales acogió las críticas y optó por simplificar el procedimiento por lo que eliminó la distinción entre contrato gratuito y oneroso, no exigiendo la autorización judicial.

El contrato constitutivo debe otorgarse por escritura pública, debe expresar el acuerdo entre las partes y debe comprender las menciones esenciales exigidas por el proyecto de ley.

Las menciones esenciales que exigía el proyecto de ley en el artículo 8º son:

²⁰⁶ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. Artículo 6.

²⁰⁷ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p.389.

1. Individualización completa del propietario del inmueble y del titular;
2. Identificación clara y precisa del o de los bienes raíces que queden afectados, con sus correspondientes deslindes. En el caso de afectarse sólo parcialmente un inmueble, deberá señalarse una delimitación detallada de la parte afectada;
3. Indicación del o de los gravámenes que recaigan sobre el dominio del inmueble con miras a la conservación del ambiente.
4. Duración que se hubiere convenido respecto del derecho real, que podrá ser perpetua, y que siempre se contará desde la inscripción conservatoria. El plazo podrá renovarse o prorrogarse, con las mismas solemnidades de la constitución. También se podrá prever en el contrato constitutivo la renovación tácita del plazo.
5. Si se celebra a título gratuito, o a título oneroso por un valor inferior al 5% del avalúo fiscal vigente del inmueble, se deberá dejar constancia de la resolución judicial que haya conferido al propietario la autorización requerida; y
6. Si el derecho se constituye a favor de dos o más titulares, o si el o los bienes raíces afectados son de dos o más dueños, se deberá puntualizar en el contrato lo que compete a cada uno en particular.

Los particulares son libres para pactar cualquier otra estipulación que estimen conveniente que no sean contrarias a la ley, ni a los preceptos legales o reglamentarios que sean aplicables.

La Comisión de Recursos Naturales modifica este artículo agregando titulares sustitutos, incorporando la obligación de elaborar un plano y mejorando las referencias a las cláusulas accidentales del contrato.

Además, el texto original autorizaba para pactar dos o más derechos reales de conservación distintos o uno sobre varios inmuebles en un mismo contrato constitutivo y también podrá pactarse un derecho real en favor de dos o más titulares. Esta

disposición es concordante con la necesaria flexibilidad que debe tener la institución en estudio y además permite disminuir gastos y favorecer un mejor manejo y gestión²⁰⁸.

Esta mención es eliminada por la Comisión de Recursos Naturales para simplificar la normativa. Además se agrega el arbitraje y la mediación como formas de solucionar los conflictos entre las partes.

La Comisión de Constitución modificó ambos artículos para evitar redundancias y reiteraciones innecesarias. Se cuestionó la incorporación de ciertas menciones del contrato ya que, por su carácter técnico y específico, podían agregarse en un reglamento.

Por estas razones, luego de las sucesivas modificaciones, los artículos 6º y 8º se aprobaron como siguen:

“Artículo 6º.- Contrato constitutivo. El contrato que establece el derecho real de conservación deberá celebrarse por escritura pública entre el dueño del bien raíz que se pretende gravar y alguno de los titulares incorporados en el Registro. Deberá expresar el acuerdo destinado a constituir el derecho real de conservación e incluir, a lo menos, las menciones del artículo 8º.

El contrato otorgado por escritura pública servirá como título para requerir la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente”.

“Artículo 8º.- Menciones del contrato. El contrato deberá contener, a lo menos, lo siguiente:

- 1) Individualización completa del propietario del inmueble y del titular;
- 2) Identificación clara y precisa del o de los bienes raíces gravados, con sus correspondientes deslindes. Se deberá anexar un plano, suscrito por los comparecientes, en que se grafique el inmueble o la parte de él que se grave, y que se entenderá formar parte del contrato. El plano deberá cumplir los siguientes requisitos:

²⁰⁸ Ibíd.

a) Deberá indicar los datos de inscripción del bien raíz en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente, su ubicación y la región, provincia y comuna a que pertenezca, y

b) Deberá incluir los deslindes del inmueble, identificando cada uno de los vértices del perímetro del bien raíz en coordenadas U.T.M., utilizando al efecto el mismo procedimiento contemplado en la Ley de Concesiones Mineras y su reglamento.

- 3) La declaración de si la constitución es a título gratuito u oneroso. En este último caso, se deberá señalar el monto de dinero u otras contraprestaciones que las partes acuerden;
- 4) Indicación del o de los gravámenes acordados;
- 5) El derecho real de conservación durará como mínimo quince años y como máximo cuarenta años, y
- 6) Si el derecho se constituye a favor de dos o más titulares, o si el o los bienes raíces gravados pertenecen a dos o más dueños, se deberá indicar en el contrato las obligaciones y derechos de cada uno”.

Cruz Gantes propone constituir este derecho real mediante testamento para que produzca efectos después de la muerte del dueño del predio de la misma forma que en el derecho comparado²⁰⁹.

El contrato constituido de la forma que prescribe esta ley servirá como título de dominio y facultará para requerir su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Según el artículo 9° del proyecto de ley, la inscripción conservatoria es requisito para la adquisición, mantención, prueba y garantía del derecho real de conservación y sin ella no producirá efecto alguno. El titular debe solicitar la inscripción a su nombre en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces en cuyo territorio se encuentra el inmueble dentro de los 60 días hábiles desde que se celebró el contrato constitutivo. La inscripción debe contener las menciones esenciales que exige el proyecto de ley.

²⁰⁹ *Ibíd.*

La inscripción conservatoria es una importante adaptación del “common law” a nuestro sistema de derecho ya que permite incorporarlo al sistema de registro de bienes raíces y mantener la historia de la propiedad raíz dando seguridad a las partes y publicidad a terceros²¹⁰.

La sanción para el titular que no inscribe su derecho dentro de plazo es que el contrato se entenderá resciliado de pleno derecho y el dueño del predio podrá solicitar indemnización por los perjuicios causados.

No se establece sanción en caso de que las partes no otorguen el contrato por escritura pública o no cumplan con las menciones necesarias, “en nuestra opinión, conforme al espíritu de sus disposiciones, lo que debería ocurrir en la práctica es que el Conservador de Bienes Raíces no procedería a inscribir el título hasta que éste sea otorgado adecuadamente”²¹¹. Por tanto, el derecho real de conservación no se constituirá ni surtirá efectos.

La Comisión de Recursos Naturales agregó como obligación del Conservador de Bienes Raíces anotar el derecho real de conservación al margen del Registro de Propiedad del inmueble, de oficio.

La Comisión de Constitución agregó la obligación del titular de informar al Ministerio del Medio Ambiente la constitución, modificación o terminación del derecho real.

Finalmente el artículo 9º estipula las siguientes reglas:

“1) La inscripción del contrato en que se establece el derecho real de Conservación en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, así como sus modificaciones, es requisito, prueba y garantía del derecho real de conservación, y sin ella no producirá efecto alguno y será inoponible a terceros;

2) Dentro del plazo de sesenta días corridos, contados desde la fecha de celebración del contrato constitutivo, se deberá requerir la mencionada inscripción en el

²¹⁰ *Ibíd.* p.391.

²¹¹ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* pp. 199 - 200.

Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces en cuyo territorio esté situado el inmueble. Si el bien raíz gravado perteneciere a varios territorios, deberá inscribirse en todos los conservadores competentes. Asimismo, si el derecho gravase a dos o más inmuebles, deberá practicarse la inscripción en los Registros correspondientes respecto de cada uno de ellos, y

3) La inscripción deberá incluir a lo menos las menciones enumeradas en el artículo anterior y, además, en lo que corresponda, lo establecido en el artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

El Conservador de Bienes Raíces competente practicará, de oficio, una anotación al margen de la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad, en la que se dé cuenta de la constitución del derecho real de conservación. Deberá igualmente practicar esta anotación marginal si se produce la modificación, transferencia o terminación del derecho.

En el caso de que un inmueble fuere gravado parcialmente, al requerir la inscripción ante el Conservador de Bienes Raíces se deberá acompañar el plano referido en el artículo 8°, numeral 2 para que sea archivado.

Los titulares deberán informar al Ministerio del Medio Ambiente la constitución, modificación o terminación de un derecho real de conservación remitiendo para estos efectos una copia de la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces correspondiente”.

En relación a la transferencia, el proyecto de ley exige que ésta se haga con las mismas solemnidades que la constitución. Es decir, debe celebrarse por escritura pública y practicarse una inscripción y anotación al margen. No se requerirá escritura pública si la transferencia se realiza por orden judicial o de autoridad pública, ya que en este caso, la resolución es considerada el título traslativo de dominio. Se advierte también que sólo puede transferirse el derecho a los titulares autorizados.

En las Comisiones se debatió el carácter *intuito personae* del derecho, ya que al dueño del predio puede no serle indiferente quién sea el titular, dejando constancia de que la confianza entre ambos titulares es clave. Por esto se establece que en caso de

transferencia del derecho real de conservación debe requerirse la autorización previa del propietario del inmueble.

En relación a la modificación del contrato constitutivo, la Comisión de Constitución requirió la inscripción de la modificación y una anotación al margen de la inscripción constitutiva, de acuerdo a las reglas del artículo 9° en lo procedente. Sin dicha inscripción la modificación no produce efectos.

E. Vigencia del derecho real de conservación

Para evitar confusiones, el proyecto de ley regula expresamente las formas de terminación del derecho real de conservación de manera taxativa.

Son las siguientes:

1. Expiración del plazo

En el proyecto de ley inicial se establece que la duración del derecho real puede ser perpetua y en ningún caso será inferior a 20 años. Si nada se estipula en el contrato se entiende que durará 20 años.

En cuanto a la duración hubo consenso en que era necesario dar plazos extensos para que la protección que el derecho real de conservación pretende entregar no sea ilusoria. Así, en la discusión de la Comisión de Recursos Naturales, el abogado José Manuel Cruz señaló que se deben establecer “requisitos esenciales a partir de los cuales podrá flexibilizarse para definir el contenido del contrato. Ello debe ser necesariamente a largo plazo, para que logre un impacto real y medible”, Mary Kalin Arroyo, profesora del Instituto de Ecología y Biodiversidad de la Universidad de Chile, enfatizó que la obligación de que los herederos respeten las obligaciones asumidas por el dueño del inmueble “obedece a que uno de los aspectos centrales, del proyecto radica en otorgar permanencia en el tiempo a las iniciativas privadas de conservación que sean adoptadas por propietarios que decidan afectar sus inmuebles con este derecho. Ello pretende otorgar certeza y seguridad jurídica a toda la comunidad que es la beneficiada”. El abogado representante de “The Nature Conservancy”, Francisco Solís, señaló que “para lograr la conservación ambiental es imprescindible otorgar

plazos razonablemente largos, pues de otro modo no es posible satisfacer apropiadamente los objetivos de conservación ambiental²¹². Esta Comisión mantiene lo propuesto por los diputados en la moción, es decir, una vigencia mínima de 20 años pudiendo ser perpetua.

La Comisión de Constitución mantuvo la causal de terminación sin embargo modificó la duración del derecho, estableciendo un plazo mínimo de 15 años y uno máximo de 40. Se privilegió la flexibilidad y las posibilidades de adaptarse a los cambios que ofrece. “Debe considerarse también que, al menos para algunos propietarios interesados en constituir este derecho, un plazo muy extenso pudiere llegar a inhibir la decisión de constituirlo²¹³.”

La Comisión de Recursos Naturales en su segundo informe, aprobó las modificaciones.

2. Revocación por fraude

Se contempla esta causal como una forma de prevenir que el derecho real de conservación se constituya para otros fines distintos a los expresamente establecidos en la ley. Se recalca la necesaria buena fe en la constitución del derecho y se contempla que en caso de pactarse con la sola intención de perjudicar o defraudar a los acreedores, herederos, legatarios o alimentarios, al Fisco o a terceros que tengan derechos sobre el inmueble podrá entablarse una acción judicial en su contra, con la finalidad de que el juez revoque el derecho y cancele la inscripción correspondiente. Además podrá solicitar indemnización de perjuicios. Los requisitos para que la demanda sea acogida son que exista mala fe del propietario del inmueble y un daño acreditado.

La mala fe en este caso consiste en el conocimiento efectivo del perjuicio o fraude. Se incluye una presunción de mala fe cuando se demuestre que la constitución ha tenido la sola finalidad de eludir la eficacia de un derecho de usufructo, uso o

²¹² CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. pp. 13-14.

²¹³ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 8.

habitación, servidumbre activa, prenda, hipoteca u otras garantías, declaración de bien familiar u otro derecho reconocido legalmente.

La acción prescribe en el plazo de 2 años contados desde la fecha de inscripción del derecho.

La Comisión de Recursos Naturales y la Comisión de Constitución aprobaron sin modificaciones este numeral.

3. Declaración judicial de terminación

Esta causal se refiere al caso en que se extinga alguna de las partes por cualquier causa, lo que se encuentra regulado en el artículo 19º.

En caso de que se disuelva o extinga por cualquier causa el o los titulares, lo reemplazará el titular suplente que se hubiere designado en el contrato constitutivo. Si no se designó suplente, el Ministerio de Bienes Nacionales deberá asumir ese rol y podrá transferirlo a otras entidades previstas en la ley con las formalidades establecidas para la transferencia del derecho.

Como esta es una institución en la que la confianza entre las partes es primordial, se establece que el dueño del predio tiene el derecho a reclamar judicialmente si discrepase en relación al nuevo titular. El juez, mediante resolución fundada, podrá designar a otra persona jurídica habilitada para reemplazarlo o poner fin al derecho.

Si se designa a un nuevo titular reemplazante, éste debe regirse en forma íntegra por el contrato constitutivo ya pactado a menos que se acuerde alguna modificación con las solemnidades exigidas.

En caso de fallecimiento, disolución o extinción por cualquier motivo del dueño del predio gravado subsistirá el derecho de conservación por el periodo de tiempo pactado, pudiendo hacerse valer frente a los herederos, legatarios, cesionarios o adquirentes o frente a cualquier tercero. Incluso si los herederos aceptan la herencia con beneficio de inventario deberán satisfacer las obligaciones que emanen del contrato constitutivo.

Esta última situación fue criticada por Cruz Gantes señalando que deberían seguirse las reglas generales en la materia, vale decir, limitar las obligaciones de los herederos que aceptan la herencia con beneficio de inventario²¹⁴.

La Comisión de Recursos Naturales mantuvo la causal pero agregó varias modificaciones. En el artículo 19° se acepta que los sujetos obligados al cumplimiento se excusen probando razones de manifiesta justicia que serán calificadas por el juez. Además los herederos que aceptaron la herencia con beneficio de inventario responden de acuerdo a las reglas generales contempladas en los artículos 1247° y siguientes del Código Civil.

Se agrega un último inciso según el cual se puede dejar un bien inmueble como herencia o legado con la condición de que el heredero o legatario constituya un derecho real de conservación sobre dicho inmueble.

Esta causal, además, dice relación con el artículo 15° de la ley que señala las reglas para reemplazar al titular o terminar el derecho real de conservación. El dueño del inmueble gravado puede solicitar que se sustituya al titular o se termine el derecho cuando este incumpla sus obligaciones, a su vez, el titular puede demandar la terminación del derecho cuando se dé el mismo supuesto. De esta acción conoce el juez de letras civil correspondiente.

El tribunal puede eximir al titular de la sanción cuando se comprometa a dar cumplimiento a sus obligaciones, a exigir las de parte del dueño del bien raíz gravado o cuando adopte las medidas correctivas que la sentencia ordene dentro de un plazo prudencial. Si estas condiciones no se cumplen, se puede solicitar, dentro del mismo proceso, que se declare la caducidad sin más trámite.

Si el juez considera que procede el reemplazo, el dueño del predio o, en su defecto el juez, puede elegir un nuevo titular. El titular designado deberá expresar su aceptación o rechazo en el mismo juicio en un plazo de 20 días hábiles. Si se pronuncia en forma negativa, se realiza nuevamente el procedimiento hasta que un titular acepte o, si ninguno acepta, se declara terminado el derecho.

²¹⁴ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p.395.

El nuevo titular se registrará por los términos y condiciones del contrato constitutivo a menos que se modifique de acuerdo a las reglas ya mencionadas.

La Comisión de Constitución mantuvo la causal pero eliminó las referencias a los artículos 15º y 19º. Se suprimió este último ya que era una reiteración más de las reglas generales. En relación al artículo 15º, se suprimieron algunos incisos por la misma razón pero se modificaron otros, debatiéndose sobre la ejecución forzada del contrato. Algunos diputados estuvieron por sostener que el contrato constitutivo tiene mérito ejecutivo por lo que se permitiría la ejecución en juicio ejecutivo. Otros consideraron que, si bien materialmente existe un título ejecutivo, se necesita sentencia judicial para declarar si hubo o no contravención de las obligaciones que impone el contrato.

Finalmente el artículo 15º (que luego de las modificaciones se transforma en 13º) se aprobó como sigue:

“Artículo 13º: Demanda de reemplazo del titular, terminación del derecho o ejecución forzada del contrato si procediere. El dueño del inmueble gravado podrá solicitar judicialmente que se ordene el reemplazo del titular, que se ponga término al derecho real de conservación o la ejecución forzada del contrato si así procediere, en caso de que éste incumpliere sus obligaciones. A su vez, el titular podrá demandar judicialmente tanto la terminación del derecho como la ejecución forzada del contrato si procediere, cuando el propietario del bien raíz gravado infringiere sus obligaciones.

Si procediere el reemplazo, el propietario tendrá derecho a elegir al nuevo titular, en el mismo procedimiento judicial, dentro de la lista de entidades incorporadas al Registro a que se refiere el artículo 5º. Ésta deberá expresar en el mismo juicio su aceptación o rechazo, dentro de veinte días hábiles contados desde su notificación. En caso de rechazo o si no se pronunciare, el propietario nombrará a otra persona del Registro, la que deberá dar respuesta en la misma forma y plazo, y así sucesivamente.

El nuevo titular deberá ceñirse a los términos y condiciones estipulados en el contrato constitutivo, a menos que acuerde su modificación con el dueño del bien raíz gravado, con sujeción a las formalidades exigidas para su constitución”.

4. Expropiación

La expropiación del inmueble afectado debe ser realizada de acuerdo a la Constitución y a la ley. La Comisión de Recursos Naturales dejó constancia que la expropiación constituía una forma mediante la cual siempre se podría terminar un derecho real de conservación, contraponiéndose a la perpetuidad del derecho. El profesor de Derecho Constitucional, Patricio Zapata Larraín, señaló a la comisión que “el contrato crea un derecho real, pero no implica un contrato ley. El legislador siempre puede modificarlo, aún expropiar el inmueble afectado por un derecho real. Ello porque, ésta es una solución de carácter patrimonial no un blindaje constitucional entre dos particulares para incumplir la ley”²¹⁵.

Esta Comisión agregó una parte final al numeral que señala que si se expropiare sólo parcialmente, subsistirá el derecho real de conservación en la parte del bien raíz en que el dueño mantenga su dominio.

En la discusión de la Comisión de Constitución, el Ministro subrogante de Minería, Pablo Wagner San Martín, señaló que estimaba necesario precisar que las expropiaciones “sólo podrían recaer sobre el predio gravado y no sobre el derecho real mismo, por cuanto si este último fuera expropiable, podría dar lugar a especulaciones en lo que respecta al valor de las expropiaciones que deban realizarse”²¹⁶. Pese a la advertencia, la Comisión aprobó este numeral con modificaciones sólo formales.

5. Demás causales que se pacten en el contrato constitutivo.

Para Cruz Gantes, “sería conveniente eliminar o al menos restringir la posibilidad de incorporar en el contrato otras causales de terminación acordadas por las partes, que podrían desnaturalizar o poner en peligro la permanencia y eficacia del derecho real de conservación”²¹⁷.

²¹⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 16.

²¹⁶ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 25.

²¹⁷ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 394.

Las comisiones de Recursos Naturales y la de Constitución aprobaron modificar este numeral por la frase “Las demás causales que la ley disponga”, haciendo eco de los temores que planteaba Cruz Gantes.

Además, la Comisión de Recursos Naturales agregó como causales de terminación del derecho real las siguientes:

1. Transferencia del bien raíz gravado, en el caso del artículo 17º inciso primero

Este artículo señala que si en virtud de la ejecución de una hipoteca, el bien raíz gravado fuere transferido se extinguirá el derecho real de conservación. Además señala que, si se constituyeron hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios sobre todo o parte del inmueble, con anterioridad a la inscripción del derecho real de conservación, éste no podrá impedir el legítimo derecho de aquéllos. La Comisión de Constitución aprobó esta causal.

2. Confusión

La confusión se producirá cuando el titular adquiera el bien raíz gravado. Es lógico concluir que se extinguirá el derecho real de conservación ya que el proyecto define al titular en el artículo 2ª como una persona jurídica distinta del dueño del predio.

La Comisión de Constitución aprobó esta causal y agregó las siguientes causales: i) disolución de la persona jurídica titular del derecho; ii) Mutuo acuerdo de las partes y, iii) renuncia del titular.

Por tanto, el artículo 20º (que pasa a ser 16º) señala que el derecho real de conservación termina por las siguientes causales:

1. Expiración del plazo;
2. Transferencia del bien raíz gravado, en el caso del artículo 15º, inciso primero;
3. Revocación por fraude;
4. Declaración judicial de terminación;
5. Disolución de la persona jurídica titular del derecho;

6. Mutuo acuerdo de las partes;
7. Expropiación del inmueble gravado. Si se expropiare parcialmente, subsistirá el derecho real de conservación sobre la parte no expropiada;
8. Confusión, que ocurre cuando el titular se hace dueño del bien raíz gravado;
9. Renuncia del titular, y
10. Las demás causales que la ley disponga.

El efecto de la terminación del derecho real de conservación es la extinción de los derechos y obligaciones de las partes. En caso de haber devoluciones o restituciones pendientes entre ellas se pueden reclamar conforme a las reglas generales.

En el artículo 21º del proyecto de ley inicial se establecía la obligación de practicar la cancelación de la respectiva inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, lo que deberá efectuarse en virtud de orden judicial o a solicitud de quien corresponda dentro de un plazo de 60 días hábiles desde la fecha de terminación. Señala además que la terminación del derecho se hará efectiva una vez realizadas todas las cancelaciones pertinentes.

La Comisión de Recursos Naturales eliminó la mención al plazo y la Comisión de Constitución optó por suprimir el artículo por considerarlo innecesario y reiterativo de las normas generales.

F. Otras disposiciones

El proyecto de ley también incluye otras disposiciones que deben ser analizadas. Una de las más relevantes es la del artículo 17º que trata sobre la prelación de derechos. También se regulan los pactos de no gravar o enajenar y la compatibilidad con el régimen de áreas silvestres protegidas.

El artículo 13º del texto original contemplaba normas especiales para transferir, gravar y enajenar. La normativa es muy detallada y extensa. En lo medular, establece que se puede pactar entre las partes en el contrato constitutivo que, en caso de que el

dueño del predio quiera celebrar una venta, cesión, donación, comodato, arrendamiento, quiera constituir usufructo, fideicomiso, hipoteca o servidumbre o quiera realizar cualquier otro acto de promesa, enajenación, gravamen o disposición sobre el inmueble afecto al derecho real de conservación, deberá solicitar previamente el consentimiento del titular del derecho. El titular deberá pronunciarse dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde que se le solicite el consentimiento. En su decisión, el titular debe tener en consideración lo que más convenga a la conservación ambiental y los propósitos del contrato constitutivo. Si la decisión es negativa, el dueño o cualquier interesado podrá pedir autorización judicial ya sea porque discrepa del motivo invocado o por razones de manifiesta necesidad o justicia.

Lo mismo se puede pactar en caso de que el titular quiera realizar los actos mencionados respecto del derecho real de conservación.

La exigencia de autorización no puede durar más de 20 años y podrá renovarse sucesivamente por términos de hasta 20 años cada uno. La necesidad de autorización debe inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces competente. La autorización no podrá exigirse si la carga fue impuesta por sentencia judicial.

Si nada se estipula, los titulares podrán realizar los actos antedichos sin el consentimiento de la contraparte. No obstante, el derecho real de conservación subsistirá sin alteraciones.

La doctrina criticó este artículo por extenso y porque “por cierto podrían ya entenderse autorizados de acuerdo a las normas y principios generales de nuestra legislación, aunque con limitaciones”²¹⁸.

En la Comisión de Recursos Naturales no se discutió mayormente. El abogado asesor del Ministerio del Medio Ambiente, Rodrigo Benítez, sugirió que se evaluara la necesidad de permitir libertad contractual²¹⁹. Acorde con esto, la comisión agrega un

²¹⁸ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 395.

²¹⁹ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 11.

inciso inicial que establece la regla general, esto es, que se puede transferir libremente tanto el inmueble como el derecho real de conservación.

La Comisión de Constitución suprimió el artículo por su contenido. Se argumentó que la norma no contenía disposiciones especiales para el caso de constituir gravamen, transferir o enajenar y que simplemente daba a entender que el derecho real de conservación se registraría por las reglas generales. Los representantes del ejecutivo señalaron que “si bien en la transferencia del derecho real de conservación a cualquier título, resultaba necesaria la autorización del dueño del predio, ello se debía a que este último había constituido el derecho a favor de un tercero y, por lo mismo, si se deseaba traspasarlo, lo normal era contar con su anuencia, pero tratándose del traspaso de inmuebles gravados con el derecho real de conservación, no se requería autorización alguna toda vez que su calidad de derecho real persigue al inmueble gravado”²²⁰. Por esta razón, estuvieron de acuerdo con suprimir el artículo.

Por otra parte, el artículo 22º del proyecto de ley inicial establecía la compatibilidad del derecho real de conservación con el régimen de áreas silvestres protegidas. El titular tenía la posibilidad de acogerse simultáneamente al régimen reconocido en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente si cumplía con los requisitos. No obstante esto, los derechos y obligaciones que emanaran de esta ley se mantendrían vigentes y, en caso de conflicto prevalecerían sobre la Ley N° 19.300.

La doctrina calificó como positiva esta compatibilización ya que, en el ámbito de la propiedad privada, dicho régimen no ha funcionado hasta ahora, “pero que podría servir en el futuro en tanto se implemente la nueva institucionalidad ambiental”²²¹. Además, se argumentó que es de toda lógica ya que “el objetivo que existe detrás de la creación del derecho real de conservación es promover y garantizar la conservación

²²⁰ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 48.

²²¹ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 395.

ambiental, específicamente la privada²²² y la ley de Bases del Medio Ambiente contempla, entre otros, el mismo objetivo.

En la discusión de la Comisión de Recursos Naturales, el abogado asesor del Ministerio de Medio Ambiente, Rodrigo Benítez, planteó la posibilidad de eliminar este artículo y recogerlo en la ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas en tramitación²²³. Sin embargo, la comisión lo mantuvo, no sin antes eliminar la frase final que regulaba el conflicto entre ambas leyes y modificar el sujeto estableciendo que el dueño del bien raíz podrá acogerse a este sistema y no el titular.

Por su parte, en la discusión de la Comisión de Constitución, el Ministro Subrogante de Minería, Pablo Wagner San Martín, manifestó su disconformidad con el hecho de que los terrenos en los cuales se constituya un derecho real de conservación puedan ser transformados en áreas de protección para efectos ambientales o áreas protegidas, argumentando que el derecho en estudio era una institución jurídica distinta, que enfatizaba en la conservación privada y las áreas protegidas deberían ser resorte del Estado²²⁴.

Esta Comisión optó por suprimir el artículo por innecesario.

Finalmente, el artículo 17º se titula “prevalencia frente a la ejecución de garantías” y dispone que subsistirá plenamente el derecho real de conservación ya sea frente al acreedor, el adquirente o un tercero si el derecho real o uno o más inmuebles (ya sea por naturaleza, adherencia o destinación) afectos a la ley en estudio son objeto de ejecución o realización de prenda, hipoteca u otra garantía de cualquier fecha. Tampoco se podrá exigir mejorar una garantía en desmedro del derecho real de conservación.

La doctrina criticó este artículo y concordó en que debía ser modificado. Al respecto, Cruz Gantes señaló que se debe regular “de manera más respetuosa la relación entre el DRC (derecho real de conservación) y otros derechos que puedan

²²² CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* p. 205.

²²³ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 11.

²²⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 25.

existir o constituirse con respecto al inmueble²²⁵. Por su parte, el profesor Peñailillo señala que en nuestro derecho no existe una solución general cuando se suscita el problema de la coexistencia de varios derechos reales sobre un mismo objeto. A su entender, esta no es la instancia para darla pero si para definir una solución para el caso en particular²²⁶.

La colisión puede producirse en dos momentos:

1. durante el ejercicio del derecho, en el caso de los derechos reales de goce y,
2. en el caso de que se ejecute un derecho real de garantía constituido sobre el terreno afecto al derecho real de conservación, en este caso se deberá determinar si se debe o no respetar en la subasta.

Ambos autores coinciden en que la solución debe establecerse utilizando un criterio cronológico. Cruz Gantes sugiere “un sistema de prelación de derechos que considere la fecha de otorgamiento o nacimiento de éstos, para resguardar los legítimos intereses de los acreedores u otros terceros (...). De este modo, prevalecerá el DRC (derecho real de conservación) o los demás derechos según cuál hubiere nacido con anterioridad²²⁷. El profesor Peñailillo señala que debieran seguirse las siguientes reglas:

1. Si el derecho real se constituyó con posterioridad a la protección ambiental, se debe respetar el derecho real de conservación, así “si como consecuencia de una ejecución por prenda o hipoteca el bien sobre el que recae se transfiere, el adquirente lo recibe con el derecho real de protección ambiental, con sus facultades y cargas”.
2. Si el derecho real se constituyó antes, debe ser respetado por el derecho real de conservación, así “si como consecuencia de una ejecución por prenda o hipoteca el bien sobre el que recae se transfiere,

²²⁵ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 394.

²²⁶ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 7.

²²⁷ CRUZ Gantes, José Manuel. *Loc. Cit.*

el derecho de protección ambiental se extingue”. En este caso, podría contemplarse que el afectado dé su aceptación expresa para mantener vigente el derecho real de conservación. Esta aceptación debería hacerse por escritura pública e inscribirse de acuerdo a las reglas que entrega el proyecto de ley²²⁸.

Además, el profesor Cruz Gantes propone que ciertos gravámenes de utilidad pública debieran excepcionarse de estas reglas, por ejemplo las concesiones mineras, los derechos de aprovechamiento de aguas y las servidumbres eléctricas²²⁹.

Estas preocupaciones se llevaron a la Comisión de Recursos Naturales. En la discusión se escucharon diversas opiniones sobre qué derecho debería primar y cuál debería ser el criterio de prevalencia, en especial considerando la importancia de la materia, reñida principalmente con la seguridad jurídica y la contraposición entre el interés en la conservación y la necesidad de desarrollo económico.

El abogado asesor del Ministerio de Medio Ambiente, Rodrigo Benítez, propuso eliminar el artículo para que opere el principio “*qui prior est tempore potius est jure*” – quién es el primero en el tiempo, es mejor en el Derecho. El profesor de derecho constitucional, José Manuel Cruz, reiteró lo anteriormente expuesto señalando que se debe precisar “respecto del derecho de hipoteca y del derecho minero, así como en materia de derecho sucesorio. En todo caso se debe velar por la primacía del interés público, ya que si bien no existe ningún derecho que sea absoluto, existen limitaciones, si el interés público lo exige”²³⁰.

Otra opinión manifestó el profesor de derecho constitucional, Patricio Zapata, quien sostuvo que entre los intereses de un acreedor inmobiliario que busca ejecutar el predio para pagarse y los derechos adquiridos por el titular no debieran producirse colisiones. Además señaló que aunque el valor del inmueble será menor (es inevitable que se devalúe) el banco acreedor de una hipoteca, por ejemplo, deberá respetar el

²²⁸ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Loc. Cit.*

²²⁹ CRUZ Gantes, José Manuel. *Loc. Cit.*

²³⁰ *Ibíd.* p.13.

derecho real de conservación ya constituido, sin perjuicio de la acción judicial contemplada en caso de fraude²³¹.

En la discusión particular de la comisión, se modificó el artículo cambiando el criterio de prevalencia del derecho real de conservación por el criterio cronológico sobre la base de la fecha de constitución. Por tanto para saber la prevalencia de un derecho real sobre otro se debe distinguir: si se constituyó un gravamen con anterioridad al derecho real de conservación éste no podrá restringir, alterar, oponer ni impedir el legítimo ejercicio del primero y, si el gravamen se constituyó después de la protección ambiental, aquellos le serán inoponibles a este último, debiendo ser respetado por el acreedor, el dueño y los terceros.

Además, se pretendió incorporar un inciso final que estableciera prioridad a los gravámenes de utilidad pública sin importar la fecha de constitución. El inciso señalaba lo siguiente:

“No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el derecho real de conservación, independientemente de la fecha de su inscripción, no impedirá ni limitará la constitución o el legítimo ejercicio de derechos de aprovechamiento sobre las aguas, concesiones mineras, concesiones eléctricas, concesiones de servicios sanitarios, concesiones de servicio público de distribución y de redes de transporte de gas, concesiones de telecomunicaciones, concesiones de energía geotérmica, ni servidumbres o permisos vinculados a los derechos y concesiones mencionados, ni tampoco de otros derechos, concesiones, cargas o gravámenes de carácter obligatorio, o que sean impuestos por la autoridad competente, o que la ley califique como servicio público o de utilidad general”.

La discusión sobre este inciso fue tal que se debió votar por separado. Algunos diputados sostuvieron que no se pueden alterar normas sustanciales de la legislación nacional y por tanto, no se puede dejar abierta la posibilidad de que un propietario intente bloquear un proyecto eléctrico, por ejemplo, con la constitución de un derecho real de conservación. Replicando a esto, otros diputados argumentaron que esta

²³¹ *Ibíd.* p. 16.

disposición relativizaba la efectividad del derecho real de conservación, ya que dicho derecho “no se constituye para bloquear un proyecto sino porque existe interés en la conservación ambiental”. Y, en los casos dudosos, deberían ser los tribunales quienes decidan²³².

Finalmente, la Comisión opta por rechazar el inciso con un voto a favor, 4 en contra y 3 abstenciones.

En la Comisión de Constitución también hubo discusión. El Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo Quesney expresó sus dudas “pues se debe impedir que sea usado para dificultar, retardar o impedir inversiones importantes para el país”. Además, señaló que no quedaba claro si, en el caso de efectuar un tendido eléctrico, por ejemplo, primaría el interés general o el particular. Similares dudas planteó el Ministro subrogante de Minería, Pablo Wagner San Martín, quien sostuvo que el artículo 17º, tal como había sido aprobado por la Comisión de Recursos Naturales, impedía el uso de concesiones y servidumbres tanto mineras como eléctricas. Argumentó que se estarían estableciendo limitaciones en cuanto a los territorios sujetos a exploración, lo que es particularmente grave considerando las dificultades para ubicar con exactitud los yacimientos y la aleatoriedad inherente a la actividad minera. A su vez, el derecho real de conservación así conceptualizado generaba afectación económica ya que se podría prohibir destinar un inmueble al giro de explotación minera o de otro tipo, lo que podría generar problemas constitucionales, específicamente por encontrarse en pugna con el Artículo 19º Nos. 21 y 24 de la Carta Fundamental. Considerando además la importancia económica del sector para Chile y para evitar la superposición de legislaciones, consideró conveniente reponer el inciso rechazado por la Comisión de Recursos Naturales compatibilizando así este derecho con la actividad minera y eléctrica²³³.

Pese a lo temores expuestos por los representantes del ejecutivo, la Comisión de Constitución optó, en un primer momento, por aprobar el artículo en los términos propuestos por la Comisión de Recursos Naturales.

²³² *Ibíd.* pp. 31 – 32.

²³³ *Ibíd.* pp. 21- 26.

Sin embargo, posteriormente se reabrió el debate por una posible colisión con el inciso tercero del artículo 7º, ya que no distinguía en los mismos términos que el inciso 2º del artículo aprobado²³⁴. Por esto, podía contravenir el inciso sexto del Artículo 19º N° 24 que reconoce al Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

Por esto, la comisión aprobó el siguiente artículo 15º (anterior artículo 17º) por mayoría de votos, 5 votos a favor y 1 en contra:

“Artículo 15º.- Prelación de derechos sobre el inmueble. Si se hubieren constituido hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios sobre todo o parte del inmueble, con anterioridad a la inscripción del derecho real de conservación, este último no podrá restringir, alterar, oponerse ni impedir el legítimo ejercicio de aquellos. Si en virtud de la ejecución de una hipoteca el bien raíz gravado fuere transferido, se extinguirá el derecho real de conservación.

En el caso que las hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios fueren constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho real de conservación, aquellos le serán inoponibles, debiendo el derecho real de conservación ser íntegramente respetado por el acreedor, dueño del predio dominante y cualquier tercero, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el inciso tercero del artículo 7º”.

Por tanto, se concluye que los derechos de aprovechamiento de aguas, de las concesiones mineras, eléctricas u otros que se otorguen de acuerdo a la ley constituyen una excepción al criterio cronológico de prelación de derechos establecido como regla general y, por tanto, no pueden ser afectados por el derecho real de conservación en ningún caso.

²³⁴ En lo pertinente, el artículo 7 aprobado señala: “Con todo, el derecho real de conservación no podrá afectar la constitución ni el legítimo ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, de las concesiones mineras, eléctricas u otros que se otorguen de acuerdo a la ley, ni de las servidumbres, permisos, cargas o gravámenes que se puedan imponer, conferir o autorizar en conformidad a la normativa aplicable”.

CAPÍTULO IV. DESAFIOS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION EN EL DERECHO CHILENO

El proyecto de ley regula en forma exhaustiva al derecho real de conservación, por lo cual algunos de los desafíos identificados para el derecho comparado no se presentan en la regulación chilena o se presentan de manera atenuada. A su vez, aparecen otros desafíos propios de la normativa chilena. Ambos tipos se tratarán en forma separada.

De los desafíos del derecho comparado ya identificados, no puede aplicarse a la regulación chilena, considerando el proyecto de ley actual, la problemática relativa a la modificación y terminación dado que la normativa contempla soluciones específicas para el caso.

En el derecho norteamericano existía preocupación por determinar la legislación aplicable a las servidumbres de conservación y se esgrimían variadas teorías sobre cuál era su rasgo predominante y por ende, la legislación que debía primar. En el ámbito local no hay discusión respecto a esto ya que se eliminaron las disposiciones que generaban dudas.

En efecto, el proyecto inicial establecía que este derecho “supone limitaciones y obligaciones respecto del dominio de bienes raíces basadas en la función social de la propiedad”²³⁵. Se entendía que el beneficio era de carácter general, es decir, para toda la humanidad y que sólo para fines prácticos se establecía un titular del derecho que podía ejercer labores fiscalizadoras. Otras disposiciones del proyecto se justificaban debido a esta forma de conceptualizar el derecho real de conservación, por ejemplo, se señalaba que cualquier persona jurídica que tuviera como objetivo la conservación o protección ambiental podía pedir la caducidad del derecho cuando el dueño del predio

²³⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. Artículo 1.

o el titular no cumpliera sus obligaciones. Por estas razones, había confusión sobre si la institución se consideraba de derecho privado o de derecho público.

Tanto la doctrina como las Comisiones que revisaron el proyecto estuvieron de acuerdo en suprimir la mención a la “función social” y regular el derecho real de conservación desde una óptica privada, entendiendo que “en rigor, lo que se pretende es sólo establecer regulación del derecho de dominio, que permite al dueño de un inmueble asumir voluntariamente ciertos gravámenes si así lo desea, y no a una limitación u obligación legal que se derive de la función social de la propiedad”²³⁶. Por esta razón, en el proyecto no queda ninguna duda acerca del carácter privado del derecho real de conservación. Más aún si el Artículo 1° reformulado establece en su inciso 3° que se aplican al derecho real de conservación las normas relativas a las servidumbres que entrega el Código Civil en lo que fuere procedente. Por tanto, no hay dudas de que queda íntegramente regulado por las normas de derecho privado, ya sean las normas contractuales o las normas de las servidumbres en forma supletoria.

Por otra parte, el proyecto menciona expresamente las formas de modificación y terminación del derecho real de conservación. El artículo 14° está dedicado a las modificaciones que pueden hacerse al contrato constitutivo. En él, se señalan los requisitos para su validez estableciendo que se deben anotar al margen de la inscripción constitutiva. Si no se inscribe, la sanción es la ineficacia por lo que la modificación no producirá efecto alguno.

En cuanto a la terminación del derecho real, hay un artículo específico que regula las únicas causales por las cuales puede terminar el derecho real de conservación. Son 10, entre las que se encuentran la expiración del plazo, la revocación por fraude, la declaración judicial de terminación, la disolución de la persona jurídica titular, el mutuo acuerdo, la renuncia y la expropiación, entre otras. Además, se regula el efecto de la terminación, cual es, la extinción de los derechos y obligaciones de ambas partes.

²³⁶ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 21.

Por último, se establece en el artículo N° 13° la posibilidad de que el dueño del inmueble o el titular demande el reemplazo de la contraparte cuando ésta incumpla sus obligaciones. Esto puede dar paso a la ejecución forzada del contrato, el reemplazo del titular o la terminación del derecho.

Por las razones antedichas, no asoman como un desafío para la regulación chilena los aspectos relacionados con la modificación o terminación del derecho real de conservación, ya que se han estipulado expresamente soluciones en la ley. Con todo, ante su posible masificación puede ser necesario considerar la experiencia comparada analizando nuevas formas de terminación -por ejemplo otorgarle competencias de oficio a los fiscales o la autorización de un organismo competente para realizar modificaciones que sean contrarias a los fines del derecho real de conservación, entre otros- que constituyan una excepción al carácter privado de la institución.

A continuación, se analizarán los demás desafíos identificados para el derecho comparado a la luz de la regulación chilena y algunos desafíos propios que pueden surgir de la normativa nacional, considerando el proyecto de ley tal como fue aprobado por la Cámara de Diputados.

A. Desafíos del derecho comparado aplicables a Chile

1. La eficiencia del derecho real de conservación

La eficiencia se puede analizar desde dos perspectivas, en cuanto a costos y en cuanto a la calidad de la tierra protegida.

En cuanto a costos, se ha dicho que es una de sus mayores ventajas, toda vez que permite conservar los valores ecológicos y no interferir con la mayoría de los usos productivos del inmueble. Esta vía permite conjugar la conservación del medio ambiente con el desarrollo. Así, para compatibilizar, se puede crear un plan de desarrollo o manejo del terreno del que puede dejarse constancia en el contrato constitutivo para dar certeza a los titulares sobre los usos que se le darán o no al inmueble²³⁷. En este sentido, el Artículo 7° numeral 3 señala que se podrá acordar la

²³⁷ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 2.

“obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos”. Este mismo artículo, que establece los gravámenes al inmueble, permite expresamente en su numeral 1 “imponer la restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados giros inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo”. Al decir “uno o más” está permitiendo que pueda establecerse sólo una prohibición por lo que puede destinarse el inmueble sólo a alguno de los fines mencionados. Se dejó constancia en la discusión de la Cámara de Diputados, en sus dos comisiones, que dichas restricciones no eran copulativas.

Por otra parte, el derecho real de conservación es independiente del dominio del predio. El artículo 3° del proyecto de ley señala esta característica. Esto aumenta su eficiencia en cuanto a costos dado que sería mucho más oneroso para un titular que pretende conservar un territorio y sus valores ecológicos comprarlo o expropiarlo, en el caso del Estado. Señala Peñailillo, “las instituciones dedicadas a la protección ambiental pueden lograr su objetivo a menor costo, adquiriendo (a título oneroso) este derecho real sobre inmuebles sin tener que desembolsar el valor que significa comprar el predio (en su integridad); y sin asumir la totalidad de las responsabilidades que significa la condición de propietario”²³⁸.

Si se unen estas dos características, obtenemos un instrumento altamente flexible y eficiente. “Tiene la virtud de que, al ser un derecho independiente del dominio sobre el inmueble, permite al dueño mantener esta calidad e, inclusive, ejecutar actividades económicas, pues su esencial flexibilidad y adaptabilidad hace plenamente posible conciliar el DRC (derecho real de conservación) con ciertos usos productivos del inmueble. A nuestro juicio, este nuevo derecho no representaría un obstáculo para la economía y el desarrollo del país, debiendo este último en todo caso ser sostenible en el tiempo”²³⁹.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 397.

Derivado de esta separación de los atributos del derecho de dominio (el de propiedad y el de conservación recaen sobre titulares distintos) se abre una nueva veta económica: los mercados para los servicios ecosistémicos. En general, uno de los problemas de los activos ambientales es la dificultad para valorizarlos económicamente, algo en lo que el derecho real de conservación podría contribuir. Al ser un instrumento susceptible de valorizarse económicamente, pueden surgir mercados en los cuales se tase y negocie el derecho real de conservación y así, el capital natural de los recursos. “Estos son los llamados “mercados verdes” que comprenden el tráfico comercial de los derechos reales de conservación y los acuerdos económicos en relación a los servicios ambientales. Así, se hace posible que distintos agentes económicos, tales como los propietarios, las ONG’s y el Estado, entre otros, participen de estos mercados, y fijen precios que reflejen los costos de oportunidad, y la valorización de los bienes y servicios implicados en tales operaciones”²⁴⁰. Esto contribuiría en parte a darles valor a los servicios ambientales en sí mismos, incentivando su desarrollo.

Por otra parte, si bien se exigen ciertas formalidades, como el otorgamiento por escritura pública y la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, no se involucran mayormente los órganos estatales –excepto la posibilidad de constituirlo como titular. Esto genera una mayor libertad para los contratantes. Por un lado, se evitan los trámites engorrosos y lentos ante los organismos gubernamentales y por otro, se puede satisfacer de mejor manera las necesidades de conservación del terreno²⁴¹.

En efecto, al ser un instrumento flexible que emana de la autonomía de la voluntad de las partes, se pueden pactar las restricciones o prohibiciones ad hoc para el terreno que se pretende conservar. Sin duda las restricciones no serán las mismas si se quiere conservar un predio en el Norte o en el Sur del país, ya que las condiciones son distintas. Lo mismo ocurre con la finalidad, las partes pueden querer preservar un bosque milenario en sus condiciones originales o pueden querer restringir cierta actividad que se considera peligrosa para el predio y para dicho bosque. No es lo mismo conservar un predio en el desierto que en una zona poblada. Esta es una

²⁴⁰ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* p. 219.

²⁴¹ *Ibíd.*

característica que hace que el derecho real de conservación sea bastante más eficiente que otro mecanismo de conservación. En los fundamentos de la moción que presentaron los Diputados para legislar sobre la materia se señala que “se ha demostrado que el hecho de limitar directamente el dominio de un inmueble a través de gravámenes que apunten a la conservación ambiental, es mucho más eficiente para lograr este objetivo que otras opciones, como la dictación de políticas generales o la utilización de estímulos no focalizados”²⁴².

En Chile ha habido experiencias de conservación privadas que tienen similitudes con el derecho real de conservación y pueden ilustrar de mejor forma los beneficios, complejidades y motivos de los propietarios a la hora de proteger sus predios. Se debe destacar que estas iniciativas no han contado con un marco regulatorio definido y se han llevado a cabo adaptando las herramientas jurídicas existentes. El derecho real de conservación será un nuevo y útil instrumento para estas experiencias de conservación privada. A continuación se explicarán algunas de éstas en relación al presente desafío.

La primera iniciativa a mencionar es el Parque El Boldo en Zapallar, Región de Valparaíso. Este lugar es uno de los pocos ecosistemas mediterráneos de Chile y el mundo y se encontraba amenazado por el desarrollo urbano. Luego de que un megaproyecto inmobiliario fuera rechazado en sede judicial, 110 parcelas fueron sacadas a remate en forma individual. Un grupo heterogéneo de propietarios (22) se unieron y presentaron una oferta de compra por el total de las parcelas con el compromiso de que solo se construirían 26 y, las restantes, se destinarían a la creación de un parque para conservar éste ecosistema incluido entre los 68 sitios prioritarios de conservación a nivel nacional por la CONAMA. Luego de la compra, se creó la Corporación Bosques de Zapallar, considerado el primer “land trust” de Chile, cuya misión es velar por la conservación de los terrenos y de la cual forman parte los propietarios. Para dar sustento jurídico a la iniciativa, se pactó una especie de “servidumbre ambiental” en la cual los predios dominantes son las parcelas construidas y los predios sirvientes son los terrenos del bosque, es decir, las parcelas que se

²⁴² CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 7.

pretenden conservar. Como gravamen se estipularon las prohibiciones de cambiar de destino el inmueble y de planificar construcciones de cualquier tipo en él. En 2010 se celebró la creación del Parque El Bordo que protege 70 hectáreas de bosque. Cabe mencionar que en todo este proceso los vecinos de Zapallar fueron asesorados por las norteamericanas “The Nature Conservancy” y “Rainforest Concern”, tomando en consideración, además, las experiencias de otros países para adoptar la forma jurídica que mejor se acomodara a sus necesidades.

Otro ejemplo de conservación privada es el de la Reserva Costera Valdiviana en la Región de Los Ríos. Este sitio forma parte del segundo bosque templado lluvioso más grande del mundo y por años perteneció a una empresa forestal, bajo el nombre de Fundo Chaihuin y Venecia, que sustituyó el bosque nativo por plantaciones de eucaliptos. En 2003, “The Nature Conservancy” (TNC), con el apoyo de “The Conservation International” (CI) y “World Wildlife Fund” (WWF), compró los fundos para dedicarlos a la conservación. En 2005 se inauguró la Reserva Costera Valdiviana -que protege 60.000 hectáreas de bosque nativo- como un sitio de libre acceso público y turístico, resguardado por personal calificado y pensado como centro de investigación científica de problemas de conservación, cuya administración le corresponde a TNC y WWF. Su estrategia se basa en mantener los usos tradicionales del suelo y trabajar con los pobladores aledaños y comunidades indígenas para fomentar su desarrollo económico. En 2012, TNC donó casi 10 mil hectáreas al Gobierno de Chile para la creación del Parque Nacional Alerce Costero, perteneciente al SNASPE.

Por último, existen casos de cooperación público-privada para la protección de la conservación en Chile, por ejemplo el Santuario de la Naturaleza Altos de Cantillana. Fue declarado como tal en abril de 2010 por el Gobierno de Chile, protege 2.743 hectáreas de hábitat mediterráneo y se encuentra a 40 kilómetros de Santiago, aproximadamente. La creación del santuario se comenzó a gestar en 2005 como un proyecto entre la CONAMA, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM-GEF) y las familias propietarias de terrenos en la zona. Estas últimas donaron parte de sus tierras para ser conservadas mediante un sistema en el cual mantienen su propiedad pero para realizar cualquier intervención en ellas deben consultar con el Consejo de Monumentos

Nacionales. Hasta 2011 –fecha de término del proyecto-, la administración y manejo le correspondió a la CONAMA y al PNUD y, posteriormente, asumió esta labor la “Corporación Altos de Cantillana”, corporación sin fines de lucro creada para estos efectos. Esta deberá buscar mecanismos de financiamiento, sin perjuicio de que se le transfieran recursos del proyecto para la instalación de infraestructura y para la promoción del eco turismo en la zona. Además, se elaboraron programas de gestión ambiental con la colaboración de los municipios involucrados: Melipilla, Alhué y Paine.

Cabe destacar que en todas las iniciativas descritas han intervenido organizaciones internacionales, asesorando o comprando terrenos. Esto da cuenta de las dificultades que se presentan al conservar los predios privados, ya sea por la insuficiencia de mecanismos jurídicos como por los costos que implica. En razón de esto, la eficiencia del derecho real de conservación en cuanto a costos, ya explicada, será un elemento determinante para masificar las iniciativas de conservación privadas en nuestro país.

En cuanto a la calidad de la tierra protegida, el proyecto menciona expresamente la finalidad del derecho real de conservación. El artículo 2° se encarga de definir el nuevo derecho real señalando que se constituye “en beneficio de la conservación del patrimonio ambiental de acuerdo a la normativa vigente”. Se entiende por patrimonio ambiental “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”²⁴³.

El problema será que los titulares, tal como ha pasado en el derecho comparado, pueden establecer un derecho real de conservación en forma fraudulenta como un lucrativo negocio o para burlar alguna disposición legal, sin tener en consideración los valores ecológicos del terreno y su conservación.

Para asegurar que se cumpla con la finalidad señalada en la definición, se pueden mencionar las siguientes medidas:

²⁴³ CHILE. Ley N° 19.300. 1994. Artículo 2° letra b).

- a. Está expresamente señalado en la ley que sólo las personas jurídicas señaladas taxativamente en el Artículo 4° pueden ser titulares del derecho real de conservación. Entre las exigencias se mencionan estar legalmente constituidas en Chile o autorizadas para desarrollar actividades en el país y tener como objeto principal, tanto en los estatutos como en la práctica, “la conservación del patrimonio ambiental o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales”.
- b. Los titulares deben estar inscritos en un registro que llevará el Ministerio del Medio Ambiente (Artículo 5°). Así se controlan los requisitos señalados en el Artículo 4° y constituye una medida de publicidad para el derecho real lo que aumenta sus beneficios y, en definitiva, ayuda a incrementar su eficacia.
- c. Se establecen algunos gravámenes que, obligatoriamente, deben ser impuestos así como las menciones mínimas del contrato constitutivo. En el último inciso del Artículo 7 se señala que los contratos serán nulos si estipulan gravámenes: i) que no sean específicos; ii) que sólo consistan en obligarse a cumplir la ley y; iii) que no se ajusten a lo dispuesto en la ley.
- d. Se señala que si el derecho real de conservación quiere transferirse a cualquier título, requerirá la autorización del dueño del predio y debe hacerse con las mismas formalidades del contrato constitutivo. También se regula la modificación del contrato requiriéndose idénticas solemnidades que en la constitución.
- e. Se regulan los conflictos de interés. Cuando las partes estén relacionadas en la forma que señala el Artículo 12°, no podrán constituir entre ellos el derecho real de conservación.

- f. Se establece un sistema de prelación de derechos, para evitar que se constituya el derecho real de conservación con la sola finalidad de burlar a los acreedores o para dar mal uso al derecho, como podría ser, entorpecer alguna actividad productiva lícita de terceros.

El control de estas medidas lo ejercerá el Conservador de Bienes Raíces al no inscribir un contrato constitutivo que no cumpla con los requisitos establecidos en la ley y el juez en caso de declaración judicial de terminación o de revocación por fraude.

Finalmente, cabe hacer mención al caso de la donación de un derecho real de conservación. Como ya se explicó, en el proyecto de ley original se establecía que el derecho real de conservación podía constituirse de manera gratuita u onerosa. En el caso de que fuera título gratuito o a título oneroso por un valor inferior al 5% del avalúo fiscal vigente del inmueble, se requería autorización judicial previa. En las Comisiones se eliminó esta distinción y el requisito de la autorización previa por considerársele una traba excesiva y para simplificar el procedimiento.

En general, al igual que en el derecho comparado, en materia de costos la evaluación es positiva, ya que comparado con otros medios de conservación, el derecho real en estudio es un mecanismo flexible y que requiere poca inversión para lograr buenos resultados. En cuanto a la calidad de la tierra protegida, los legisladores tuvieron en cuenta la experiencia del derecho comparado y contemplaron la posibilidad de que el derecho real de conservación fuera mal usado por los particulares para obtener un beneficio ilícito o uno ajeno a las finalidades de la institución. Si bien se contemplan algunos controles para la constitución del derecho, la mayoría de las soluciones son ex post, vale decir, luego que se constituye el derecho real se busca invalidarlo porque no cumple con la finalidad que se previó. La excepción a esto es el control de los requisitos de constitución que hace el Conservador de Bienes Raíces. La solución más extendida tiende a ser la judicialización del conflicto, dejando que los tribunales se hagan cargo de los derechos de conservación fraudulentos. En este caso, se regula por las normas generales, por lo tanto no es una acción popular –como en un momento se concibió- sino que pueden reclamar de ésta la parte afectada o cualquier tercero que sufra un perjuicio debido al derecho real fraudulento.

Como vimos, en el derecho comparado, debido al aumento exponencial de servidumbres de conservación constituidas, en algunos lugares se optó por limitar la voluntad de las partes, estableciendo como requisito para constituir una servidumbre la autorización previa de la autoridad local –quién, entre otros, debe velar por que se cumpla con la finalidad primera del derecho real, cual es, la conservación de las propiedades ecológicas de los terrenos. Esta solución no se contempla en nuestro derecho ya que se valora a la institución como una expresión de la libre voluntad de las partes, siendo esa una de sus características más elogiadas. Se opta por regularlo como un derecho real y por tanto sujeto a las mismas disposiciones de cumplimiento que se contemplan para los demás derechos reales consagrados en la legislación nacional.

2. Deberes de monitorear y administrar el terreno y cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho real de conservación

Los deberes del dueño del inmueble se establecen en el artículo 11° del proyecto de ley. En él se señalan 4 derechos: i) exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones legales y contractuales del titular y, en caso de incumplimiento, solicitar indemnizaciones si proceden; ii) demandar el remplazo del titular de acuerdo a la ley; iii) elegir a la persona que remplazará al titular y iv) los demás que señalen la ley o el contrato constitutivo.

En lo que interesa, el dueño del inmueble tiene el derecho a exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones del titular. Estas obligaciones son las que imponga el contrato constitutivo y las obligaciones legales. En cuanto a las primeras, no tienen más limitación que las estipuladas en el inciso final del artículo 7°, esto es, no deben ser genéricas, no deben consistir sólo en obligarse a cumplir la legislación vigente y deben ajustarse a la presente ley. En cuanto a las segundas, dicho artículo establece la posibilidad de que se acuerden al menos uno de los gravámenes que indica. Las que involucran un deber del titular están contenidas en los numerales 2 y 3. El numeral dos señala la obligación de hacerse cargo de la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento

racionales del bien raíz. El numeral tres establece la obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo con miras al uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco del uso sostenible de los mismos.

A estos, se debe agregar el deber del dueño del predio señalado en el numeral 1 del artículo 7° si es que se pacta, esto es, no destinar el inmueble a uno o más determinados giros que pueden ser inmobiliario, comercial, turístico, industrial, de explotación agrícola, forestal u otro tipo.

En cuanto a los deberes del titular, estos se incluían en el proyecto de ley original como derechos, mencionando por ejemplo, el derecho a interponer las acciones judiciales correspondientes en caso de perturbaciones a la conservación del predio –ya provengan del dueño o de un tercero-, el derecho a celebrar todo contrato destinado a la conservación del predio, el derecho a acceder al predio para realizar labores de inspección, entre otras. Pero la Comisión de Constitución los suprimió porque consideró que eran consecuencia de las menciones del contrato constitutivo. Por tanto, el titular no tendrá mayores deberes estipulados en la ley, sólo deberá cumplir con los que se señalen en el contrato.

No obstante, se puede deducir de los gravámenes que menciona el artículo 7° antedicho que, el titular tendrá el deber de exigir el cumplimiento del numeral 1 si es que se pacta.

Ahora bien, los deberes de monitoreo y administración están señalados en el artículo 7° específicamente en los numerales 2 y 3. Sin embargo, no es una obligación estipular uno de esos gravámenes ya que la ley establece que se deberán acordar “al menos una” de las prohibiciones que enumera. Por tanto, es posible que no se estipule el deber de hacerse cargo de la mantención, reparación o administración ni la obligación de ejecutar y supervisar un plan de manejo.

La obligación de monitoreo podría estimarse como fundamental ya que, en definitiva, significa hacerse cargo del cumplimiento del derecho, clave para la consecución de sus fines. Pese a esto, si no se estipula expresamente, se puede

deducir de la obligación que tiene cada contratante de cumplir el contrato y el deber de la contraparte de exigir su cumplimiento. En este sentido, las partes tendrían la obligación de monitorear tanto el predio gravado como el cumplimiento de lo pactado. Esta conclusión parece la más acertada atendiendo el espíritu de la legislación.

En los fundamentos para legislar se señala que “no obstante, el titular, aunque no le competa una labor de ejecución directa, tendrá siempre a lo menos un deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones del dueño, dado que el primero es precisamente la persona en la que la sociedad ha depositado su confianza para esa finalidad, y si no es diligente podrá ser sustituido por orden judicial”²⁴⁴.

El deber de administración no se puede deducir de ninguna disposición por tanto, si las partes quieren asignar este deber a una de ellas, debieran incluirlo en forma expresa en el contrato constitutivo.

En las iniciativas de conservación privadas chilenas se han implementado planes de manejo y gestión que tienen como objetivo un adecuado monitoreo y administración. Una forma de lograrlo es la asociatividad. En la Región de los Ríos se creó, en 2003, la Asociación Gremial de Propietarios de Áreas de Protección Privadas que agrupa a propietarios privados que conservan, restauran o preservan el bosque nativo en sus predios, protegiendo la Selva Valdiviana. La decisión de asociarse se tomó al reconocer debilidades en la administración, ya que los propietarios individuales carecían de metodología adecuada para la gestión de actividades económicas y para medir la efectividad del manejo de recursos. Se constató, además, que las capacidades e instrumentos se encontraban desarticuladas lo que disminuía la productividad de los predios y producía un deterioro del manejo del bosque y de los recursos. Así, entre los objetivos y actividades a realizar, mencionadas en sus estatutos, se encuentran: capacitar a los afiliados, prestar asesoría y asistencia técnica a los socios en planificación, manejo y gestión, captar recursos públicos y/o privados destinados a financiar proyectos sociales e individuales y desarrollar actividades de difusión. A la fecha, la asociación ha concursado en proyectos de la CONAMA buscando fondos para diseñar participativamente planes de manejo de preservación,

²⁴⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 8.

conservación y restauración que permitan acceder a los incentivos de la Ley de Bosque Nativo y otros instrumentos públicos, ha creado proyectos de difusión y turismo para habitantes de la zona y visitantes y ejerce un desarrollo sostenible de los recursos en sus predios.

Otra forma de implementar planes de manejo que mejoren la administración del predio es con la colaboración de centros de estudio y universidades. Es el caso del Parque Oncol de la empresa forestal Arauco. El parque fue desarrollado por la empresa en el marco de su programa de responsabilidad social y protege 754 hectáreas en Valdivia, Región de los Ríos. Para la elaboración de su plan de gestión y conservación contó con el apoyo técnico de la Universidad de Chile, logrando una herramienta de planificación que incluye la definición de objetivos, la identificación de los valores de conservación del parque y el establecimiento de programas de trabajo. En este proceso se contempló la participación de distintas organizaciones locales mediante talleres participativos. Otro ejemplo de colaboración con universidades es la Estación Experimental Bosque San Martín de la Universidad Austral de Chile que colinda con el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter y mantiene una estrecha relación con éste. La superficie de 300 hectáreas fue donada por Don Adolfo Woerner y en él se desarrolla investigación científica y actividades formativas para los estudiantes de ciencias de dicha universidad, constituyendo uno de los pocos sitios de estudio a largo plazo en el país.

Finalmente, se debe mencionar a la cooperación público-privada como forma de mejorar la gestión de los terrenos privados protegidos. Este es el caso de la Red de Parques Comunitarios Mapu Lahual. La primera red de parques de comunidades indígenas se crea en 2005 agrupando a 9 comunidades mapuche-huilliche que viven en las costas de Osorno, Región de Los Lagos. La red la componen 7 parques unidos entre sí por un sendero de 52 kilómetros, usado desde épocas inmemoriales. Los parques, además de preservar el bosque nativo de la cordillera de la Costa, preservan las costumbres huilliches y fomentan el etnoturismo. A la vez, generan alternativas de empleo y diversifican los ingresos de las comunidades a partir del turismo, la artesanía y otras actividades compatibles con la conservación. Los planes de manejo de esta red de parques se elaboraron el año de creación de la misma, fueron encargados a

CONAF y se realizaron con la ayuda de la organización “Parques para Chile” y con la participación activa de las propias comunidades agrupadas en la Asociación Indígena Mapu Lahual.

En el derecho comparado, constituía un problema el financiamiento del titular para cumplir con los objetivos impuestos por la servidumbre de conservación, en especial para cumplir con los deberes de monitoreo y administración. Este problema se originaba en que los titulares -o “land trust”- en su mayoría son organizaciones sin fines de lucro, por lo que se financiaban nada más que con donaciones. En nuestro derecho, no obstante que las fundaciones titulares pueden no tener fines de lucro, se deja éste ámbito a las partes, ya que, como mencionamos, se busca regular al derecho real como una institución netamente privada, por lo que si las partes pueden o no cumplir con sus obligaciones será un asunto que deberá ponderar cada una de ellas, no debiendo la ley exigir alguna prueba de la solvencia o capacidad económica para sostener este derecho.

Demostrando el carácter eminentemente privado de la institución, en la Comisión de Recursos Naturales se eliminaron la mayoría de los entes públicos que podían ser titulares de acuerdo al proyecto original, pero se amplió la posibilidad de que personas jurídicas de carácter privado lo sean. En la Comisión de Constitución se acentúa esta tendencia.

Lo anterior se condice con la falta de incentivos tributarios para la constitución del derecho real de conservación a diferencia del derecho comparado. En efecto, parte de la doctrina extranjera consideraba que si el dueño del predio se veía favorecido con exenciones tributarias, también el titular de la servidumbre podría gozar de algún beneficio como incentivo, lo que podía materializarse en la creación de un fondo para poder cumplir de mejor manera sus obligaciones de monitoreo y administración.

La imposibilidad o dificultad de adquirir las obligaciones necesarias para sostener de buena forma el derecho real de conservación fue una de las razones por las cuales no se incluyó a las Municipalidades como titulares habilitados según el artículo 4. En efecto, en la Comisión de Recursos Naturales hubo debate sobre la incorporación de las Municipalidades como titulares. Algunos diputados manifestaron

su preocupación por que, al permitirles ser titulares, se les estaban asignando atribuciones sin la correspondiente asignación de recursos para llevarlas a cabo. Se contraargumentó que no era una asignación de potestades sino que constituía un acto voluntario. Considerando lo anterior, aun cuando se constata la dificultad técnica de muchas Municipalidades para cumplir esta y muchas otras tareas, se opta por incluirlas, pese a que en un primer debate se habían eliminado²⁴⁵.

Sin embargo, la Comisión de Constitución estuvo por suprimirlas del Artículo 4° como medida de orden práctico, ya que “la situación de las distintas municipalidades entre sí suele ser muy diferente en lo que se refiere a su organización, patrimonio, capacidad técnica y profesional, lo que incide en los requisitos necesarios para asumir la titularidad de este derecho”²⁴⁶.

Otro de los inconvenientes que se mencionaron en el derecho comparado eran los deberes de informar sobre el monitoreo del predio gravado. La pregunta que subyace a este deber es cómo se controla el efectivo cumplimiento del derecho real y de las obligaciones que se impusieron cada una de las partes. En el derecho comparado se proponían soluciones tales como imponer sanciones a los titulares incumplidores, facultar a la Fiscalía para que pueda investigar y perseguir de oficio a los infractores, crear un registro y elaborar informes periódicos sobre el estado del predio, entre otros.

En el proyecto de ley actual no se contempla expresamente el deber de informar sobre el monitoreo y/o administración del predio. Sin embargo, se contemplan una serie de medidas tendientes a asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas:

- a. El artículo 5° del proyecto contempla la creación de un registro que llevará el Ministerio de Medio Ambiente. En este registro se deberán incorporar las organizaciones interesadas en ser titulares de un derecho real de conservación. En el artículo 9° se señala la obligación de informar ha dicho Ministerio de la constitución, modificación o

²⁴⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. pp. 24 -25.

²⁴⁶ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 31.

terminación de un derecho real de conservación. Mediante este sistema se busca dar seriedad y publicidad a la constitución del derecho, lo que entrega mayores garantías de que las obligaciones serán cumplidas.

- b. Otra medida es la que establece el artículo 6° inciso segundo del proyecto que manda a otorgar el derecho real de conservación por escritura pública e inscribirlo en el Conservador de Bienes Raíces. Esta medida también busca la publicidad de la institución.
- c. El artículo 7° inciso segundo prohíbe diferir el nacimiento del derecho real de conservación para después de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Esta disposición contribuye a la eficacia del derecho real y también al efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato constitutivo ya que establece la obligación de las partes de cumplir con lo acordado desde la fecha que indica. Si las partes no cumplen se entenderán en mora desde ese momento.
- d. En caso de incumplimiento, el artículo 13° regula la posibilidad de reemplazar al titular, proceder con la ejecución forzada del contrato o terminar el derecho. Se realiza en un procedimiento judicial y sólo puede solicitarlo una de las partes o un tercero afectado.
- e. En las causales de terminación del derecho real de conservación se contemplan algunas relativas al incumplimiento como son la revocación por fraude y la terminación por declaración judicial.

El proyecto de ley señala entre los fundamentos para legislar que “al estar bien definidos los derechos y obligaciones de las partes, y con la posibilidad de exigir su cumplimiento forzado a una persona determinada, aumentan las posibilidades de obtener los fines de conservación, lo que se refuerza por la circunstancia de fundarse en un pacto que se acordó voluntariamente”²⁴⁷.

²⁴⁷ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 7.

En general la regulación chilena del derecho real de conservación deja el control del cumplimiento de las obligaciones estipuladas a las partes, lo que podría estimarse como insuficiente. Fiel al carácter privado de la institución, se otorga a los contratantes la facultad de iniciar un procedimiento judicial en caso de incumplimiento de la contraparte. Comparando las soluciones del derecho comparado con el nuestro podemos notar que hay similitudes en la creación del registro. Pero no existe obligación de elaborar un reporte de cumplimiento periódico por parte del titular. Con el objetivo de dar mayor publicidad al incumplimiento -lo que constituiría una presión para que no ocurra- podría dejarse constancia en dicho registro de los incumplimientos de las partes para que los dueños de terrenos que manifiesten su intención de constituir el derecho real de conservación sepan cuáles titulares han sido diligentes y cuáles no. Otras soluciones propuestas en el derecho comparado, como la de dar facultades fiscalizadoras de oficio a la Fiscalía, chocan con la noción de contrato privado.

3. Perpetuidad

En el derecho comparado hay gran discusión acerca de los pros y contras del carácter perpetuo de la servidumbre de conservación. La doctrina se ha dedicado a analizar los beneficios y las desventajas de la perpetuidad. En la mayoría de las legislaciones de los Estados de Norteamérica se opta por ella.

En nuestra regulación, no ha existido tanta discusión sobre el tema, aun cuando en la Cámara de Diputados se tomó una postura inequívoca.

El proyecto de ley, tal como fue aprobado en el primer trámite constitucional, sólo hace alusión a la duración del derecho real de conservación en el artículo 8° que señala las menciones del contrato constitutivo. Dice el número 5: “el derecho real de conservación durará como mínimo quince años y como máximo cuarenta años”.

La disposición asombra dado que en el proyecto original se establecía lo contrario, esto es, la posibilidad de pactar un derecho perpetuo. Además, las opiniones de las autoridades y académicos vertidas en la discusión de ambas comisiones eran favorables a la perpetuidad. Los escasos textos doctrinarios que se refieren a este tema confirman el aserto.

En la exposición de motivos que contempla el proyecto originario se señala que “en cuanto a su duración, se ha seguido la tendencia del derecho comparado, en que se estima imprescindible dotarlo de plazos razonablemente largos, pues de otro modo no es posible satisfacer apropiadamente los objetivos de conservación ambiental. Por esto se plantea una duración mínima de 20 años, pudiendo ser perpetua”²⁴⁸. En concordancia con esto, en el artículo 8° número 4 se señalaba que, en cuanto a duración, debía estarse a lo convenido en el contrato constitutivo. Las partes podían optar, siendo el plazo mínimo 20 años y el máximo, la perpetuidad. Si nada se estipulaba se entendía que duraba el plazo mínimo. Además, los contratantes podían acordar la renovación tácita del plazo. Todos los plazos comenzaban a correr desde la inscripción en el registro del Conservador de Bienes Raíces.

De acuerdo con lo anterior, el representante de “The Nature Conservancy”, Francisco Solís, planteó a la Comisión de Recursos Naturales que “para lograr la conservación ambiental es imprescindible otorgar plazos razonablemente largos, pues de otro modo no es posible satisfacer apropiadamente los objetivos de conservación ambiental”²⁴⁹.

La doctrina en general, estuvo de acuerdo con el texto propuesto por los diputados en el proyecto de ley. José Manuel Cruz enfatizó la idea de que ha sido probado en el derecho comparado que los objetivos de conservación del patrimonio ambiental se logran en periodos largos de tiempo, “consideramos prudente establecer una vigencia larga como la que se propone, pues los objetivos de conservación no pueden atenderse ni satisfacerse en plazos cortos o medianos para que tengan resultados eficaces, comprobables y satisfactorios. De hecho en EE.UU. se disponen términos prolongados para las “conservation easements”, especialmente cuando se quiere acceder a incentivos”²⁵⁰.

El profesor Peñailillo manifiesta su acuerdo con la perpetuidad pero señala que podría verse un impedimento en el principio básico de derecho civil, cual es, la libre

²⁴⁸ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 9.

²⁴⁹ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 14.

²⁵⁰ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 391.

circulación de los bienes. Este principio se basa en la concepción de la propiedad libre de gravámenes, en el cual se permita su libre circulación.

El profesor estima que este derecho no interfiere con el principio toda vez que “no se trata en este caso de una voluntad caprichosa dirigida a entorpecer la propiedad o un afán de conservar la vinculación del suelo a un linaje u otra consideración social, sino que se trata de uno de los pocos fines de beneficio colectivo, público, para la generalidad de la población y más aún de las generaciones futuras”²⁵¹. Así, la finalidad de este derecho, finalidad eminentemente pública, impediría que colisionara con el principio de la libre circulación de los bienes. Además, podemos agregar que el principio no se ve vulnerado toda vez que no se impide el traspaso de la riqueza sino que se agregan los valores ecológicos del terreno a la propiedad misma, pudiendo limitar la facultad de uso pero no la libre transferencia del predio.

Por otra parte, destaca Peñailillo, la perpetuidad es conocida en los derechos reales limitados. Se ha entendido que las servidumbres son perpetuas aunque el Código Civil no lo diga expresamente. Esto porque permanecen mientras se mantengan las circunstancias que las justifican. De esta forma debe entenderse también la perpetuidad para el derecho real de conservación²⁵².

Como se aprecia, las opiniones vertidas son favorables a la perpetuidad, la mayoría se basa en los beneficios para la consecución de los fines del derecho real de conservación. Uno de los pocos párrafos en que se deja constancia de las dudas acerca de establecer la perpetuidad en nuestro derecho real de conservación es en el primer informe de la Comisión de Recursos Naturales. Específicamente en el extracto de las opiniones vertidas durante las sesiones, en cuanto a la vigencia del derecho real de conservación se señala que “si bien se reconoce que para el cumplimiento de los objetivos medioambientales, perseguidos por el derecho real de conservación, su plazo de vigencia debe ser de considerable duración, se planteó la conveniencia de considerar un plazo más breve, no superior a 10 o 15 años”²⁵³. En la Comisión de Constitución se plantearon temores acerca de la posibilidad de que el derecho real

²⁵¹ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* p. 7.

²⁵² *Ibíd.*

²⁵³ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 6.

podiera impedir, retardar o dificultar las inversiones del país, el tema fue tratado principalmente por los representantes del ejecutivo, tanto del Ministerio Secretaría General de la Presidencia como del Ministerio de Minería²⁵⁴. La perpetuidad es un tema importante a la hora de compatibilizar la conservación del medio ambiente – provista por el derecho real de conservación- con la actividad económica. Esto porque al ser una medida tan radical, puede constituir una importante traba a la hora de desarrollar proyectos industriales o comerciales al quedar el predio imposibilitado para albergar proyectos de desarrollo en forma permanente, siendo la única solución, la expropiación. Por esta misma razón podría usarse en forma fraudulenta para poner serias trabas al desarrollo.

Finalmente, la Comisión de Recursos Naturales decidió mantener la duración estipulada en el texto original, esto es, la duración que se convenga –pudiendo ser perpetua- y, si nada se dice o si se estipula un término inferior, 20 años. Pese a lo anterior, la Comisión de Constitución revierte la decisión por unanimidad, estipulando como duración mínima quince años y como duración máxima cuarenta. El artículo así modificado es aprobado por la Comisión de Recursos Naturales y, finalmente, por la Cámara de Diputados.

Comparando lo ocurrido en Chile con lo ocurrido en el derecho comparado, podemos concluir que en nuestro caso el carácter perpetuo del derecho no ha sido tan controversial. Se tiende a analizar la perpetuidad desde la óptica de los fines del derecho real de conservación, considerando cómo un tiempo prolongado ayudará a la consecución de estos. Sin embargo, se olvida analizar otros aspectos que se han enfatizado en el derecho comparado, por ejemplo, los costos, la planificación del uso del suelo, la estabilidad, el cambio en las condiciones y la naturaleza cambiante del derecho del medio ambiente, entre otros. Para una adecuada discusión de la conveniencia o inconveniencia de establecer un derecho real de conservación perpetuo deberían analizarse también estos aspectos.

²⁵⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. pp. 21 - 26.

4. Aplicación de incentivos para la constitución del derecho real de conservación

El proyecto de ley no hace mención de ningún incentivo monetario o de otro tipo para constituir un derecho real de conservación sobre un predio o para mantenerlo.

Sin embargo, hay conciencia en el medio chileno acerca de que la aplicación de incentivos puede constituir una importante herramienta de fomento tal como ocurrió en Estados Unidos. Se busca hacer una “devolución” del valor que el terreno pierde al constituir el derecho real de conservación fomentando así su constitución. Lógicamente esta devolución solo se hará en el caso de las donaciones y no de las ventas del derecho real de conservación.

Se decía en relación a lo ocurrido en el derecho comparado que, para una persona cuya motivación es proteger los valores ecológicos del terreno, como sería el caso de una agrupación de vecinos o comunidad que decide preservar su entorno, el incentivo económico no constituirá una motivación mayor ya que le basta con la protección que recibirá el lugar. Pero, para una persona con una vocación menos “ecologista”, si puede constituir un incentivo para proteger sus terrenos y, de esta forma, la sociedad también reporta un beneficio al obtener la protección de bienes raíces de relevancia ambiental para nuestro país.

El tema no fue ajeno a la discusión chilena. Si bien la implementación de incentivos no se contempló en la idea original, el representante de “The Nature Conservancy” –organización que asesoró a los diputados que presentaron el proyecto de ley-, Francisco Solís, señaló la razón. Esta materia no había podido ser incluida ya que se trataba de una moción y no contaba con el patrocinio del Ejecutivo, pero era necesario perfeccionar la iniciativa con la posibilidad de otorgar incentivos tributarios. Agregó que en otras legislaciones se siguió este camino, aprobándose primero el instrumento legal para luego introducir vías de fomento como por ejemplo, incentivos económicos. Argumentó en favor de estos diciendo que “existen otras causas de interés público como la educación, cultura, deporte, pobreza, discapacidad, partidos políticos, investigación y desarrollo tecnológico que tienen la posibilidad de contar con importantes donaciones, incentivadas por beneficios tributarios para los donantes y

sugirió incluir a la conservación ambiental como susceptible de gozar de beneficios similares y así traer los escasos recursos disponibles para fines de interés general”²⁵⁵.

En concordancia con esto último, el ex asesor de políticas tributarias del Ministerio de Hacienda, Héctor Lehuedé, dijo a la Comisión de Recursos Naturales que en dicho Ministerio esperaban contar con la norma aprobada para luego evaluar y analizar la forma de cooperar con herramientas de incentivo en la constitución y mantención del derecho real de conservación²⁵⁶.

En la discusión de las comisiones, otros expertos manifestaron la conveniencia de contemplarlos como una forma de incentivar la protección del patrimonio medioambiental chileno. El asesor del Ministerio de Medio Ambiente, Rodrigo Benítez, señaló que una buena forma de perfeccionar la iniciativa legal es contemplar posibles incentivos tributarios²⁵⁷. En la votación en general del proyecto en la Comisión de Recursos Naturales se hizo presente que “la iniciativa podría ser positiva en la medida en que existiera una contraprestación por parte del Estado en beneficio del propietario del inmueble cuya conservación se consagra, contraprestación que no está definida en el proyecto”²⁵⁸.

Asimismo, en la exposición de fundamentos para legislar que hacen los diputados que proponen el proyecto de ley se visualiza a este derecho real como un incentivo práctico y concreto que fomentará la conservación privada. De sus beneficios se destaca no sólo la posibilidad que tiene el dueño de mantener la propiedad y el destino productivo de su terreno de una forma sustentable y amigable con el medio ambiente, sino también la posibilidad del Estado de incentivar el desarrollo sustentable. Por esto se reconoce a la conservación privada, y dentro de ésta al derecho real de conservación, no sólo como “una manera de proteger el medio ambiente, sino también como una alternativa relevante de planificación financiera”²⁵⁹.

²⁵⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 15.

²⁵⁶ *Ibíd.* p. 11.

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.* p. 17.

²⁵⁹ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 2.

La doctrina, por su parte, concuerda con esta conclusión. Carvajal considera imperativo crear incentivos, ya que “debemos hacernos cargo de la mayor desventaja y obstáculo que presenta la utilización de este figura en Latinoamérica, en general, y en Chile, en particular: la falta de incentivos adecuados para su creación, difusión y mantención en el tiempo”²⁶⁰.

Sin embargo, pocos se pronuncian acerca de las vías factibles para implementarlo en el derecho chileno. El profesor Cruz da algunas ideas al decir que “podrían analizarse diferentes vías de fomento para los DRC (derecho real de conservación), ya se trate de incentivos tributarios, subsidios, utilización como medio de mitigación de impacto ambiental, compensación u offset de pasivos ecológicos, entre otros”²⁶¹.

Carvajal examina en mayor profundidad cuáles son los mecanismos posibles para incentivar la constitución del derecho real de conservación:

a. Exenciones tributarias

Consisten en eliminar todo o parte de los impuestos que una persona debe pagar por incurrir en los diferentes hechos gravados. Actualmente, se contemplan exenciones tributarias para las Áreas Protegidas Privadas (APP) en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), ya que esta señala que las APP tendrán iguales derechos, obligaciones, cargas y tratamiento tributario que las áreas pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE)²⁶². Se contemplan las siguientes exenciones para el SNASPE:

²⁶⁰ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* p. 209.

²⁶¹ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 396.

²⁶² CHILE. Ley N° 19.300. 1994. Artículo 35: “Con el mismo propósito señalado en el artículo precedente, el Estado fomentará e incentivará la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada, las que estarán afectas a igual tratamiento tributario, derechos, obligaciones y cargas que las pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. La supervisión de estas áreas silvestres corresponderá al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. La afectación de estas áreas será voluntaria y se perfeccionará mediante resolución dictada por el organismo señalado en el inciso anterior, que acoge la respectiva solicitud de su propietario, quien deberá reducir la resolución a escritura pública e inscribirla, para efectos de publicidad, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente. La desafectación se producirá por vencimiento del plazo, por

- 1) Exención del Impuesto territorial.
- 2) Exención del Impuesto de Primera Categoría: el fisco se encuentra exento.
- 3) Exención del Impuesto Global Complementario: los predios destinados a APP no se consideran para el cálculo de este impuesto.
- 4) Exención del Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones: no se computan estos terrenos para el cálculo de dicho impuesto. Se exige un decreto previo del Presidente de la República para declarar las áreas protegidas como exentas.

Carvajal advierte que estas exenciones se refieren a los predios y no dicen relación con las actividades económicas que se puedan realizar en ellos, lo que fue aclarado por el Director del Servicio de Impuestos Internos ante la consulta del Director Ejecutivo de la CONAMA. Asimismo, enfatiza en la conveniencia de estudiar “una exención tributaria en relación al desarrollo de actividades que involucren los recursos naturales del inmueble privado y que tengan por fin la conservación ambiental, lo (que) puede promover la creación de este tipo de derechos”²⁶³.

Así como se contemplan estas exenciones para el SNASPE y, por remisión legal, para las APP, una buena solución podría ser establecer expresamente al derecho real de conservación como beneficiario de este tratamiento tributario especial.

b. Deducciones tributarias

Consisten en deducir un monto determinado, que la persona haya utilizado para la conservación, de los impuestos que debe pagar por ley. Puede utilizarse el sistema

resolución de dicho organismo fundada en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el reglamento, o a petición anticipada del propietario. En los dos últimos casos podrá aplicar una multa, a beneficio fiscal, que no excederá del monto acumulado y actualizado de impuestos y contribuciones de los que el inmueble estuvo exento en virtud de su afectación en el período correspondiente. El reglamento establecerá los requisitos, plazos y limitaciones de aplicación general que se deberán cumplir para gozar de las franquicias, ejercer los derechos y dar cumplimiento a las obligaciones y cargas a que se refiere el inciso primero”.

²⁶³ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* p. 211.

de deducir a la base imponible del impuesto o el sistema de créditos. Este monto puede estar limitado por un porcentaje o por un periodo de tiempo.

En el caso del Impuesto a la Renta, Carvajal señala que las herramientas que provee nuestra legislación tributaria actual no podrían ser aplicables al derecho real de conservación. Esto porque se contemplan diversos requisitos, condiciones y se evalúa la condición jurídica tanto del donante como del donatario. En el caso de las donaciones en general se establece un sistema de crédito contra los impuestos de primera categoría y global complementario. En otros casos de donaciones como aquellas con propósitos educacionales y de prestaciones de salud, entre otros, se pueden rebajar como gasto necesario para producir la renta líquida imponible. Las donaciones en beneficio de universidades e institutos profesionales, bibliotecas públicas y centros de investigación, desarrollo y difusión de la cultura y las artes están acogidas a un régimen mixto de crédito de impuestos y posibilidad de deducción como gastos.

Pese a la imposibilidad de acoger el derecho real de conservación a estos regímenes, ya que no se cumplen con los requisitos exigidos por la ley, Carvajal señala que se deberían rescatar las fórmulas ya consagradas para idear instrumentos apropiados para el derecho real de conservación. Sobre todo considerando que pueden haber distintos donantes. En efecto, podemos imaginar una donación en la cual el propietario del inmueble entrega a título gratuito a un titular el derecho real de conservación, pero también puede una persona donar dinero o especies a un eventual titular y éste último destinarlos a sostener un derecho real de conservación. Los incentivos deben contemplar estas situaciones.

Otra forma de deducción tributaria es la que se otorga en el derecho comparado disminuyendo el avalúo fiscal del inmueble. También pueden contemplarse deducciones al impuesto a la herencia en caso de que el causante deje un predio gravado con un derecho real de conservación.

c. Subsidios o subvenciones

Este tipo de incentivo se enmarca en la actividad de fomento de la Administración, clasificándose dentro de los medios de fomento económico. En general “consisten en el otorgamiento de una determinada cantidad de dinero, en favor de un particular u otra administración pública autónoma”²⁶⁴. Dependiendo del tipo pueden devengarse una sola vez o en forma periódica. Se rigen por el principio de la cooperación, ya que la Administración realiza una determinada actividad con la colaboración de los privados por su eficiencia y costo. Lo anterior se refuerza por el interés público que existe tras la actividad que se realiza. En efecto, a la Administración le interesa que la actividad o prestación se lleve a cabo, por esto “interviene positivamente en el patrimonio jurídico de los administrados, otorgando incentivos, para que el particular alcance una finalidad de interés público”²⁶⁵.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19° n° 22, hace mención a los subsidios y subvenciones como beneficios directos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica que no implican discriminación arbitraria.

Doctrinariamente, se distingue a los subsidios de las subvenciones, ya que los primeros tienen un carácter asistencial²⁶⁶. Sin embargo, la ley no distingue y usa los conceptos indistintamente, por lo que existen subsidios tanto para superar una situación precaria, por ejemplo subsidios habitacionales, laborales o de transporte, como para incentivar alguna actividad, v.gr. en materia de telecomunicaciones o deporte.

²⁶⁴ BERMÚDEZ Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. 2da. edición. Santiago, Chile. Editorial AbeledoPerrot, 2011. 603p.; p. 300.

²⁶⁵ *Ibíd.* p. 297.

²⁶⁶ Cea Egaña define al subsidio como “una ayuda o auxilio pecuniario, de carácter extraordinario, que el Estado otorga a una persona o grupo de la población que los precisan para gozar de una vida digna”. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dicho en 2008 que es “una ayuda o auxilio pecuniario, de carácter extraordinario, que el Estado otorga a personas o grupos de personas en razón de un estado de necesidad, entregándoles una suma de dinero que no se reembolsa” (Rol N° 1035-2008-INC). Ambos citados por FLORES Rivas, Juan Carlos. Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho Chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII, Valparaíso, Chile, Segundo Semestre de 2011. pp. 329-367; pp. 344-345.

En el caso del derecho real de conservación, el Estado puede entregar dinero a un propietario de un terreno con un alto valor ecológico para que constituya el mencionado derecho sobre todo o parte del inmueble y así, incentivar su constitución. Pese a que esta intervención estatal podría verse como una presión indebida sobre los contratantes, atendiendo a la regulación de derecho privado de la institución, es una forma eficiente y directa de fomento a la conservación de terrenos privados.

d. Instrumentos financieros directos

Se trata de herramientas que apoyan el financiamiento de los particulares para constituir este derecho real. En este caso la idea es proporcionar formas que abaraten los costos de constituir, mantener o cumplir el derecho real de conservación para así hacerlo más accesible a los propietarios que quieran gravar sus inmuebles, sobre todo considerando que los costos de mantención pueden ser muy altos.

Estas formas de financiamiento pueden proporcionarse también a los titulares del derecho real, en atención a su deber de vigilancia y de mantención del predio.

Entre los instrumentos de financiamiento se encuentran:

- 1) Créditos blandos: créditos con facilidades en comparación con los demás créditos del mercado. Estas facilidades pueden consistir en menores tasas de interés, mayores plazos para el pago, años de gracia, etc.
- 2) Microcréditos: Estos créditos también se otorgan con facilidades de pago pero están enfocados a las comunidades que ejercen labores de conservación y a propietarios pequeños o medianos. Como se deduce, los montos tienden a ser menores.
- 3) Fondos ambientales: Estos fondos se generan por medio de donaciones, generalmente afectas a exenciones o deducciones tributarias. Para hacerse acreedora de estos fondos, la persona debe postular y garantizar que los dineros se destinarán a la protección de un predio con alto valor ecológico.

- 4) Fondos de compensación: Son fondos parecidos a los ambientales pero a los cuáles contribuyen las empresas que realizan labores contaminantes, para que con ese dinero se realicen labores de conservación o preservación del medio ambiente, como podría ser constituir un derecho real de conservación, y así se compense el daño ambiental producido.
- 5) Pago por servicios ambientales: Son pagos que se realizan por los bienes y servicios que se consideran fundamentales para un ecosistema y para el bienestar humano. Por ejemplo, servicios de reciclaje, provisión de alimentos, regulación de inundaciones, purificación del agua, servicios culturales, etc. Mediante estos, se pone precio al cuidado de un ecosistema, un bien que había sido difícil de medir económicamente dado que su valor no se circunscribe solamente a lo económico. Así, se avanza en la valorización de los servicios ambientales en el mercado y ya no hay una pérdida de valor del terreno. Podrían constituirse como un mecanismo para solventar los costos de mantención del derecho real. A cambio de estos pagos pueden constituirse las más variadas prestaciones, por ejemplo, el derecho a usufructuar del terreno protegido o a acceder a él.

e. Instrumentos financieros indirectos

Corresponden a todos los instrumentos que otorgan ciertos servicios para ayudar a los propietarios o titulares a constituir o mantener un derecho real de conservación. Se pueden mencionar por ejemplo, la asistencia tanto legal como técnica, servicios de capacitación y entrenamiento en terreno, programas de certificación, de promoción o de educación, entre otros.

Dada la carencia de un marco regulatorio para la conservación privada en Chile, las iniciativas de particulares no tienen mecanismos que los ayuden financieramente en el mediano plazo como serían el pago por servicios ambientales, subsidios, exenciones tributarias, etc. Sí se contemplan incentivos en la Ley de Bosque Nativo y en otros

instrumentos sectoriales, como el DL 702 de fomento forestal²⁶⁷. Ante la necesidad de financiación para mejorar la conservación, mantenimiento y gestión de los predios, los privados han optado por los mencionados instrumentos legales, sumado a fondos públicos de protección ambiental entregados por el Ministerio del Medio Ambiente²⁶⁸ y al apoyo de organizaciones internacionales dedicadas a la conservación como por ejemplo, “The Nature Conservancy”, “World Wildlife Fund”, “The Conservation International”, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo para el Medio Ambiente Mundial, entre otros.

En general podemos concluir que en relación a los incentivos se ha seguido la tendencia del derecho comparado al decidir regularlos con posterioridad a la aprobación legal del derecho real de conservación. Además, hay conciencia de que constituye una importante forma de promocionar y expandir la institución. En la implementación de estos incentivos, se barajan distintas opciones. La fórmula del derecho comparado, consistente en la disminución de la avaluación del inmueble gravado, es sólo una de las múltiples herramientas que pueden constituirse en el derecho chileno. Algunas de ellas involucran un desembolso mayor de recursos por parte del Estado y otras son netamente privadas. Todo dependerá del énfasis que se le quiera dar al derecho real de conservación.

Por otra parte, al evaluar las alternativas posibles de incentivo también deben analizarse los requisitos que se exigen para merecerlos, toda vez que pueden ser una herramienta de abuso del derecho real de conservación, sobre todo en caso de masificación de éste. Como una forma de control, se ha propuesto en el derecho comparado la necesidad de una certificación gubernamental previa, en la que se constate que se cumplen los objetivos de conservación, para otorgar el incentivo. Con todo, la solución dependerá del tipo de incentivo que se escoja.

²⁶⁷ CHILE. Ley Nº 20.283. Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. 2008b. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/4tgd>> [consulta: 5 octubre 2012]

²⁶⁸ Es el caso de la Asociación Gremial de Propietarios de Áreas Protegidas Privadas de la Región de los Ríos quiénes, mediante la postulación al Fondo de Protección Ambiental que entregó la CONAMA en 2011, buscaban implementar programas de gestión y capacitación para los socios que los hicieran cumplir con los requisitos necesarios para acceder a los incentivos de la Ley de Bosque Nativo.

5. Coordinación del derecho real de conservación con las políticas públicas de uso de suelo de las Municipalidades

Éste es un desafío poco discutido cuyas implicancias en el uso y los efectos que tenga el derecho real de conservación pueden ser importantes. Si bien es un problema que se presentará de masificarse su uso, pueden tomarse acciones concretas para evitar que se transforme en un problema de política pública.

En general, en el derecho comparado y en el nuestro se optó por dejar fuera de la regulación del derecho real de conservación al Estado. La idea que subyace es la de un contrato entre privados, que se obligan a cumplir con un acuerdo que tiene como objeto, en este caso, la protección de los valores ambientales de un terreno. Se entiende a esta institución como una herramienta que busca fomentar la protección privada de las tierras, en contraposición a la que realiza el Estado a través de otros mecanismos jurídicos ya definidos y apropiados para ello.

En Chile, al igual que en Estados Unidos, se busca evitar la burocracia y lentitud que genera el sistema público. Se tiende a creer que si el Estado se entromete se deberán cumplir engorrosos trámites y papeleos que impedirán otorgar una protección efectiva, rápida y adecuada a las características del terreno.

Por estas razones, no se contemplan mecanismos de consulta, ni algún trámite en que intervengan organismos estatales ni siquiera organismos locales, como son las Municipalidades. El único organismo estatal que se involucra es el Ministerio de Medio Ambiente que lleva un registro de los titulares habilitados y de la constitución, modificación y terminación de los derechos reales de conservación. Pero éste Ministerio en ningún caso se entromete en cuestiones de fondo, como sería la regulación del contrato entre las partes, sólo revisa aspectos formales del mismo.

Lo que se traduce en diversos problemas. Por una parte, genera una menor calidad de los derechos reales constituidos ya que no existe un control externo. Por otra, produce desconocimiento sobre los usos que se podrá dar al suelo, pudiendo llegar a frustrarse su planificación. Esto porque al constituir un derecho real de

conservación se están privilegiando ciertos usos del inmuebles y excluyendo otros. Un privado estaría decidiendo, de facto, el uso que se le dará al inmueble.

Determinar el uso que se le dará al territorio es una potestad pública que se le asigna al órgano facultado para ello por ley, en nuestro derecho intervienen diversos organismos. El uso que se le asigne a cada porción de territorio estará dado por objetivos generales que definen la ley y la administración. La idea es que todas las actividades humanas tengan cabida y que no interfieran entre sí, generando problemas que pudieran haberse evitado de seguir una buena planificación.

El objetivo de la planificación del suelo es el bien común. Se basa en la convivencia mutua y en la mejor forma de disponer el espacio físico para satisfacer las necesidades de toda la población. También involucra decisiones técnicas para prevenir problemas y para optimizar el uso del territorio del país. “Hay que tener presente que la ordenación del territorio incide enormemente en el desarrollo de un país, ya que regula las actividades humanas en el espacio físico. Por ello se hace indispensable tener conocimiento de las características del suelo y en razón de ello sus aptitudes, de manera de asignarle el uso más eficiente y compatible con el cuidado del medio ambiente”²⁶⁹.

Aunque exista la creencia generalizada de que la Administración favorece el desarrollo industrial y productivo dejando de lado la preservación o conservación del medio ambiente, puede afirmarse que, a través de la ordenación del territorio -entendiéndolo como un instrumento de gestión ambiental- puede cumplirse con el mandato constitucional de preservar la naturaleza y velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado²⁷⁰.

En Chile, la planificación urbana se encuentra regulada y definida por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y por su Ordenanza. En ellas se establece que habrán Instrumentos de Planificación Territorial que operarán en 4 niveles: el

²⁶⁹ DE LA FUENTE Castro, Osvaldo. La regulación jurídica del suelo desde una perspectiva ambiental. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006; Capítulo 2.3.

²⁷⁰ Para profundizar más en esta teoría ver *Ibíd.*

nacional, regional, intercomunal y comunal. Existe un orden de prelación entre estos en razón de la amplitud de territorio que abarcan²⁷¹.

El Plan Nacional de Desarrollo Urbano debía ser creado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo pero éste nunca lo hizo, por lo que el plan de más alta jerarquía es el Plan Regional de Desarrollo Urbano. Éste tiene por finalidad orientar el desarrollo de los centros urbanos de las regiones, previendo las áreas de influencia y las metas de crecimiento. Es promulgado por el Intendente regional previa propuesta de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y aprobación del Consejo Regional.

El Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano (si es que la unidad sobrepasa 500.000 habitantes) regula cómo se desarrollará el espacio físico de las áreas urbanas y rurales de las comunas que integren la unidad. Tiene el mismo sistema de aprobación que el plan anterior pero en su elaboración intervienen además las Municipalidades involucradas y otros organismos de la Administración.

El Plan Regulador Comunal busca el desarrollo armónico de la comuna. Es más detallado, debiendo contemplar las condiciones de higiene y seguridad de los edificios y las relaciones entre las distintas zonas. Lo elabora la Municipalidad y debe ser consultado a la ciudadanía y al Consejo Económico y Social comunal. El nivel más básico es el Límite Urbano, que es la línea que diferencia las zonas urbanas del resto de las áreas comunales. Si existe plan regulador comunal formará parte de éste.

Como se puede apreciar, la planificación del uso del suelo no es sencilla y existen variados instrumentos regulatorios que se deben cumplir a la hora de asignar un uso a un área determinada. Además, en la planificación intervienen diversos organismos para asegurar la representatividad, buscando que la decisión de otorgar tal o cual uso a una determinada porción de terreno sea lo más democrática y racional posible.

²⁷¹ CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Decreto N° 458. Ley General de Urbanismo y Construcciones. 1976. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560>> [consulta: 5 octubre 2012]; Título II, Capítulo II.

Por otra parte, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones señala los tipos de uso del suelo en el artículo 2.1.24. Estos son²⁷²:

- a. Residencial: agrupa las viviendas, edificios colectivos u otra edificación siempre que no presten servicios comerciales. Pueden funcionar locales de lavandería, gimnasio, piscina o guardería infantil para uso de los residentes. Además, señala que “en los predios ubicados en zonas en que no esté permitido el uso de suelo residencial, se podrán localizar las viviendas necesarias para complementar la actividad permitida. En estos casos, la superficie construida total de las viviendas no podrá superar el 5% de la superficie total del predio”²⁷³.
- b. Equipamiento: se agrupan aquí las construcciones que complementan el resto de las actividades, incluyendo las actividades que se generan a partir de ellas.
- c. Actividades Productivas: comprende a las industrias de todo tipo y a cualquier instalación de impacto similar. Su instalación puede limitarse de acuerdo a las normas ambientales. Las actividades que sean catalogadas como inofensivas por la Secretaría Regional Ministerial de Salud correspondiente pueden asimilarse al tipo equipamiento.
- d. Infraestructura: se refiere a las instalaciones de infraestructura de transporte, sanitaria, energética, de comunicaciones, etc. El instrumento de planificación territorial correspondiente debe definir las normas urbanísticas que regulen su emplazamiento.
- e. Espacio Público: se refiere al sistema de vialidad y a plazas, parques y áreas verdes públicas. Se contemplan requisitos para la construcción en dichos lugares, generalmente un porcentaje del total del área verde o parque, siempre con la respectiva autorización Municipal.

²⁷² CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Decreto N° 47. Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 1992. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/4ss1>> [consulta: 5 octubre 2012]; Artículos 2.1.24 al 2.1.31.

²⁷³ Ibíd. Artículo 2.1.25 inciso final.

- f. Área Verde: comprende los parques, plazas y áreas libres destinadas a áreas verdes que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario. Las construcciones en su interior se encuentran bastante reglamentadas pero, en general, se contemplan porcentajes para las construcciones en su interior y autorizaciones municipales y de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo. El artículo 2.1.31 señala que “las áreas verdes públicas o privadas señaladas como tales en los Instrumentos de Planificación Territorial sólo podrán ser destinadas a otros usos mediante modificación del respectivo Instrumento de Planificación Territorial”.

La Ordenanza señala que estos usos pueden emplazarse simultáneamente pero deben ser reglamentados por el Instrumento de Planificación Territorial correspondiente para compatibilizar sus efectos.

Se aprecia que la destinación de un terreno a un determinado uso se encuentra profusamente reglamentada. La regulación contempla que determinado uso se incorpore al Instrumento de Planificación Territorial correspondiente, que se cumplan con los requisitos mencionados tanto en la ley como en la ordenanza, que se otorguen las autorizaciones que se exigen, que pueden ser tanto de la Municipalidad como del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, entre otros.

En nuestro caso, si un propietario tiene un terreno destinado a actividades productivas y, mediante un derecho real de conservación, quiere consagrar parte de su predio a la conservación de un área verde, estaría, en los hechos, emplazando dos usos en forma simultánea, lo que según el artículo 2.1.24, requiere ser reglamentado por el Instrumento de Planificación correspondiente. La conclusión no cambia si tenemos la situación inversa. Es decir, un propietario de un terreno destinado a áreas verdes que celebra un derecho real de conservación mediante el cual se le permite ejercer ciertas actividades productivas o de infraestructura por ejemplo. En este caso, también se requeriría la modificación del Instrumento de Planificación correspondiente.

La situación se complica aún más si consideramos la duración del derecho. Por ejemplo, una persona es propietaria de un terreno en una zona alejada del área

urbana. Decide constituir un derecho real de conservación sobre parte de su predio para preservar ciertas áreas con gran valor ecológico, pero sigue desarrollando actividades productivas en el resto del terreno, por ejemplo la agricultura. Con el pasar del tiempo, crece el número de habitantes y la Municipalidad se ve en la obligación de destinar más áreas al uso del suelo residencial. Podrá modificar el uso del suelo permitiendo la construcción de viviendas en las propiedades aledañas al terreno afecto al derecho real de conservación, pero no sobre éste ya que tiene un gravamen que lo protege. En esta situación puede generarse problemas de eficiencia, pudiendo incluso frustrar la planificación territorial.

En el caso del derecho comparado las servidumbres pueden ser perpetuas, lo que implica que el gobierno local no podría modificar nunca el uso del suelo. En el caso chileno, el problema parece menos grave ya que la duración máxima del derecho real de conservación es de 40 años. Sin embargo, podrían constituirse derechos reales en forma sucesiva lo que mantendría el gravamen sobre el predio por un número considerable de años.

La creación de parques privados de grandes extensiones no es ajena a la realidad chilena y no ha estado exenta de polémicas. Como ejemplo, se puede mencionar el Parque Pumalín, ubicado en la provincia de Palena, Región de Los Lagos, que protege, principalmente, el bosque templado lluvioso de la zona y su biodiversidad. Su creación se remonta al año 1991 cuando el empresario norteamericano Douglas Tompkins compró 17.000 hectáreas del "Fundo Reñihué" para preservarlas. Posteriormente, "The Conservation Land Trust", fundación creada por Tompkins, compró 300.000 hectáreas contiguas para crear el parque. La gran extensión de terreno y la magnitud de la inversión generó reacciones y protestas de variados sectores: políticos, militares, la iglesia, el gobierno, asociaciones empresariales, asociaciones civiles, entre otros. Se argumentaba que el proyecto amenazaba la soberanía y la integración del territorio -ya que podía cortar el país en dos, considerando la cercanía del lugar con la frontera argentina-, además de ser una intervención extranjera y una obstrucción al desarrollo de la nación, sobre todo de las industrias pesqueras, de hidroelectricidad y mineras. Ante las críticas, Tompkins afirmó que continuaría con la conservación de sus territorios ya que estaba amparado por el

imperio del derecho. El tema escaló requiriendo la intervención de autoridades de gobierno, lo que desembocó en el acuerdo Villarzú-Tompkins en el cual se hacen concesiones recíprocas: por un lado, la constitución de una fundación –llamada “Fundación Pumalín”–, exención de impuestos y la declaración del lugar como “Santuario de la Naturaleza” –lo que se concretó en 2005–, y por otro, garantizar el libre acceso público al parque, preparar informes técnicos con periodicidad, entregar terrenos al Estado para el desarrollo de proyectos de interés público, facilitar la exploración de proyectos mineros o energéticos y garantizar las costumbres de la comunidad local. Producto de estos acuerdos, el proyecto pudo continuar para convertirse en un parque con senderos para excursionistas, áreas de camping, guarda parques, centros de información, cabañas y excursiones marítimas y terrestres. Además, se incorporaron pequeños campos productivos para actividades agrícolas como crianza de animales, producción de quesos y artesanías en las cercanías del parque, con las cuales se busca integrar a la comunidad local.

En el año 2011, surgió otra polémica con la decisión del Gobierno de que un tramo de la Carretera Austral, que conecta Puerto Montt con Coyhaique, pasara por el Parque Pumalín, lo que se traduciría en una expropiación. Ante esto, Tompkins se mostró llano a la expropiación pero argumentó que una mejor opción sería un camino por la costa, ya que demoraría menos tiempo en ser construido. Buscando llegar a un acuerdo, se establecieron negociaciones y mesas de trabajo entre el Ministerio de Obras Públicas y la Fundación Pumalín para diseñar el camino y elaborar un plan de manejo forestal. Finalmente, la expropiación de los terrenos se llevó a cabo en septiembre de dicho año proyectándose un camino de 10 kilómetros de largo.

Un caso similar es el del Parque Tantauco. Se ubica en la comuna de Quellón, al sur de la isla de Chiloé en la Región de Los Lagos y cuenta con una superficie de 118.000 hectáreas. Su creación comienza en 2004 cuando el empresario y político Sebastián Piñera compró casi el 15% de la isla de Chiloé para dar forma al parque. Su construcción no estuvo exenta de polémicas dado que las comunidades huilliches de la zona exigían derechos ancestrales y legales sobre ellas amparándose en el Tratado de Tantauco –acuerdo de paz firmado entre España y Chile en 1826 que, entre otros, dejaba las tierras en cuestión en manos del pueblo huilliche. No obstante lo anterior, el

parque se crea en 2005, siendo administrado por la “Fundación Futuro”. Los primeros años se dedicaron a la planificación y desarrollo de infraestructura, para luego desarrollar programas de restauración de ecosistemas. Este parque abierto al público además cuenta con senderos, talleres culturales y becas de investigación y prácticas universitarias, centrándose en la preservación del medio ambiente, el desarrollo turístico sustentable, la educación ambiental y promoción de la cultura local.

Los problemas y situaciones descritas fácilmente pueden ocurrir al estipularse un derecho real de conservación, sobre todo si se constituye sobre un terreno de gran extensión. Por esto, algunas de las soluciones que se han incorporado paulatinamente en el derecho comparado han implicado involucrar a los organismos del Estado en la constitución de las servidumbres, abandonando la idea de que esta institución debe normarse exclusivamente por reglas de derecho privado. Así, se ha propuesto que el gobierno local deba autorizar la constitución de la servidumbre de conservación, velando porque se ajusten a la planificación territorial.

Otra solución es exigir como uno de los requisitos para la constitución del derecho real de conservación que éste se adecúe a la planificación territorial vigente y que pueda ser modificada conforme cambia ésta. También se ha planteado que los instrumentos de planificación contemplen áreas en las cuales puedan constituirse derechos reales de conservación, áreas donde esté prohibido y áreas en las cuales se deba pedir autorización al organismo correspondiente.

Considerando los posibles escenarios que pueden plantearse si se masifica el derecho real de conservación y sus efectos, nuestra regulación podría contemplar algún mecanismo para evitar la descoordinación entre la regulación estatal del suelo y la regulación de facto que pueden hacer los propietarios de los terrenos por medio de este derecho real.

En el texto del proyecto de ley la única solución que se contempla ante este desafío es la expropiación. Sin embargo, parece ser una forma demasiado engorrosa, ya que debe cumplirse con los requisitos formales y su aplicación debe hacerse caso a caso, lo que dificulta su utilización como medio de solución al problema en caso de producirse la masificación del derecho real de conservación.

Otro desafío relacionado con las Municipalidades que se ha producido en el derecho comparado es el que se produce cuando estas usan el derecho real de conservación como forma de aplicar sus propios planes de uso de suelo. El problema surgía cuando las autoridades municipales no utilizaban los instrumentos jurídicos de que disponían por ley -en nuestro caso serían los Instrumentos de Planificación comunales, por ejemplo el Plan Regulador Comunal- para regular el uso del suelo, sino que, para evitar los trámites o una decisión desfavorable, optaban por constituir una servidumbre de conservación para preservar los atributos ecológicos de determinado territorio.

En este caso, hay que distinguir entre la Municipalidad como titular del derecho real y la Municipalidad como dueña del terreno en el cual se constituye el derecho real.

En la regulación del derecho real de conservación aprobada en la Cámara de Diputados, no se incluyen a las Municipalidades como titulares del derecho real. Sin embargo, se dejó constancia de que “aquellas que tengan interés y estén en condiciones de hacerlo, podrán concretarlo por la vía de constituir las corporaciones y fundaciones a que hace referencia el actual número 2 (en el texto aprobado el número 1 del artículo 4)”²⁷⁴. Por tanto, las Municipalidades pueden ser titulares de un derecho real de conservación si constituyen una corporación o fundación con sujeción a las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil. Sin embargo, si una Municipalidad es titular no nos encontraremos ante el problema descrito, toda vez que deberá sostener el derecho, cumplir con sus obligaciones de vigilancia y, si se estipula, administración, sobre un terreno ajeno.

El desafío descrito sólo ocurrirá cuando la Municipalidad sea dueña de un terreno y constituya un derecho real de conservación sobre él. En el texto aprobado, nada se dice sobre esta posibilidad, por lo que se debería entender que no hay impedimento para que una Municipalidad, a través de su representante legal, constituya un derecho real de conservación sobre un terreno que le pertenezca, cumpliendo con las norma generales. El órgano estatal actuaría como un privado más,

²⁷⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 31.

ajustándose a las normas que los rigen sin optar a ningún beneficio por su condición especial.

La situación no es sólo una construcción teórica, toda vez que, en la experiencia chilena, encontramos una agrupación de municipalidades que busca conservar el sector cordillerano de la Región Metropolitana. El “proyecto Protege” nació en 1993 agrupando a las municipalidades de Colina, Lo Barnechea, Las Condes, Peñalolén, La Florida y San José de Maipo con la finalidad de que la precordillera santiaguina fuera un gran parque abierto a la comunidad. En 2005, la zona fue reconocida como sitio prioritario para la conservación de la biodiversidad en la Región Metropolitana, lo que dio un nuevo impulso a la institución que cambia su nombre a “Asociación Parque Cordillera” y define sus objetivos: proteger el contrafuerte cordillerano, educar a los visitantes y promover la vida al aire libre de forma responsable con el medio ambiente. Actualmente, la asociación administra en forma directa 3 parques, y colabora con otros dos, abiertos al público. Ha logrado aunar voluntades de propietarios e instituciones públicas (como la Corporación Nacional Forestal, la Corporación de Fomento de la Producción, el Ejército de Chile y el Servicio Agrícola Ganadero) y privadas (como la Fundación Raíces, la empresa Aguas Andinas y la escuela norteamericana de vida al aire libre NOLS). Entre sus logros figuran la creación de senderos y adecuación de los parques para el público, la firma de convenios con parques extranjeros, la homogenización de los planes de ordenamiento territorial y la difusión del uso sustentable de la precordillera.

La creación de un derecho real de conservación es una buena forma de proteger los valores ecológicos de un territorio, ya que puede constituirse por largo tiempo, externalizando los costos de vigilancia y mantención y evitando los cambios políticos que podrían modificar la decisión. Las Municipalidades pueden constituir éste derecho si se asocian de la forma prevista en el proyecto de ley y cumplen con la normativa vigente, incluyendo la Ley General de Urbanismo y Construcción y su Ordenanza. El problema surge cuando una Municipalidad, por la vía de constituir este derecho, no somete su acción a los procedimientos establecidos en la ley para la declaración de un territorio de propiedad municipal como área protegida.

Ante esto, debería considerarse que el órgano municipal está incurriendo en fraude, ya que pretende evadir la legislación vigente, evitando los trámites que garantizan la racionalidad y representatividad en la planificación del uso del suelo e imponiendo su voluntad sin los procedimientos de consulta necesarios. El fraude constituye una causal de terminación del derecho real de conservación, que debe ser alegada por la vía judicial por quien sufra un perjuicio de acuerdo a las reglas generales en materia civil. De considerarse así, este desafío puede solucionarse utilizando las disposiciones que entrega el texto ya aprobado del proyecto de ley.

B. Desafíos propios de la regulación chilena

Aparte de los desafíos que se identificaron para el derecho comparado y que son susceptibles de aplicarse en Chile, hay otros desafíos que surgen de la regulación nacional. Estos dicen relación con la constitucionalidad del gravamen, con los posibles usos de este derecho, la armonización con el ordenamiento y los choques que teóricamente pueden producirse con otras instituciones jurídicas existentes en el derecho chileno.

A través de estos desafíos se dará una panorámica mayor a cerca de la real dimensión del derecho y las implicancias que tiene su consagración. Además, se podrá visualizar con mayor claridad su inserción en el ordenamiento jurídico chileno y su carácter circunscrito al ámbito privado, lo que constituye una novedad en lo que a conservación del medio ambiente respecta.

1. Aspectos constitucionales

En las discusiones en el Congreso Nacional se plantearon algunas objeciones en relación a la constitucionalidad del proyecto. Se examinarán las principales normas constitucionales relacionadas para dilucidar si se puede calificar al derecho real de conservación propuesto como inconstitucional.

Nuestra Constitución Política de la República señala en el artículo 19 N°8:

“Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Esta disposición satisface tres aspectos:

- a. Reconoce un derecho constitucional.
- b. Establece un deber genérico de protección ambiental por parte del Estado.
- c. Añade la posibilidad de limitar derechos constitucionales.

Esta triple dimensión de la garantía, hace que la chilena sea una normativa bastante completa en comparación con la regulación que se le da en el derecho comparado. Lo anterior, sumado a la posibilidad de proteger la garantía con una acción cautelar, como es el Recurso de Protección²⁷⁵, son indicadores de la importancia que el constituyente asignó a las materias ambientales²⁷⁶.

Primeramente, se reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho constitucional. Bermúdez explica que el contenido de la garantía es el derecho a *vivir* en un medio ambiente libre de contaminación, no a un medio ambiente incontaminado *per sé*. La extensión del derecho según el autor se encuentra delimitada por la noción de “entorno adyacente” que sería el lugar necesario para que una persona pueda alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, tal como lo asegura el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución de la

²⁷⁵ Se consagra en el artículo 20 inciso 2° de la Constitución Política de la República: “Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. En virtud de este recurso, el afectado podrá concurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual tomará todas las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer.

²⁷⁶ BERMÚDEZ Soto, Jorge. Fundamentos del Derecho Ambiental. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificio Universidad Católica de Valparaíso, 2007. 279p.; pp. 71 – 72.

República. De esta forma, “se trata de una noción más amplia o más lejana que la representada por los lugares de residencia, trabajo o recreo, las cuales, al tratarse de esferas más cercanas, ya estarán protegidas por otros derechos (vida, libertad, intimidad, propiedad). Y será tan amplio como sea previsible una afectación al mismo”²⁷⁷.

En segundo lugar se establece el deber del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de preservar la naturaleza. En relación al segundo deber se inserta la institución en estudio. En la exposición de fundamentos para legislar se señala que el derecho real de conservación sería una forma de dar cumplimiento a este deber positivo del Estado²⁷⁸. La doctrina chilena concuerda con esta aseveración²⁷⁹. Este deber del Estado además se complementa con lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República que señala: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Son numerosos los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o aplicaciones de él a aspectos concretos. En forma general, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12°, letra b) impone a los Estados el deber de tomar medidas para asegurar el mejoramiento del medio ambiente²⁸⁰.

Finalmente, el artículo 19° N°8 agrega la posibilidad de limitar otros derechos constitucionales. Esta limitación debe ser específica, debe limitar derechos determinados y sólo debe dirigirse a la protección ambiental. Además, estas restricciones a libertades constitucionales son de competencia exclusiva del legislador

²⁷⁷ *Ibíd.* p. 83.

²⁷⁸ CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. pp. 5 -6.

²⁷⁹ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* pp. 206 - 207.

²⁸⁰ CHILE. Constitución Política de la República. Anotada, concordada y con jurisprudencia por Emilio Pfeffer Urquiaga. Segunda Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2011a. 1039p. (Colección de códigos anotados, concordados y con jurisprudencia;1); p. 140.

y, en ningún caso, pueden limitarse los derechos por un simple Instructivo Presidencial²⁸¹. En relación al derecho real de conservación se estima que se cumplen cada uno de los requisitos.

El proyecto de ley destaca el carácter voluntario del gravamen para argumentar que “si el referido artículo 19° N° 8° autoriza a imponer forzosamente restricciones específicas a ciertos derechos o libertades con fines ambientales, con mayor mérito todavía podrá limitarse el derecho de propiedad cuando así lo decide voluntariamente el dueño”²⁸².

Uno de los derechos constitucionales que se ve limitado por el derecho real de conservación es el de propiedad. La Constitución Política de la República señala en lo pertinente:

“Art. 19°: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

El inciso primero del citado artículo garantiza que el derecho real de conservación estará protegido jurídicamente como objeto del derecho de propiedad, toda vez que es un bien incorporal.

El inciso segundo señala que el estatuto jurídico de los bienes es materia de ley. En general, las disposiciones relativas a los derechos reales se encuentran en el Código Civil, “el legislador posee un significativo margen de discreción o autonomía para elegir la regulación que le parezca más justa y eficiente. No obstante, tal autonomía está limitada por los valores, principios y reglas que sobre el particular

²⁸¹ C. Suprema, 19 de marzo 1997, R.G.J., N° 203, pág. 210. R.D.J., t. 94, sec. 5, pág. 17, citada por Ibíd. p. 170.

²⁸² CHILE. Cámara de Diputados. 2008a. p. 6.

establece la Constitución Política²⁸³. En especial conviene recalcar el Artículo 19° N° 26 de la Constitución Política cuya disposición debe guiar cualquier limitación que se imponga a los derechos constitucionales:

“Art. 19°: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El inciso segundo del Artículo 19° N° 24 de la Constitución Política también autoriza expresamente a imponer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad. La palabra limitación debe entenderse, según su sentido natural y obvio, como “acordar, cerrar o restringir”, de esta forma suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales²⁸⁴. Don Enrique Evans de la Cuadra señala que la Constitución de 1980 redujo el ámbito en el que pueden imponerse limitaciones al dominio, señalando expresamente las situaciones en las que proceden, así “todo bien jurídico, cualquiera sea su trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de los ahorrantes, de afiliados previsionales, u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control, o de sanción; pero la Constitución sólo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional”²⁸⁵.

El derecho real de conservación puede subsumirse en una de las situaciones que expresamente señala la Constitución Política para limitar el dominio, cual es, la

²⁸³Intervención de Patricio Zapata Larraín, profesor de Derecho Constitucional, en CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 16.

²⁸⁴ Tribunal Constitucional, 2 diciembre 1996, Roles N° 245 y 246, R.D.J., t. 93, sec. 6, pág. 138. Citado por CHILE. Constitución Política de la República. 2011a. p. 191.

²⁸⁵ Tribunal Constitucional, 21 agosto 2001, Rol N° 334, R.D.J., t. 98, sec. 6, pág. 137. Citado por Ibíd, p. 192.

conservación del patrimonio ambiental. Como éste gravamen a la propiedad emana de la función pública inherente a ella, no es procedente una indemnización como lo sería en el caso de una expropiación. Además, debe consignarse que en el caso de la expropiación, la limitación es impuesta a los dueños del terreno por el Estado, mientras que en el caso del derecho real de conservación se decide restringir la propiedad voluntariamente. Se ha argumentado que si el legislador permite imponer limitaciones a la propiedad en función de la conservación del patrimonio ambiental, con mayor razón se permite imponer gravámenes voluntarios.

No obstante, el profesor Patricio Zapata considera que el derecho real de conservación no es una limitación a la propiedad sino que es una nueva forma de regular los bienes, sostiene que “aún cuando, desde el punto de vista del derecho civil, miradas las facultades del propietario, este derecho real limita o acota su haz de poderes, se trata de una autolimitación libre, que desde el punto de vista constitucional, marca una diferencia cualitativa con las interferencias de afuera”²⁸⁶.

Sin importar si se considera que el derecho real de conservación constituye una limitación a la propiedad o una nueva forma de regular los bienes, se debe concluir que la institución jurídica en estudio es coherente con el artículo 19° N° 24 de la Constitución Política, ya que cumple con los requisitos para cada una de ellas. Por un lado, si se considera que es una limitación al derecho de propiedad, puede subsumirse dentro de la conservación del patrimonio ambiental, y al ser creado por ley, cumple los requisitos constitucionales. Por otro, si se considera que es una forma de regular los bienes cumple con el requisito de ser impuesto por ley.

En ambos casos, puede afirmarse que el derecho real de conservación no afecta al derecho de propiedad en su esencia. Se ha entendido que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que ya no es reconocible y que se “impide el libre ejercicio” del derecho cuando el legislador lo somete a tales exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran

²⁸⁶ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 16.

más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica²⁸⁷. El derecho real de conservación no hace al derecho de propiedad irreconocible ni lo somete a exigencias irrealizables, ya que si bien puede limitar la facultad de uso y goce del predio, siempre se podrá estipular la posibilidad de realizar diversas actividades económicas y productivas que sean compatibles con el gravamen. En cualquier caso subsistirá la facultad de disposición, constituyendo un gravamen de carácter voluntario.

Otros derechos garantizados constitucionalmente pueden esgrimirse para justificar al derecho real de conservación, por ejemplo, el derecho a la vida (Artículo 19 N° 1) y el derecho a la protección de la salud (Artículo 19 N° 9). De ellos se puede colegir que “la implementación de nuevas herramientas de conservación ambiental resulta positivo y recomendable no sólo para proteger nuestro patrimonio ambiental y biodiversidad sino también para mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional”²⁸⁸.

De lo dicho, se deduce que el derecho real de conservación no puede estimarse como inconstitucional. Se puede concluir, junto con Peñailillo, que varios cuerpos legales, entre ellos la Constitución, “no sólo ensamblan con un derecho de esta naturaleza sino que en su vigencia parece encontrarse una realización más de la vigorosa proclama de protección ambiental que esos textos contienen”²⁸⁹.

2. Utilización como medida de compensación de impacto ambiental

Las medidas de mitigación, compensación y reparación se han definido en el derecho comparado como “la implementación o aplicación de cualquier política, estrategia, obra y/o acción tendiente a eliminar o minimizar los impactos adversos que pueden presentarse durante las etapas de ejecución de un proyecto (construcción,

²⁸⁷ Tribunal Constitucional, 24 febrero 1987, Rol N° 43, R.D.J., t. 84, sec. 6, pág. 4. Citado por CHILE. Constitución Política de la República. 2011a. p. 195.

²⁸⁸ CARVAJAL Gómez, Ignacio. *Op. Cit.* p. 207.

²⁸⁹ PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. *Op. Cit.* pp. 4 - 5.

operación, terminación) y mejorar la calidad ambiental aprovechando las oportunidades existentes²⁹⁰.

Por tanto, se puede señalar que las medidas de mitigación, compensación y reparación son las acciones que buscan aminorar, eliminar o remediar el impacto que se causa en el ambiente natural o social al realizar un proyecto. Se busca reducir la vulnerabilidad de un sistema, eliminando los riesgos que a largo plazo se puedan producir para la vida humana y los bienes materiales producto de la realización de una actividad peligrosa.

Como acciones a desarrollar se pueden nombrar las siguientes²⁹¹:

- a. Evitar el impacto: puede traducirse en no ejecutar en todo o en parte un proyecto o actividades que se sabe causarán efectos nocivos.
- b. Minimizar el impacto: limitar la extensión, magnitud, grado o duración del impacto.
- c. Rehabilitar: remediar los impactos producidos mediante la reparación o mejoramiento del recurso afectado.
- d. Restaurar: devolver los recursos afectados a su estado inicial.
- e. Reemplazar: compensar el impacto producido con la creación o protección del mismo recurso en otro lugar.

Además, el enfoque moderno tiende a aumentar los impactos positivos que se generan en el ambiente, mediante las siguientes acciones:

- a. Mejorar: incrementar la capacidad de un recurso existente.

²⁹⁰ WEITZENFELD, Henyk. Manual Básico sobre evaluación del impacto en el ambiente y la salud. [en línea] Segunda edición. Metepec, México. Centro panamericano de Ecología Humana y Salud, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. 1996. Capítulo 11. <<http://www.bvsde.ops-oms.org/bvsaia/fulltext/basico/031171-13.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]; Capítulo 11-2. Medidas de Mitigación.

²⁹¹ Ibíd.

- b. Aumentar: incrementar el área o tamaño de un recurso ambiental existente.
- c. Desarrollar: crear recursos ambientales donde no los hay.
- d. Diversificar: incrementar la mezcla o diversidad de hábitats, especies u otros recursos ambientales en una determinada área.

En nuestro derecho, las medidas de mitigación, compensación y reparación del impacto ambiental se circunscriben a la Evaluación de Impacto Ambiental. El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental²⁹² trata en su Título VI del Plan de medidas de mitigación, reparación y compensación y en él se definen cada una de estas medidas.

Las medidas de mitigación son aquellas que buscan evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, en cualquiera de sus etapas. Se clasifican en dos tipos: i) aquellas que impiden o evitan completamente el efecto adverso, mediante la no ejecución de una obra o de alguna de sus partes y; ii) aquellas que minimizan o disminuyen el efecto adverso, mediante la limitación o reducción de la magnitud o duración de la obra o de alguna de sus partes, o mediante la implementación de medidas específicas. Las medidas de reparación o restauración tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente afectados en una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, si no es posible, restablecer sus propiedades básicas. Las medidas de compensación buscan generar un efecto positivo alternativo y equivalente al efecto adverso producido. Incluye el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad. Estos dos últimos tipos de medidas sólo pueden llevarse a cabo en el lugar en que el proyecto produce los efectos negativos²⁹³.

²⁹² CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto N° 30. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 1997. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/vupw>> [consulta: 5 octubre 2012]

²⁹³ *Ibíd.* Artículos 58-61.

El artículo 10º de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, complementado por el artículo 3º del Reglamento, señala los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental y que, por esto, deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, entre los que se cuentan los acueductos o embalses, las líneas de transmisión eléctrica, las centrales generadoras de energía, los puertos y aeropuertos, los proyectos industriales e inmobiliarios, los proyectos de desarrollo minero, los gasoductos, las instalaciones metalúrgicas, agroindustrias y mataderos, proyectos de desarrollo forestal, entre otros. Como se puede ver la gama de actividades que deben someterse al sistema es bastante amplia²⁹⁴.

Por su parte, el artículo 11º, complementado por los artículos 4º al 11º del Reglamento, señala que los proyectos o actividades enumerados requieren la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental si: presentan riesgo para la salud de la población; efectos adversos sobre la cantidad y calidad de recursos naturales renovables; reasentamiento de comunidades humanas; se localizan en las proximidades de poblaciones, recursos y áreas protegidas, humedales protegidos o glaciares; alteración del valor paisajístico o turístico de una zona; alteración de monumentos arqueológicos o históricos, entre otros²⁹⁵.

Finalmente, en relación a las medidas en cuestión señala el artículo 13º que “los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental”²⁹⁶.

En relación a estos artículos, si un proyecto o actividad de los mencionados genera algunos de los riesgos que enumera la ley, debe proponer, ex ante, medidas de mitigación, compensación o reparación del impacto ambiental para que su proyecto sea aprobado. A su vez, para que un Estudio de Impacto Ambiental se apruebe, debe hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias que genera, proponiendo

²⁹⁴ CHILE. Ley N° 19.300. 1994. Artículo 10.

²⁹⁵ *Ibíd.* Artículo 11.

²⁹⁶ *Ibíd.* Artículo 13.

diversas medidas de mitigación, compensación o reparación. Si no lo hace, será rechazado²⁹⁷.

La creación de parques o lugares de protección a la biodiversidad son comunes como medida de compensación entre las empresas chilenas. Como ejemplo, podemos mencionar la Red de Parques de la empresa forestal Arauco, de la cual ya se ha hecho referencia al Parque Oncol. Esta red de parques se compone de 1.200 hectáreas de bosque nativo entre las regiones del Maule y de Los Ríos destinadas exclusivamente a la conservación, restauración e investigación. En general son parques abiertos a la comunidad y se mantienen mediante convenios con instituciones dedicadas a la preservación de la flora y fauna nativa. Otro ejemplo es el Parque Jorge Alessandri de la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC). El parque se inauguró en 1993 en la comuna de Coronel, Región del Biobío, lugar donde se encuentran las mayores instalaciones de la forestal y se ha acogido a la ley de donaciones culturales para llevar a cabo algunos proyectos. Desde 2000 el parque está enfocado en la educación, teniendo como objetivos dar a conocer el trabajo del sector forestal y su contribución a la economía del país, crear conciencia por el cuidado del medio ambiente y generar vínculos entre CMPC y la comunidad.

En este sentido, se podría incorporar el derecho real de conservación como medida de compensación del impacto ambiental. Esto es, los proyectos que generen algún impacto ambiental pueden proponer la creación de un derecho real de conservación en un lugar susceptible de protección, ejecutando las acciones de reemplazo, mediante la compensación del impacto producido con la protección de un recurso en otro lugar, y de diversificación, incrementando la diversidad de hábitats, especies y recursos en una determinada área.

En la Comisión de Recursos Naturales se discutió esta posibilidad. El diputado Jorge Teillier formuló una indicación para agregar un inciso que señalara “en ningún caso el derecho real de conservación podrá ser ocupado como medida de mitigación o compensación”²⁹⁸. Fundamentó su propuesta en que no se podía permitir que una

²⁹⁷ *Ibíd.* Artículo 16.

²⁹⁸ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 23.

empresa constituya este derecho real en un lugar y esto la habilite para contaminar en otro.

Otros diputados señalaron estar en desacuerdo, dado que se “consideró más efectivo que el derecho real de conservación puede ser usado con este propósito y que exista una institución independiente de la empresa a cargo para exigir el cumplimiento de las normas, velar por la mantención del predio, de la limpieza, lo que constituye una herramienta efectiva”²⁹⁹. Además, el diputado Vallespín, señaló que precisamente la finalidad de las medidas de mitigación era generar efectos positivos equivalentes a un efecto adverso identificado y que, aprobar la indicación propuesta, significaría que el derecho real de conservación perdería su potencia como instrumento.

Finalmente se rechazó la indicación. De lo que se deduce que no sólo se planteó la opción sino que se quiso que el derecho real de conservación pudiera ser utilizado como medida de compensación del impacto ambiental producido. La doctrina está de acuerdo con esta conclusión, señalando que “se provee a los titulares de proyectos de instrumentos adicionales a incorporar en su batería de herramientas para mitigar, reparar y compensar el impacto de su proyecto en el ambiente”³⁰⁰.

Por otra parte, podría ocurrir la situación inversa, es decir, que las empresas que lleven a cabo algún proyecto constituyan un derecho real de conservación sobre sus terrenos para así obtener la protección que dicho derecho brinda para desarrollar su actividad productiva con tranquilidad.

Como ya se mencionó uno de las ventajas de este derecho es que permite conjugar la conservación del predio con las actividades productivas del mismo. Y en efecto, en los gravámenes obligatorios que señala el artículo 7° del proyecto de ley se señala, por ejemplo, la obligación de mantener y administrar el predio de forma tal que

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ COMPETENCIA, REGULACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (CORE). Derecho real de conservación como alternativa para la compensación en la utilización de recursos naturales. [en línea] Santiago, 2009. <<http://www.core.cl/destacado/2009/04/27/derecho-real-de-conservacion-como-alternativa-para-la-compensacion-en-la-utilizacion-de-recursos-naturales/>> [consulta: 12 octubre 2012]

se aprovechen los recursos racionalmente o la obligación de ejecutar un plan de manejo con miras al aprovechamiento racional de los recursos.

Por tanto, sería perfectamente posible que una empresa, propietaria del terreno donde realizará su actividad, constituya un derecho real de conservación sobre el predio, obligándose a usar de forma racional los recursos y, obteniendo a cambio, la protección que otorga el derecho, es decir, imposibilidad de destinar el bien raíz a otro uso, imposibilidad de modificar el uso del suelo por 40 años, aprobación de su estudio de impacto ambiental, entre otros.

Como no se contemplan mayores controles gubernamentales, la responsabilidad quedará en manos de la organización que acepte ser titular de este derecho real. Debiendo denunciar las acciones de la empresa que no tiendan al uso racional de los recursos y que atenten contra la protección del medio ambiente como un incumplimiento del contrato constitutivo del derecho real. De no ser así, puede prestarse para abusos contrarios al espíritu de la institución.

3. Control de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Como se dijo, en la regulación del derecho real de conservación, no se contemplan mayores controles del cumplimiento de los fines y de las obligaciones que impone el contrato constitutivo. Estos aspectos se dejan en manos de la organización que será titular del derecho real, correspondiéndole velar por el monitoreo del predio, su administración y control.

Del espíritu de la legislación se desprende que la finalidad es no someterla a controles externos evitando engorrosos trámites a los contratantes y dejar la regulación de éste derecho circunscrita al ámbito privado. Sin embargo, puede ser importante para el desarrollo y la eficacia del derecho real de conservación contar con un organismo que fiscalice su cumplimiento luego de su constitución y que no esté inmiscuido en las actividades cotidianas del predio, teniendo facultades de fiscalización y de sanción ante el incumplimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico carecía de una institución especializada de tales características hasta que la reforma de 2010, que establece una nueva

institucionalidad ambiental, creó la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) como órgano fiscalizador y sancionador³⁰¹. La SMA es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.

El artículo 2° de su ley orgánica señala que “la Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objetivo ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”. Con todo, los organismos sectoriales que con anterioridad cumplían funciones de fiscalización conservarán sus competencias en aquellas materias que no sean de competencia de la SMA.

Entre las atribuciones no se contempla ninguna relacionada con las áreas protegidas privadas. El proyecto de ley tampoco contempla otorgarle nuevas atribuciones a la superintendencia con motivo de la creación del derecho real de conservación. En las actuales condiciones puede sostenerse que la SMA tendrá competencia para conocer del derecho real de conservación solo si éste se incluye dentro de una Resolución de Calificación Ambiental (en caso de utilizarse como forma de compensación de impacto ambiental, por ejemplo) o si se enmarca en un plan de manejo de recursos naturales renovables³⁰². Además, existe una regla residual en la

³⁰¹ La Superintendencia del Medio Ambiente se crea mediante la Ley 20.417. CHILE. Ley N° 20.417. Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 2010b. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. < <http://bcn.cl/4r5q>> [consulta: 5 de octubre de 2012]

³⁰² CHILE. Ley N° 19.300. 1994. Artículo 42: “El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a. Mantención de caudales de aguas y conservación de suelos;
- b. Mantención del valor paisajístico, y
- c. Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37.

letra t) del artículo 3° de su LOC que le otorga competencia para fiscalizar los demás “instrumentos de carácter ambiental, que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado”, por tanto si el derecho real de conservación se encuadra en otro instrumento de carácter ambiental puede encontrarse dentro de la esfera de fiscalización de la SMA.

La SMA parece ser el órgano fiscalizador con competencia ambiental que podría ayudar a que se cumplan efectivamente las obligaciones estipuladas en el contrato constitutivo del derecho real de conservación, además de mejorar la eficiencia del derecho al evaluar la idoneidad del plan de gestión para la conservación del predio, optimizar la administración y, en definitiva, el cumplimiento de los fines que motivaron a los titulares a constituir tal derecho.

Confirman el aserto las variadas facultades de fiscalización de la SMA que incluyen realizar inspecciones en terreno, mediciones y análisis, ingresar a los inmuebles, recintos o establecimientos, públicos o privados, en los cuales se realicen actividades objeto de fiscalización, revisar las instalaciones y solicitar al propietario los antecedentes que sean necesarios para la investigación, sin que estos puedan negarse a proporcionársela. Como contrapartida, los fiscalizados pueden denunciar las conductas abusivas o no sujetas al objeto de la fiscalización de los funcionarios y estos tienen la obligación de guardar la debida confidencialidad de la información obtenida.

Además, la SMA puede imponer sanciones cuando existan infracciones debidamente corroboradas, lo que le da mayor efectividad al proceso. Las infracciones se clasifican en gravísimas, graves y leves y las sanciones van desde una amonestación por escrito, multas de 1 a 10 mil UTA hasta la clausura temporal o definitiva del establecimiento.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental”.

Actualmente, esta atribución no se encuentra vigente dado que no se ha aprobado la ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres protegidas.

Para su aplicación, se contempla un procedimiento sancionatorio que puede iniciarse por denuncia o de oficio e incluye la posibilidad de que el infractor presente un programa de incumplimiento en caso de autodenuncia, de que tanto el afectado como el infractor presenten descargos y pruebas, medidas provisionales y recursos ante la misma SMA o ante los Tribunales Ambientales. Además, la Superintendencia llevará un registro público de los infractores, la naturaleza de la infracción y las sanciones aplicadas que estará a disposición de cualquier persona que lo requiera.

Como se ve, para el derecho real de conservación sería útil que la SMA tuviera competencias para fiscalizar el cumplimiento del contrato constitutivo. La posibilidad de ser fiscalizado y multado evitaría la constitución de éste derecho en fraude a sus principios y al espíritu de la legislación, lo que puede no ser de rara ocurrencia en caso de masificación del derecho, como nos demuestra la experiencia comparada. Además, se debe considerar el interés que tiene la sociedad en que este derecho real no se constituya en forma fraudulenta entorpeciendo así otros derechos constituidos sobre el predio o la planificación territorial, sobre todo si se constituye por un número considerable de años. Por otra parte, inicialmente no existirá fe pública respecto a los titulares del derecho real de conservación por lo que su fiscalización podría ser una buena forma de otorgársela, especialmente con el registro de infractores que, a la vez, orientará a los propietarios de terrenos sobre la conducta del titular con el cual se está contratando.

Sin embargo, el otorgamiento de competencias a la SMA no está exento de objeciones. Por un lado, las resoluciones de la SMA pueden ser reclamadas por los particulares afectados ante los Tribunales Ambientales, según el artículo 17° N°3 de la ley que los crea³⁰³. Esto podría generar problemas de competencia, ya que el proyecto de ley en estudio le otorga facultades a los tribunales ordinarios para resolver las contiendas entre las partes. Por tanto, tendríamos una situación en la cual, las controversias que se susciten entre las partes deberán ser conocidas por los tribunales

³⁰³ CHILE. Ley N°20.600. Ley que crea los Tribunales Ambientales. 2012. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=1041361&f=2012-06-28&p=>> [consulta: 5 de octubre de 2012]

ordinarios con competencia civil y las controversias que se susciten por la fiscalización de la SMA deberán conocerse en los tribunales ambientales.

Por otro, el carácter privado de la institución es un obstáculo relevante para el otorgamiento de competencias a la SMA. Las facultades de dicho organismo se refieren en general a la fiscalización de las relaciones entre la autoridad y los privados así, se fiscaliza el cumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental y el sometimiento de los proyectos a la Evaluación de Impacto Ambiental, entre otros. En el caso del derecho real de conservación se trata de un acuerdo entre privados sin ninguna intervención estatal, por lo que no le correspondería a la SMA intervenir.

Por otra parte, se debe considerar un argumento práctico, según el cual agregar más facultades a la SMA -sobre todo una como la fiscalización de acuerdos de privados con las complejidades que puede involucrar- podría sobrecargarla de trabajo y, probablemente, enlentecerlo, lo que podría derivar en ineficiencia al hacer impracticable el cumplimiento de sus diversas funciones, considerando los fondos destinados para tal fin.

En conclusión, fiscalizar un acuerdo entre privados implica un gasto de dineros públicos que requiere de una decisión política. En virtud de ésta, se elevarían los objetivos de conservación a un fin último que ameritan la intromisión de organismos estatales para su fiscalización y sanción. Es necesaria una ponderación de las ventajas y desventajas de otorgarle competencias a la SMA ya que, por muy loable que sea para el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes, puede desfigurar la institución.

4. Compatibilidad con la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

Actualmente existe en el Congreso Nacional un proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas

Silvestres Protegidas, iniciado por Mensaje Presidencial en el Senado e ingresado en marzo de 2011³⁰⁴.

Este proyecto se enmarca dentro de la nueva institucionalidad ambiental, la cual contempla al Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales. El Sistema de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas viene a hacerse cargo de un sistema de protección de la biodiversidad estatal segmentado y disperso, que entregaba competencias a organismos sectoriales. Actualmente, CONAF es el organismo que tiene a su cargo el SNASPE, un sistema con múltiples deficiencias que ya se han mencionado.

El proyecto tiene por objeto “proteger la diversidad biológica, preservar la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental del país”, lo que es plenamente coherente con las políticas de la ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y también con los objetivos del proyecto de ley en estudio, por tanto es coincidente con el derecho real de conservación, tal como se mencionó en la discusión de la Comisión de Recursos Naturales³⁰⁵.

El Sistema de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas regulará el sistema de protección de la biodiversidad estatal, por esta razón, es necesario que exista plena coordinación con la regulación de la protección de la biodiversidad privada que actuará como un complemento necesario al actuar del Estado.

En este sentido, es posible que las áreas protegidas privadas se superpongan con las áreas protegidas públicas a cargo de este servicio. Por esto, se ha propuesto que se incluya al Servicio de la Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas como entidad susceptible de ser titular de un derecho real de conservación.

Lo anterior puede conjugarse con la posibilidad de constituir derechos reales de conservación en las zonas aledañas a las áreas protegidas, creando así “zonas de amortiguación” que asegurarían la protección de la biodiversidad y el medio ambiente

³⁰⁴ CHILE. Senado. Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas. Boletín N° 7487-12. Legislatura ordinaria 358°. Sesión 90° de 1 de marzo de 2011d.

³⁰⁵ CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 23.

y, a la vez, evitarían el desarrollo de proyectos de desarrollo que podrían afectar el resguardo de éstas áreas³⁰⁶.

Por otra parte, es necesario que el registro que llevará el Ministerio del Medio Ambiente de la constitución, modificación y terminación de los derechos reales de conservación, esté a disposición del Servicio de la Biodiversidad para facilitar la coordinación.

A su vez, este proyecto regula no sólo la parte institucional sino también los diversos instrumentos de gestión ambiental, entre los que se crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

En relación a esto, se ha propuesto que se incluya al derecho real de conservación como un instrumento de gestión ambiental en biodiversidad que complemente a las áreas protegidas estatales³⁰⁷. El Servicio de la Biodiversidad debe fiscalizar los instrumentos de gestión ambiental por lo que podría proponerse que también ejerza la fiscalización de este derecho real.

Todo lo anterior considerando que entre las funciones del Servicio de la Biodiversidad se contempla “fomentar e incentivar la creación de áreas silvestres protegidas de propiedad privada”³⁰⁸.

Por su parte, la doctrina ha propuesto que el Servicio de Biodiversidad podría cumplir una función de apoyo y asesoría técnica para los propietarios y titulares que deseen constituir un derecho real de conservación³⁰⁹.

³⁰⁶ Intervención de Rodrigo Benítez Ureta, secretario subrogante del Medio Ambiente, en CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 22.

³⁰⁷ Intervención de María Ignacia Benítez, Ministra Presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) en CHILE. Cámara de Diputados. 2010a. p. 10.

³⁰⁸ CHILE. Senado. 2011d. Artículo 5 letra c.

³⁰⁹ CRUZ Gantes, José Manuel. *Op. Cit.* p. 396.

CAPÍTULO V. APLICACION DEL DERECHO REAL DE CONSERVACION AL SECTOR ELECTRICO Y MINERO

Se ha analizado el derecho real de conservación y sus principales caracteres tanto en el derecho comparado como en el proyecto de ley chileno que busca incorporarlo al ordenamiento jurídico nacional. Luego, se han desarrollado diferentes aspectos en los cuales la regulación de éste derecho puede ser deficitaria, produciendo resultados poco satisfactorios en relación a las finalidades del mismo y se han descrito los ámbitos e instituciones de nuestra legislación con los cuales el derecho real de conservación podría relacionarse, producir efectos y, eventualmente, entrar en conflicto, con especial mención a la nueva institucionalidad ambiental implementada recientemente.

No obstante, hay un área específica del ordenamiento jurídico en la cual se presume que el derecho en estudio tendrá implicancias, cuales son, las actividades de desarrollo y extractivas. Estas actividades históricamente se han considerado reñidas con la protección y preservación del medio ambiente debido a su necesidad de usar el suelo en forma intensiva, entre otros factores.

En el derecho comparado las servidumbres de conservación han coexistido con las actividades extractivas y se han ideado mecanismos para que no se afecten mutuamente. Si bien el régimen legal no es idéntico al chileno, las soluciones adoptadas pueden tenerse como referencia. Estas se basan en la negociación entre privados, buscando el necesario equilibrio entre ambos derechos. De no ser posible o de ser dificultoso, los titulares de la servidumbre ecológica han optado por aprovechar una de sus principales características: la flexibilidad. Gracias a esta se puede diseñar una servidumbre funcional a los objetivos propuestos, adaptándola ya sea en cuanto a

distribución del terreno protegido o en cuanto a medidas de conservación y protección³¹⁰.

³¹⁰ En Norteamérica, la situación de los derechos sobre minerales y otras sustancias (petróleo, gas, aguas, entre otros) es especial dado que se divide la propiedad del suelo y el subsuelo (al igual que en nuestro derecho). Sin embargo, para obtener la propiedad del subsuelo no se debe seguir un procedimiento especial destinado a obtener una concesión sino que se atiende al título que transfiere el dominio. Si éste nada dice, se entiende que la propiedad del subsuelo se traspasa con la propiedad del suelo. Pero el título puede estipular la reserva del dominio de la propiedad minera, en cuyo caso ésta se separa de la propiedad del terreno superficial.

En caso de división de la propiedad del suelo y del subsuelo se consagran ciertos derechos para cada propietario. El dueño del segundo tiene la potestad de ingresar al terreno para explorar y explotar y puede alterar, prudentemente, la superficie del terreno para la extracción de los minerales. El dueño del terreno superficial puede exigir una razonable adaptación y acomodo de las instalaciones con el fin de evitar un perjuicio innecesario pero no puede obstaculizar la extracción de los minerales.

La división de la propiedad del suelo y de la propiedad minera con anterioridad no impide la constitución de una servidumbre de conservación. Si se constituye, el "land trust" no puede evitar las acciones del tercero, no siéndole imputable la destrucción del medio ambiente que se produzca con ocasión de la extracción de minerales, pero si puede celebrar acuerdos con el propietario del subsuelo para proteger los valores conservativos del terreno al tener un legítimo interés en la propiedad. En el caso inverso, un propietario dueño de los derechos del suelo y del subsuelo puede constituir una servidumbre de conservación reservándose el dominio de éste último. Quedará a discreción del "land trust" si acepta ser titular de una servidumbre de éste tipo o si exige que los derechos sobre los minerales también se afecten al gravamen.

La reserva de la propiedad del subsuelo o minera tiene efectos relacionados con la deducción de impuestos. El Código de Rentas Internas de Estados Unidos (Internal Revenue Code Sección 170 (h)(5)(B)) señala que ningún tipo de minería superficial está permitida. Un terreno no califica para la deducción tributaria si "en cualquier momento puede haber extracción o remoción de minerales por métodos de minería superficial". Con todo, se estableció en 1997 una regla especial según la cual, si se reserva la propiedad del subsuelo o ésta pertenece a otra persona aún se puede obtener un incentivo tributario si el contribuyente demuestra que la probabilidad de realizar actividades mineras en la superficie es tan remota que puede considerarse insignificante. En la práctica, la forma de demostrar esta probabilidad será caso a caso mediante estudios geológicos, geofísicos u económicos.

El reglamento de Tesorería (Treasury Regulation §1170A-14 (g)(4)(i)), instrumento que recoge la interpretación oficial del Código de Rentas Internas, ahonda en los requisitos para ser elegible para la deducción de impuestos. Señala que no se cumple el requisito si cualquier método de minería, inconsistente con los particulares propósitos de conservación de la servidumbre, está permitido en cualquier momento. La norma da relevancia a los propósitos de conservación pero contradice la regla del Código de Rentas Internas ya que extiende la prohibición a cualquier método de minería y no sólo a la superficial. Sin embargo, el reglamento luego señala que una deducción "no será denegada en el caso de ciertos métodos de minería que puedan tener un impacto limitado y localizado en el inmueble pero que no sean irremediablemente destructivos de los intereses de conservación importantes". En la práctica, se aplica esta última interpretación ya que conjuga en forma equilibrada las necesidades del dueño del predio con la necesidad de conservar los terrenos dignos de protección.

En el derecho norteamericano, la propiedad del subsuelo puede o no estar en manos de un tercero. Esto se conoce de antemano lo que es favorable para la servidumbre de

En Chile, las actividades extractivas o de desarrollo tienen una normativa especial, propia para cada una de ellas, regulándose incluso su ejercicio en la Constitución de la República en el caso del sector minero, dada la importancia que revisten para el país. Se estima que son actividades de interés nacional toda vez que son fundamentales para sostener el crecimiento y desarrollo económico del país, pueden comprometer la seguridad nacional y el orden público y satisfacen necesidades básicas de toda la población. Por esta razón, el interés de nuestra legislación es el fomento de dichas actividades por sobre otras, otorgándoles derechos y prerrogativas bastante fuertes que justifiquen la alta inversión y sujeción a cargas públicas especiales.

Nuestra legislación ambiental busca regular el ejercicio de las mencionadas actividades para lograr el uso eficiente de los recursos, de modo que se conformen con la necesaria protección a la biodiversidad y el medio ambiente, lo que incluye desde la declaración de áreas protegidas en las cuales no pueden realizarse actividades

conservación ya que pueden tomarse las medidas necesarias para asegurar la protección del predio. Sin duda, genera una dificultad que ambas propiedades se radiquen en distintas manos, sin embargo la regulación no consagra ninguna preferencia determinante por alguna actividad, lo que en la práctica se traduce en la prevalencia de aquella que se constituya primero. Finalmente, todo se deja en manos de los titulares de la servidumbre, sobre todo del "land trust" que decide si acepta sostener un gravamen en tales condiciones, con la posibilidad de que se desarrollen actividades que afecten a la conservación del predio. La denegación de incentivos tributarios es un poderoso desincentivo para la constitución de servidumbres en estas condiciones, lo que hace que los titulares busquen formas de incluirse en las excepciones que contemplan la ley y el reglamento.

Con miras a esto, los "land trust" proponen estrategias y opciones para los propietarios que no poseen o desean reservarse la propiedad del subsuelo y a la vez, quieren ser acreedores del beneficio tributario garantizado por la ley federal para la constitución de la servidumbre ecológica. Como opciones se mencionan negociar con el dueño del subsuelo para celebrar acuerdos de uso de la superficie o contratos de arrendamiento de esta, negociar la subordinación de la propiedad minera a la servidumbre ecológica constituyendo al "land trust" como garante o negociar la venta de dicha propiedad. En caso de no ser factible la negociación o de no llegar a un resultado satisfactorio, los "land trust" recomiendan dos opciones: i) documentar con estudios técnicos que las posibilidades de explotación minera son insignificantes o que habiéndola tiene un impacto limitado en el inmueble que no afecta los valores ecológicos que se quieren proteger, o ii) delinear la servidumbre de modo tal que no incluya a los yacimientos mineros ni la parte del predio que tiene posibilidades de ser explotada.

La experiencia de Estados Unidos demuestra que la relación entre ambas actividades, si bien es reñida, puede ser abordada de una forma cooperativa. La solución adoptada es la negociación y los acuerdos entre las partes, lo que en variadas ocasiones puede mermar la protección de los valores ecológicos del predio, pero es acorde a la naturaleza de la servidumbre ecológica, es decir, un contrato entre privados.

extractivas hasta el obligado ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de toda actividad que cumpla con los requisitos señalados en la ley, por ejemplo.

El derecho real de conservación aparece como uno de los instrumentos que la legislación nacional entrega para compatibilizar ambos sectores en oposición. Sin embargo, éste no es como las demás herramientas ya existentes, principalmente porque es un derecho real, lo que implica mayores prerrogativas para su titular y, porque recae en los particulares sin la intervención del Estado, lo que facilita su uso extensivo.

Debido a lo anterior, las implicancias que tendrá en el desarrollo de las actividades extractivas serán relevantes, llegando al punto en que podrían impedir su cabal realización. Y, recíprocamente, la normativa sectorial de estas podría obstaculizar la consecución de los propósitos del derecho real de conservación haciéndolo inútil.

Por tanto, es necesario analizar cómo se relacionarán ambas normativas, determinando si el derecho real de conservación será un escudo protector de los valores conservativos de un predio que impedirá la realización de actividades que perturben al medio ambiente y la biodiversidad o si, por el contrario, dada la fuerte protección legal de la que gozan, las mencionadas actividades no verán afectado el desarrollo de sus operaciones por la constitución de un derecho real de conservación en el predio en que las labores han de realizarse.

Se desarrollará específicamente la influencia en los sectores eléctrico y minero por ser ejemplares, lo que no obsta a la aplicación de las conclusiones a otro tipo de actividades de desarrollo o extractivas en lo que sea pertinente. A continuación, se analizará la relación del derecho real de conservación con las concesiones eléctricas y mineras en Chile, en tres estadios distintos de su desarrollo: la constitución, el ejercicio y la terminación.

A. Constitución de los derechos

El primer estadio que se debe analizar es el de la constitución del derecho real de conservación y de las concesiones eléctricas o mineras. Específicamente, se busca

responder a la pregunta de si puede gravarse con un derecho real de conservación un predio en el cual se ha constituido una concesión eléctrica o minera con anterioridad y viceversa.

Una primera situación es la de un predio en el cual existe una concesión eléctrica o minera y el dueño del terreno quiere constituir un derecho real de conservación. De acuerdo a las normas analizadas, nada obsta a que esto ocurra ya que la constitución de dicho derecho es privada, por lo que sólo bastará con que el dueño del predio y un titular, de aquellos autorizados por la ley, acuerden el contrato constitutivo y señalen en él las obligaciones a las que estarán afectas cada una de las partes, cumpliendo los demás requisitos legales. Lo ideal será que en dicho contrato se contemplen formas de mitigar los efectos que las actividades eléctricas o mineras causan en el predio. Además, la empresa que desarrolla la actividad no puede ser parte en el contrato constitutivo ya que desnaturalizaría la institución, lo que no obsta a que, informalmente, se negocie y establezcan medidas de común acuerdo en favor de los valores conservativos del predio –las que podrían ser propuestas por la empresa como medidas de mitigación, por ejemplo. Por otra parte, será deber del titular velar por el cumplimiento de las estipulaciones del contrato y por la consecución de los fines del derecho real de conservación, bajo sanción de incumplimiento de contrato.

La segunda situación es la de un predio que se ha gravado con un derecho real de conservación y posteriormente se solicita una concesión minera en el mismo. De acuerdo al régimen de concesiones existentes, nada obsta a que la concesión minera se establezca en el predio ya gravado, por el principio del derecho de minería de la distinción entre el predio superficial y la propiedad minera, de consagración constitucional³¹¹. En virtud de esto, se puede otorgar la propiedad del suelo a una

³¹¹ Esta distinción se consagra en CHILE. Constitución Política de la República. 2011a. Artículo 19° N° 24 inciso 6°, en lo pertinente: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...), no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”. Ver al respecto: CHILE. Ley N° 18.093. Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras. 1982. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, leyes más solicitadas, leyes orgánicas constitucionales. <<http://www.leychile.cl/N?i=29522&f=1990-02-24&p=>> [consulta: 10 enero 2013] Artículo 2°, en lo pertinente, “las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles, distintos e

persona y esta puede ejercer todos los atributos del dominio -entre ellos imponer gravámenes al bien raíz- sin obstaculizar a la propiedad minera que es entregada, vía concesión, a otro titular. Por tanto, es posible que sobre un mismo predio exista un dueño del terreno superficial y un dueño de la propiedad minera o subsuelo de éste, y que el primero imponga gravámenes al predio como por ejemplo una hipoteca, una servidumbre o un derecho real de conservación. A la misma conclusión se llega en el caso de que la concesión que se solicita sea eléctrica, dado que la propiedad de dicha concesión es distinta a la del suelo, razón por la cual se contempla la posibilidad de imponer servidumbres sobre este último³¹².

De lo dicho se concluye que, en ambos casos, es posible la coexistencia en un mismo predio del derecho real de conservación y de concesiones eléctricas, mineras o de otro tipo. Esta conclusión no se ve desvirtuada por el artículo 15° del proyecto de ley en estudio que regula la prelación de derechos sobre el inmueble por existir en el mismo proyecto una norma especial para el caso de dichas concesiones, el artículo 7° inciso 3°. El artículo 15° establece un criterio temporal para determinar qué derechos prima sobre otros, así, si se constituyen hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios sobre todo o parte del inmueble, con anterioridad a la inscripción del derecho real de conservación, este último no puede restringirlos o alterarlos. Y viceversa³¹³. La norma especial, de gran discusión en las

independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan el mismo dueño”, y CHILE. Ley N° 18.248. Código de Minería. 1983. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=29668&f=2001-03-30&p=>> [consulta: 10 enero 2013] Artículos 1° y 2°.

³¹²CHILE. DFL N° 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía. 2007. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=258171&f=2010-02-01&p=>> [consulta: 10 enero 2013] Artículo 14°: “Las concesiones eléctricas otorgan el derecho a imponer las servidumbres a que se refiere el número 4 del artículo 2° del presente cuerpo legal”. El artículo de la referencia señala que están comprendidas en las disposiciones de la ley, N°4 Las servidumbres a que están sujetos: a) las heredades, para la construcción, establecimiento y explotación de las instalaciones y obras anexas que posean concesión, es decir, para las centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica, las subestaciones eléctricas, las líneas de transporte de energía eléctrica y las instalaciones de servicio público de distribución.

³¹³ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. p. 72. “Artículo 15° Prelación de derechos sobre el inmueble. Si se hubieren constituido hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios sobre todo o parte del inmueble, con anterioridad a la inscripción de derecho real de conservación, este último no podrá restringir, alterar, oponerse ni impedir el

Cámaras, señala que el derecho real de conservación no podrá afectar la constitución ni el legítimo ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, de las concesiones mineras, eléctricas u otros ni de las servidumbres, permisos, cargas o gravámenes que se puedan imponer, conferir o autorizar en conformidad a la normativa aplicable, sin importar la fecha de constitución³¹⁴.

Se entiende por tanto que, en la primera situación nombrada, el derecho real de conservación no puede impedir el ejercicio de los derechos que emanan de las concesiones, pero nada obsta a que éste efectivamente se constituya cuando ya existe una concesión en el predio. En la segunda situación, la existencia de un derecho real de conservación no puede impedir la constitución de una concesión eléctrica o minera.

Establecido lo anterior, se constatan una serie de diferencias en la constitución de estos derechos que pueden tener relevancia para su uso en la práctica. En relación al otorgamiento de ambos, se observa que, en el caso del derecho real de conservación, éste se constituye de forma completamente privada mediante escritura pública inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, sin la intervención de autoridad alguna. En el caso de las concesiones, sean eléctricas o mineras, se constituyen mediante decretos de la autoridad competente, es decir, el título de la concesión minera o eléctrica es un acto administrativo.

Esto genera graves asimetrías, sobre todo en cuanto a los controles que suponen, ya que en el derecho real de conservación no se establecen trámites de control externo. En esta situación, será la autoridad que otorgue la concesión -el Ministerio de Energía o la SEC en el caso del sector eléctrico o los Tribunales de

legítimo ejercicio de aquellos. Si en virtud de la ejecución de una hipoteca el bien raíz gravado fuere transferido, se extinguirá el derecho real de conservación.

En el caso que las hipotecas, servidumbres u otros derechos reales, garantías o gravámenes voluntarios fueren constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho real de conservación, aquellos le serán inoponibles, debiendo el derecho real de conservación ser íntegramente respetado por el acreedor, dueño del predio dominante y cualquier tercero, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el inciso tercero del artículo 7°

³¹⁴ CHILE. Cámara de Diputados. 2012a. pp. 68 - 69. "Artículo 7° inciso 3°: Con todo, el derecho real de conservación no podrá afectar la constitución ni el legítimo ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, de las concesiones mineras, eléctricas u otros que se otorguen de acuerdo a la ley, ni a las servidumbres, permisos, cargas o gravámenes que se puedan imponer, conferir o autorizar en conformidad a la normativa aplicable".

Justicia en el caso del sector minero- quien deberá considerar éste gravamen como un elemento más a la hora de fundar su resolución. Atendiendo a las posibilidades de oposición también hay diferencias dado que, en el caso del establecimiento de concesiones eléctricas o mineras, el dueño del predio afectado tiene la posibilidad de manifestar su oposición o hacer observaciones a la constitución de estas³¹⁵, en cambio, las empresas eléctricas o mineras no tendrán tal opción cuando se constituya un derecho real de conservación en el predio que ocupan ya que sólo se contemplan

³¹⁵ Cabe destacar que la posibilidad de que el dueño manifieste su oposición o de hacer observaciones puede verse restringida con la aprobación del proyecto de ley que introduce modificaciones al procedimiento para otorgar concesiones eléctricas (CHILE. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley que modifica Procedimiento para otorgar Concesiones Eléctricas. Boletín N°8270-08. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 21° de 3 de mayo de 2012b) que actualmente se encuentra a la espera de la aprobación presidencial y promulgación para ser ley. En dicho proyecto se señalan taxativamente las causales de impugnación y se definen en forma precisa quiénes son legitimados activos para presentar observaciones u oposiciones, con el fin de evitar dilaciones indebidas en la tramitación de las concesiones eléctricas y de agilizar el proceso. Se explica en la exposición de motivos que la modificación se sustenta en la constatación de que “cada vez con mayor frecuencia, se han utilizado las herramientas de las observaciones y oposiciones de que disponen los interesados o afectados, para introducir en el procedimiento asuntos que no dicen relación con las materias propias de la legislación eléctrica. Materias tales como alegaciones de índole ambiental o turística, si bien se estiman enteramente legítimas, escapan del ámbito de competencia de la Ley General de Servicios Eléctricos y deben ser atendidas por sus propios cauces institucionales”.

Así, se agrega un nuevo artículo 27° ter a la Ley General de Servicios Eléctricos en el que se otorga un plazo de 30 días desde la última publicación de la solicitud de concesión para formular observaciones u oposiciones ante la SEC. Las observaciones sólo podrán basarse en: 1) errónea identificación del predio afectado por la concesión o del dueño del mismo; 2) el hecho de que la franja de seguridad abarque predios no declarados en la solicitud de concesión como afectados por la misma o; 3) el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 25° (requisitos de la solicitud de concesión definitiva). Las oposiciones deberán fundarse en alguna de las circunstancias establecidas en los artículos 53° y 54° (relacionados con la procedencia y sujeción a servidumbres), debiéndose acompañar los antecedentes que las acrediten. Las oposiciones u observaciones que no cumplan con estos requisitos serán rechazadas de plano. En el mismo sentido se modifica el artículo 20° en relación a las concesiones provisionales.

Por otra parte, sólo pueden formular oposiciones u observaciones los dueños de las propiedades afectadas notificados en conformidad al artículo 27° y los interesados, para cuya definición se remite al Artículo 21° de la ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado:

“Artículo 21. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

medidas de publicidad –la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces- una vez pactado el contrato constitutivo.

B. Ejercicio de las facultades que emanan del derecho real de conservación y de las concesiones.

Como se dijo, es perfectamente posible que un predio se encuentre gravado por un derecho real de conservación y con una concesión eléctrica y/o minera, por lo que corresponde analizar cuáles serán los efectos de la coexistencia en el ejercicio de las facultades que emanan de dichos derechos.

El asunto es claro en el caso de querer ejercer las facultades que emanan del derecho real de conservación y que se oponen a la concesión existente en el predio dado que existe una solución legal. En efecto, el artículo 7° inciso 3° del proyecto de ley, ya citado, señala que el derecho real de conservación no podrá afectar el legítimo ejercicio de las concesiones mineras, eléctricas u otras otorgadas conforme a la ley. Por tanto, si el dueño o el titular desean ejecutar algunas de las acciones estipuladas en el contrato constitutivo y estas se oponen a las obras que se realizan en el predio en virtud de una concesión, les será ilícito realizarlas, y dada la imposibilidad no se entenderá que hay un incumplimiento contractual.

Desde el punto de vista de los concesionarios mineros y eléctricos es necesario hacer algunas distinciones. En primer lugar, se debe dar un tratamiento especial a una facultad que otorga el derecho minero que no requiere concesión, cual es, la facultad de catar y cavar. El artículo 14° del Código de Minería menciona el objetivo de ésta al señalar que “toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierra de cualquier dominio, salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales”. Esto se ve reforzado por el Artículo 1° inciso 2° de dicho Código.

Para dilucidar cómo se relacionará con el derecho real de conservación hay que distinguir³¹⁶:

³¹⁶ CHILE. Ley N° 18.248. Código de Minería. 1983. Artículos 15° y 16°.

- a. Si el terreno en el cual se impuso el derecho real de conservación es una casa y sus dependencias o, son terrenos plantados de vides o árboles frutales, serán predios de cateo prohibido, por lo cual, solo si se cuenta con autorización del dueño se puede ejercer la facultad. Por tanto, en este caso, no podría afectarse el derecho real de conservación constituido ya que el dueño del predio puede oponerse a ello.
- b. Si el terreno es abierto y cultivado, cerrado e inculto o cerrado y cultivado (lo común será que el predio en el cual se constituyó un derecho real de conservación sea cerrado) serán terrenos de cateo reglamentado, por lo cual el dueño del predio deberá dar su consentimiento para ejercer la facultad pero, ante su negativa, podrá solicitarse que el juez competente autorice el ejercicio de la facultad. En este caso, quedará en manos del juez ponderar los dos derechos en cuestión y decidir fundadamente.

En esta última situación, las consecuencias pueden ser graves para la consecución de los fines del derecho real de conservación, ya que la facultad de catar y cavar autoriza para examinar y abrir la tierra tanto desde dentro como desde fuera con maquinaria para tal efecto, además se permite tomar muestras, realizar excavaciones menores y en los casos en que lo amerite, imponer servidumbres sobre el predio superficial³¹⁷. De esta forma, el contrato constitutivo del derecho real de conservación puede verse burlado impidiendo sus plenos efectos. Con todo, el titular de la facultad debe indemnizar los perjuicios ocasionados lo que podría mitigar, en parte, el daño causado.

Ahora bien, para llevar a cabo las actividades eléctricas y mineras es necesario tener un título concesional que entrega las atribuciones y facultades necesarias para llevar a cabo la actividad. Estas se ejercen mediante la imposición de servidumbres en el terreno ajeno. Sin embargo, la legislación no otorga a todas las actividades de dichos sectores la posibilidad de imponer servidumbres forzosas, es decir, aquellas a las que el dueño no puede oponerse, por lo que habrán actividades que sólo pueden

³¹⁷ *Ibíd.* Artículos 19° y 20°.

ejecutar obras en terreno ajeno si pactan una servidumbre de carácter voluntario con el dueño del predio superficial.

Por otra parte, la ley consagra la preferencia de las actividades extractivas sobre el derecho real de conservación en el artículo 7° inciso 3° ya citado, por lo que, sin importar la fecha de constitución, un proyecto eléctrico o minero podrá ejercer las facultades que emanan de su concesión sobre un predio protegido por el nuevo derecho real, aunque se vulneren las finalidades contenidas en el contrato constitutivo³¹⁸.

Conjugando lo anterior, para analizar los efectos que produce la relación de estos dos derechos, es necesario distinguir entre las concesiones que tienen la facultad de imponer servidumbres forzosas y las que no la tienen, dado que de esto

³¹⁸ La prevalencia, a priori, de un sector sobre otro en casos de superposición de títulos concesionales, consagrada en el proyecto de ley que crea el derecho real de conservación se aparta de lo establecido por el legislador en otras leyes, por ejemplo, en la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica. (CHILE. Ley N° 19.657. Ley sobre concesiones de energía geotérmica. 2000. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/1cqy>> [consulta: 10 enero 2013]) La energía geotérmica en Chile también debe ejercerse por medio de concesiones que pueden ser de exploración o de explotación. Estas concesiones otorgan a sus titulares la facultad de imponer servidumbres sobre los predios superficiales, siendo del mismo tenor que las de las concesiones eléctricas. La ley autoriza la superposición de concesiones -ya que el objeto de estas es distinto- al señalar en el artículo 28° que en los terrenos comprendidos por una concesión de energía geotérmica pueden constituirse concesiones mineras, derechos de aprovechamiento de aguas, permisos de exploración de aguas subterráneas, concesiones administrativas o pueden celebrarse contratos especiales de operación para las sustancias no concesibles.

En este panorama, las actividades de las distintas concesiones pueden superponerse obstaculizando el desarrollo cabal de estas, razón por la cual, la ley entrega una solución en su artículo 28° inciso 2°: “Si las actividades de las concesiones (...), que se hayan iniciado con posterioridad a la constitución de la concesión geotérmica, afectaren su ejercicio, los titulares de ellas deberán realizar, a su exclusivo cargo, las obras necesarias para subsanar las dificultades o bien indemnizar el daño patrimonial que efectivamente le causen al titular de la concesión geotérmica”. De la situación inversa se encarga el inciso 3°: “En los predios donde existan concesiones (...), podrán constituirse concesiones de energía geotérmica. Si las actividades propias de las concesiones de energía geotérmica afectan el ejercicio de tales concesiones (...), el titular de la concesión de energía geotérmica deberá realizar, a su exclusivo cargo, las obras necesarias para subsanar las dificultades, o bien indemnizar por el daño patrimonial que efectivamente cause a los titulares de aquellas concesiones (...).”

La solución señalada privilegia las actividades que se realizaron primero en el terreno. Es importante destacar que no se da preferencia a la fecha del título concesional, es decir, a la concesión que fue otorgada primero, sino a aquella que primero realiza actividades en el predio superficial, la que primero inicia el procedimiento para constituir una servidumbre. En este sentido, no es relevante la naturaleza del título, sólo establece un criterio cronológico para determinar quién tiene prioridad de uso del suelo.

depende qué actividades tendrán una primacía absoluta sobre el derecho real de conservación y cuáles otras deberán negociar la ejecución de obras en el terreno gravado con el nuevo derecho real.

1. Relación entre el derecho real de conservación y las concesiones con servidumbre forzosa.

En el caso del sector eléctrico, las generadoras hidráulicas de energía eléctrica, las subestaciones eléctricas, las líneas de transporte y las empresas de servicio público de distribución pueden imponer servidumbres en forma forzosa. Pueden imponer servidumbres de obras hidroeléctricas, de ocupación, de cerramiento, de tránsito, servidumbres para tender líneas aéreas o subterráneas, para instalar postes o torres, entre otras. En el caso del sector minero, tanto la concesión de exploración como la de explotación dan derecho al concesionario a imponer servidumbres que, al ser legales, deben ser soportadas por el predio superficial. Las servidumbres que pueden imponerse son de ocupación, en las cuales se pueden depositar minerales, relaves y escorias o construir plantas de extracción o beneficio, sistemas de comunicación, cañerías, entre otros, o de tránsito, construyendo caminos, andaniveles, túneles, cintas transportadoras y cualquier otra instalación que sirva con dicho propósito³¹⁹.

En todos estos casos, el dueño del predio superficial no puede oponerse a la servidumbre y sólo puede negociar el monto de la indemnización, contemplándose en la ley el procedimiento en caso de no haber acuerdo.

Sólo en el ámbito eléctrico, existen limitaciones a la imposición de servidumbres. Se prohíbe establecer servidumbres de obras hidroeléctricas y de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica en edificios y, en el caso de corrales, huertos, parques, jardines o patios que dependan de edificios, sólo se permite imponer

³¹⁹ Otros derechos a los que también se les concede la posibilidad de imponer servidumbres forzosas son las concesiones de energía geotérmica (Artículo 26° de la Ley sobre concesiones de energía geotérmica, Ley N° 19.657), el derecho de aprovechamiento de aguas (Artículo 25° del Código de Aguas, DFL N°1.122) y las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas (Artículo 12° y Título IV de la Ley de Servicios de Gas, DFL N° 323).

la servidumbre de ser cruzados por líneas aéreas de distribución de energía eléctrica de baja tensión³²⁰.

Es muy probable que la imposición de estas servidumbres vulnere los fines del derecho real de conservación constituido sobre el predio superficial -reduciendo las áreas susceptibles de conservación o hasta modificando el ecosistema-, ya que en su mayoría autorizan la ocupación de los terrenos y dan la posibilidad de cerrarlos y construir en ellos o instalar embalses, estanques, cañerías, caminos, depósitos, tender líneas aéreas o subterráneas, entre otros. Las posibilidades de que se pueda continuar con la conservación del predio tal como fue pactado luego de construidas estas instalaciones son escasas.

Por esto, las posibilidades del dueño del predio para frenarlas son, en primer lugar, formular observaciones en el proceso de constitución de la concesión o, en segundo, intentar librarse de las servidumbres, procurando subsumirse –mediante prohibiciones establecidas en el contrato constitutivo- en alguno de los casos en los cuales se prohíbe su constitución. Si bien las causales de excepción son acotadas y sólo se contemplan para el caso de servidumbres que emanan de concesiones eléctricas, es factible que sean aplicables a los terrenos gravados con el derecho real de conservación ya que, por ser un instrumento que compatibiliza la conservación con otras actividades, fácilmente puede usarse el terreno como vivienda o realizarse en él actividades ganaderas, agrícolas, etc. Esto es muy usual en el derecho comparado.

Ante la imposibilidad de exceptuarse de la constitución de un servidumbre en el terreno gravado con un derecho real de conservación, al dueño del predio sólo le queda negociar el monto de la indemnización debida y, si no hay acuerdo, esperar el resultado de la valuación judicial o de la Comisión de Hombres Buenos, en el caso minero³²¹ o eléctrico respectivamente³²². En este caso, al acordar la indemnización,

³²⁰ CHILE. DFL N° 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía. 2007. Artículo 54°.

³²¹ El artículo 122° del Código de Minería señala que es indemnizable “todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona”. La indemnización puede pagarse de una sola vez o en forma periódica, según el artículo 123° del mencionado cuerpo legal. (CHILE. Ley N° 18.248. Código de Minería. 1983).

podiera considerarse que existen dos sujetos pasivos, el dueño del predio y el titular del derecho real de conservación. Al haber dos interesados y al estar en juego un proyecto de conservación, el monto de la indemnización debería tender a subir³²³.

A largo plazo, podría suceder que el derecho real de conservación se transforme en una forma de financiamiento de iniciativas de conservación. Es decir, que una persona al crear un proyecto de conservación lo haga con las garantías que ofrece el nuevo derecho real y, en caso de ser necesaria la constitución de una servidumbre que emane de una concesión en ese terreno, se utilicen los montos de la

³²² El artículo 69° de la Ley General de Servicios Eléctricos señala que el monto de las indemnizaciones comprenderá “1. El valor de todo terreno ocupado por las obras hidroeléctricas, incluidas las de embalse y estanques, por los postes y las torres de las líneas, por las zanjas de las líneas subterráneas, por los edificios y caminos de acceso, según los planos de servidumbres; 2. El valor de los perjuicios ocasionados durante la construcción de las obras o como consecuencia de ellas o del ejercicio de las servidumbres. Igualmente el valor de los perjuicios que causan las líneas aéreas, y 3. Una indemnización por el tránsito que el concesionario tiene derecho a hacer para los efectos de la custodia, conservación y reparación de las líneas. Esta indemnización no podrá ser superior al valor de una faja de terreno de dos metros de ancho, en la parte del predio ocupado por las líneas. Si al constituirse una servidumbre quedaren terrenos inutilizados para su natural aprovechamiento, el concesionario estará obligado a extender la servidumbre a todos estos terrenos”. (CHILE. DFL N° 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía. 2007).

Cabe mencionar que el proyecto de ley que introduce modificaciones al procedimiento para otorgar concesiones eléctricas (CHILE. Cámara de Diputados. 2012b) pretende cambiar el procedimiento de tasación de los inmuebles ya que se ha constatado que el actual mecanismo ha resultado lento y poco operativo. Se modifica el artículo 63° de la Ley General de Servicios Eléctricos otorgando atribuciones a la SEC –y ya no al Ministerio de Energía- para que designe una o más comisiones tasadoras –antes la “Comisión de Hombres Buenos”- para que avalúen, oyendo previamente a las partes, las indemnizaciones que se deben al dueño del predio sirviente en caso de desacuerdo. La comisión puede ser solicitada a petición del concesionario o del dueño del predio sirviente, pudiendo nombrarse más de una. Se contempla un plazo (20 días desde la última visita a terreno) para que la comisión tasadora evacúe su informe, vencido el cual puede solicitarse al Superintendente la designación de una nueva comisión.

Para no dilatar el proceso, se establece un nuevo artículo 67° que señala “Sin perjuicio de la existencia de cualquiera reclamación pendiente, sea del concesionario o del dueño del predio, la exhibición del comprobante de pago o de la consignación del valor fijado por la comisión tasadora servirá al concesionario para obtener del Juez de Letras respectivo que lo ponga, sin más trámite, en posesión material de los terrenos”. Por esta razón, ante la comisión tasadora será la última instancia que tendrá el dueño del predio gravado con un derecho real de conservación para ser oído y argumentar en su favor antes que el concesionario pueda tomar posesión de los terrenos y cause daños al predio protegido. Las partes pueden reclamar del avalúo en 30 días desde la notificación de éste siguiéndose un juicio sumario.

³²³ Se debe constatar que el criterio de la SEC ha sido el contrario, negándose a notificar a otros terceros interesados como el poseedor, el arrendatario o el titular de algún derecho real sobre el predio, como un acreedor hipotecario, por ejemplo.

indemnización para la construcción de otros proyectos de conservación o para la ampliación y/o mejoramiento del existente.

En este caso, el derecho real de conservación no será un instrumento que sirva como escudo de protección contra las actividades productivas o de extracción y desarrollo, sino más bien se transforma en una garantía para invertir en conservación, que asegura un proyecto que protege los valores ecológicos o que, en su defecto, provee de abundantes fondos para el desarrollo de nuevos proyectos.

En cuanto a los sectores eléctrico y minero, sus facultades se ven reforzadas, consagrándose el goce de sus prerrogativas sin obstáculos. Esto es coherente con el ordenamiento jurídico chileno que otorga preferencia a las actividades extractivas y de desarrollo – en relación a la actividad minera se consagra de forma constitucional-, dada la importancia que revisten para la economía y el desarrollo del país y por la finalidad pública que involucra su exitosa realización.

2. Relación entre el derecho real de conservación y las concesiones sin servidumbre forzosa.

Las concesiones que no gozan de la posibilidad de imponer servidumbres forzosas se determinan por exclusión, es decir, son las demás formas de generación de electricidad no nombradas en el acápite anterior. Esto es, a modo ejemplar, las centrales termoeléctricas, la generación por energía nuclear y las energías renovables no convencionales (ERNCC) como la generación por energía eólica, solar, mareomotriz, por biomasa, entre otras.

La manera en la cual estas formas de generación pueden realizar obras en terreno ajeno es mediante la constitución de servidumbres voluntarias, que son aquellas constituidas por un hecho del hombre, es decir, acordadas con el dueño del predio.

En el caso en estudio, a las empresas que necesitan de la servidumbre para realizar su proyecto de generación de energía eléctrica puede no serles fácil llegar a un acuerdo con el dueño del predio, debido a la poca compatibilización de las instalaciones proyectadas con las de conservación planeada para el terreno y, a su

desmedrada posición negociadora al no haber obligación legal de constituir el gravamen. Esto puede derivar en el pago de altos montos de indemnización para constituirlo.

Como se dijo, es altamente factible que el dueño del terreno gravado se oponga a las servidumbres por ser contrarias a los fines de conservación deseados. Pero no sólo se debe considerar la voluntad del dueño sino también lo estipulado en el contrato constitutivo, ya que en él se establecen obligaciones, prohibiciones y limitaciones que el dueño del predio debe observar en forma imperativa. Pese a esto, no puede sostenerse a priori que la servidumbre será contraria al derecho real de conservación dado que una de las ventajas de éste es su flexibilidad y la posibilidad de compatibilizar la protección de los valores conservativos con otras actividades, por lo que la evaluación deberá hacerse caso a caso.

Además, para la imposición de una servidumbre en el predio, deberá considerarse al titular del derecho real de conservación ya que tiene interés en el terreno y en él recae la responsabilidad por el monitoreo, administración y mantención del terreno de forma que cumpla con las finalidades impuestas por el contrato constitutivo del derecho real. Sin embargo, y dado que el proyecto de ley nada dice sobre esto, el titular será sólo un tercero, por lo que debe producirse el acuerdo entre el dueño del predio y la empresa que necesita constituir la servidumbre.

Por otra parte, nada obsta a que el dueño del predio y el titular, para poder constituir la servidumbre, modifiquen el contrato constitutivo con las formalidades que exige la ley, dado que no hay controles externos que fiscalicen y velen por la efectiva conservación del terreno.

Desde el punto de vista del dueño y del titular, la imposición de un derecho real de conservación en un terreno en el que se hace necesario constituir una servidumbre voluntaria se traduce, al igual que en la situación anterior, en altos montos de indemnización que fomentan el uso del instrumento como una forma de financiamiento de proyectos de conservación.

Para las empresas generadoras de energía eléctrica que no pueden imponer servidumbres forzosas se vuelve muy difícil iniciar un proyecto, dado que desde el comienzo tienen la desventaja de no poder imponer las servidumbres que necesiten, a lo que se suma la existencia de un derecho real de conservación sobre el predio que eleva los costos de la indemnización y el tiempo invertido. Así, la normativa que crea el derecho real de conservación se traduce en un desincentivo a las ERNC, castigándolas al poner un obstáculo más para su realización.

C. Terminación del derecho real de conservación y de las concesiones mineras y eléctricas.

Un tercer estadio en el desarrollo de las concesiones mineras o eléctricas y el derecho real de conservación es su terminación. Como se ha dicho, para éste último la legislación chilena contempló una duración de 40 años, apartándose de la experiencia comparada que lo establece a perpetuidad. En el caso de las concesiones mineras, se debe distinguir entre las de exploración y las de explotación. Las primeras tienen una duración máxima de 4 años y, las segundas, tienen una duración indefinida, sin perjuicio de su caducidad y extinción por las causas que señala la ley³²⁴. En las concesiones eléctricas también se distingue, ya que las concesiones provisionales se otorgan por un plazo máximo de dos años, pudiendo solicitarse nuevamente una vez cumplido el plazo y, las concesiones definitivas se otorgan por un plazo indefinido³²⁵.

³²⁴ CHILE. Ley N° 18.093. Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras. 1982. "Artículo 17°: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a cuatro años; y la de explotación tendrá una duración indefinida".

"Artículo 18°: Las concesiones mineras caducan, extinguiéndose el dominio de los titulares sobre ellas: a) por resolución judicial que declare terreno franco, si no hubiere postores en el remate público del procedimiento judicial originado por el no pago de la patente, y b) por no requerir el concesionario la inscripción de su concesión en el plazo que señale el Código de Minería.

La concesión de exploración caduca, además, por infracción de lo dispuesto en el artículo 13.

Las concesiones mineras se extinguen, también por renuncia de su titular, conforme a la ley".

³²⁵ CHILE. DFL N° 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía. 2007. Artículo 21°: "En la resolución de concesión provisional, que será publicada por la Superintendencia en el Diario Oficial, se fijará: a) El plazo de la concesión provisional; b) La descripción de los trabajos relacionados con los estudios que se autorizan y las fechas para la iniciación y terminación de los mismos.

Al terminar el derecho real de conservación, el titular ya no tiene obligaciones de monitorear la conservación del predio y tampoco existen medidas posteriores que tiendan a asegurar los avances que se han realizado en el cuidado de los valores conservativos del terreno, por tanto, la protección del mismo quedará en manos de su dueño sin las garantías que ofrecía el derecho ya extinto.

En el caso de las concesiones que tienen plazo definido de término, las consecuencias de la terminación serán favorables para el terreno ya que podrá ser restaurado y preservado por el dueño y el titular del derecho real de conservación, constituyendo ésta una obligación para ambos, vinculante por el contrato constitutivo.

Las concesiones que tienen duración indefinida, a priori, representan un gran peligro para un terreno con elementos de importancia ecológica ya que, como se dijo, el derecho real de conservación no puede impedir los efectos nocivos que se produzcan en el ambiente como consecuencia de la realización de proyectos mineros o eléctricos, a lo que se suma que, la producción de dichos efectos puede hacerse en forma perpetua.

Sin embargo, esta conclusión se ve matizada por el hecho de que los yacimientos y fuentes productoras de energía no son infinitos. Las faenas e instalaciones mineras o eléctricas pueden dejar de ser productivas y, por tanto, cerrarse. Por esta razón, las servidumbres que pueden imponerse sobre terreno ajeno son transitorias, cesando cuando termine el aprovechamiento que de ellas hacía la concesión³²⁶. Además, en materia minera se contempla una legislación especial que

Los plazos de las concesiones provisionales no podrán exceder de dos años pudiéndose solicitar nuevamente la concesión provisional siguiendo el procedimiento del artículo 19°. No obstante en caso de otorgarse nuevamente la concesión provisional, el afectado podrá exigir una indemnización por ocupación permanente de los terrenos para los cuales se otorgó el permiso”.

“Artículo 31°: Las concesiones definitivas se otorgarán por plazo indefinido”.

³²⁶ CHILE. Ley N° 18.248. Código de Minería. 1983. “Artículo 124°: Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento”.

regula el cierre de faenas e instalaciones mineras³²⁷. Así, aunque la concesión sea concedida a perpetuidad, las instalaciones, plantas, centrales y, en definitiva, los proyectos eléctricos y mineros, no lo son.

Esto abre nuevas posibilidades ya que obliga a considerar el factor tiempo, al pensar qué pasará con el terreno luego de su uso y goce intensivo. En el ámbito minero, es la empresa quien tiene la obligación de reducir el daño causado en el terreno que se ocupó mediante la elaboración de un plan de cierre, sin el cual, no podrá iniciar sus operaciones³²⁸. El plan de cierre se define como “el conjunto de medidas técnicas y actividades que la empresa minera debe efectuar desde el inicio de la operación minera, y el programa de detalle conforme al cual deben implementarse, de manera que tienda a prevenir, minimizar y controlar los riesgos y efectos negativos que se puedan generar en la vida e integridad de las personas que se encuentran relacionadas directa e inmediatamente a las mismas, así como mitigar los efectos de la operación minera en los componentes medio ambientales comprometidos, tendientes a asegurar la estabilidad física y química de los lugares en que ésta se realice”³²⁹. También se contempla una etapa llamada de post cierre, que consiste en actividades de monitoreo, seguimiento y control de las medidas del plan de cierre.

En esta situación, puede cumplir un rol importante el derecho real de conservación, sea que se haya constituido con anterioridad al término de las faenas, sea que se constituya con ocasión de éste. Esto porque ofrece la posibilidad de rehabilitar el terreno que se ha ocupado en las faenas eléctricas y mineras con todas las garantías que trae aparejadas, entre ellas, la imposición de obligaciones vinculantes para su dueño, el control de las medidas y la administración del predio por un órgano independiente y dedicado exclusivamente a la conservación, la imposibilidad de variar los usos del terreno y de imponer otros gravámenes que lo afecten, entre otros.

³²⁷ CHILE. Ley N° 20.551. Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. 2011e. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/19a55>> [consulta: 10 enero 2013]

³²⁸ *Ibíd.* Artículo 4°.

³²⁹ *Ibíd.* Artículo 3° letra n).

Además, éste derecho real tiene la ventaja de que puede ser compatibilizado con otras actividades que se conformen con la conservación, razón por la cual, el dueño aún puede obtener un beneficio económico del terreno.

No obstante la incertidumbre generada por la poca certeza en relación a la fecha efectiva del término de los trabajos, el derecho real de conservación puede ser ocupado como una forma de “plan de cierre” -es decir, como un conjunto de medidas técnicas para minimizar los efectos negativos en la vida y salud de las personas y en el medio ambiente- por las empresas a las cuales la legislación no les exige este tipo de medidas, por ejemplo, las concesionarias eléctricas u de otro tipo. Puede ser impuesto por el dueño del predio y también por la empresa, con las salvedades señaladas en el capítulo 5.

De esta forma, en la fase de terminación de los proyectos se ofrece un nuevo ámbito de aplicación al derecho real de conservación, esta vez como forma de restauración de proyectos mineros y eléctricos. Así se asegura que se dejará descansar al terreno, se ejecutan las medidas adecuadas para tal efecto creándose en los hechos un plan de cierre de las instalaciones, dejando al predio con un activo cuantificable y cumpliéndose con la necesidad de proteger sus elementos medio ambientales.

CONCLUSIONES

La preocupación mundial sobre la protección y preservación del medio ambiente aumenta en la medida que se hacen evidentes los daños, muchas veces irreparables, que se infringen a éste y a su biodiversidad y ante la constatación de los efectos que tienen en el hombre, su vida y salud.

Ante esto, han sido los Estados quienes han tomado la responsabilidad de adoptar y ejecutar acciones concretas para frenar el daño permanente que se realiza en el medio ambiente con diversos instrumentos, que contemplan regulación internacional y nacional. Pese a que los Estados y su aparataje tienen numerosas potestades que pueden hacer más efectivo su actuar, también tiene limitantes que, reflejadas en éste ámbito, se traducen en una protección lenta y selectiva de los valores conservativos del territorio de cada país. Por esto, se ha hecho necesaria la participación de todos los estamentos de la sociedad civil, considerando que es éste un problema global que afecta a cada persona en particular y las medidas tomadas serán, en general, insuficientes. La tendencia entonces, es que la sociedad en su conjunto contribuya a la protección del medio ambiente, pactando metas a nivel internacional y cumpliéndolas a través del accionar del Estado, de los grupos intermedios y de los individuos.

El derecho real de conservación es un reflejo de esta tendencia. Es una institución jurídica reciente que nace como una forma de incorporar activamente a los particulares y a la sociedad civil en el cuidado y protección del medio ambiente. Creada en el derecho estadounidense, ha sido adoptada por países que tienen grandes valores conservativos que proteger y una tradición jurídica de respeto y protección a los grupos intermedios. En general, los países que la contemplan la utilizan como una opción complementaria al sistema de conservación estatal.

En Chile, no obstante se ha avanzado sustantivamente en éste ámbito, es necesario un mejor sistema de protección del medio ambiente y la biodiversidad. Las cifras mencionadas demuestran los déficits de la regulación estatal en general y, del

SNASPE en particular, en cuanto a conservación y un atraso en el cumplimiento de las exigencias internacionales. Esta necesidad se acrecienta si se considera la riqueza del patrimonio ambiental de nuestro país y las numerosas actividades de conservación privadas que se llevan a cabo actualmente sin una regulación legal especial. Por otra parte, Chile posee una estructura legal que protege fuertemente el derecho de propiedad y que incorpora y favorece la actividad de los grupos intermedios en todos los ámbitos. Estas características hacen que la incorporación del derecho real de conservación en nuestro país sea factible y necesaria.

En el derecho comparado, las servidumbres ecológicas han sido reguladas exhaustivamente, ya sea por la ley como por la jurisprudencia y la doctrina, principalmente para realzar sus ventajas y protegerla de los usos inadecuados que puedan darle los particulares, sobre todo considerando el incentivo monetario que entregan algunas legislaciones para su constitución. El proyecto de ley chileno no es la excepción, ya que regula los elementos esenciales del derecho real de conservación.

Entre las ventajas de esta institución, tanto en el derecho comparado como en el chileno, se pueden nombrar la incorporación de los privados a las tareas de conservación con la consiguiente posibilidad de proteger terrenos que se encuentran en manos privadas sin necesidad de expropiación; la posibilidad de que el predio tenga diversos usos que sean compatibles con la conservación, por lo que pese a estar gravado no pierde la opción de ser explotado económicamente, lo que amplía el número de terrenos susceptibles de gravamen y apunta al desarrollo sustentable; la asesoría de un tercero dedicado exclusivamente a la conservación de terrenos –titular o “land trust”- quien podrá administrar el predio y monitorear los efectos que las medidas pactadas tengan en el terreno; la autonomía del dueño del terreno para idear los gravámenes; la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones contraídas; en algunas regulaciones, la política de incentivos que la servidumbre trae aparejada, entre otros.

Sin embargo, en la experiencia del derecho comparado se han detectado ciertos problemas y desafíos derivados de las propias características de la institución, de una deficiente regulación o de abusos y malas prácticas. Estos se han producido

principalmente, como ya se mencionó, en cuanto al monitoreo y cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, toda vez que no hay controles y los recursos del titular pueden ser escasos, en cuanto a su duración y modificación, a la política de incentivos, al acceso al predio protegido –sobre todo si se le otorga un incentivo con fondos públicos-, en cuanto a la regulación de uso del suelo, a su eficiencia como mecanismo de conservación, entre otros. Es importante que el legislador chileno tenga en mente la experiencia comparada para evitar que estos problemas se repitan.

En cuanto al proyecto de regulación chilena, se constata que algunos de los desafíos nombrados podrían reproducirse en nuestro país dado que la nueva normativa no contempla remedios adecuados para ellos. Sin embargo, hay aspectos de fondo de esta nueva institución que subyacen y que conviene destacar dado que, los problemas puntuales en torno a los desafíos identificados en el derecho comparado, se han tratado en el capítulo respectivo.

Un aspecto importante, que influye en varias de las dificultades identificadas para el derecho real de conservación, dicen relación con el control que los organismos del Estado ejercen sobre él. Tanto en el derecho comparado como en nuestro proyecto de ley se deja sin control alguno el pacto que fija las condiciones del derecho real de conservación y su cumplimiento. Esto se ha justificado en las características intrínsecas de la entidad, ya que es una institución de derecho privado que busca el acuerdo entre un particular y una persona jurídica para ejecutar acciones en el predio de propiedad del primero. Esto considerando que su finalidad es incorporar a los privados en las tareas de conservación. En el proyecto de ley chileno, su carácter privatista ha sido moldeado por las diversas modificaciones sufridas en la Cámara de Diputados y se corrobora con la decisión de crear un nuevo derecho real, con todas las ventajas y garantías que implica para su titular.

Sin embargo, hay diversas consideraciones a tener en mente a la hora de analizar el control. Se debe reconocer cuáles son los objetivos que se busca lograr con éste nuevo derecho y si es el instrumento idóneo para ello. La consecución de los objetivos de conservación que se aspira lograr pueden verse mermados por la falta de control en el contrato constitutivo y el cumplimiento del mismo, tal como se aprecia en la

experiencia comparada, en la cual, la masificación del derecho y sus incentivos llevó a que se protegieran terrenos con nulos valores conservativos, debiendo modificar la ley para intentar corregir la situación. Esto se ve incrementado por la duración del derecho real (40 años) y los posibles incentivos económicos que puedan aplicarse en el futuro.

En el proyecto de ley que se debate en el Congreso Nacional no se contemplan medidas efectivas para precaver el uso fraudulento de éste nuevo derecho, ya que se presupone que el dueño del predio siempre estará interesado en la conservación y será quien exija el cumplimiento del titular, algo que la experiencia comparada se ha encargado de desmentir. A esto se suma la credibilidad que inspiren las instituciones que actuarán como titulares, dado que las corporaciones y fundaciones que aspiren a serlo pueden no tener experiencia ni trayectoria en el tema o ser constituidas para efectos de sostener un solo derecho real, lo que posibilita el fraude.

Al respecto, la única medida de control gubernamental que se contempla es la inscripción del titular en un registro que llevará el Ministerio del Medio Ambiente, lo que no es suficiente, bastando la simple confabulación entre el titular y el dueño para usar el instrumento de forma fraudulenta. En este sentido, podrían idearse otros mecanismos para asegurar los fines de conservación y el cumplimiento de las aristas ambientales de los deberes de monitoreo y administración, a modo de ejemplo, aumentar los requisitos a los titulares, imponer requisitos a los terrenos susceptibles de gravamen, nombrar a organismos fiscalizadores del derecho real de conservación, entre otros.

No obstante, el control de la protección del medio ambiente no sólo puede provenir del Estado. En vista del carácter privatista de la institución, podría establecerse un control externo no gubernamental, por ejemplo, la generación de un mercado de derechos reales de conservación. Este mercado verde permitiría la asignación de un precio determinado al derecho real de conservación dependiendo de la valorización de los activos ambientales que se han potenciado. Así, se genera un mayor control al colocar los incentivos en el desarrollo y protección de terrenos con altos valores de conservación. Esta solución implica propender a la transferibilidad del derecho real de conservación lo que implica altos niveles de flexibilidad en la regulación, tendencia que

no se ha visualizado en las sucesivas modificaciones realizadas en la Cámara de Diputados. Por ejemplo, debería revisarse el carácter *intuito personae* del derecho real, las autorizaciones para enajenar, la prelación de derechos –para no generar incertezas-, entre otros. Además, se requiere una alta credibilidad en las instituciones, lo que se logra, entre otras cosas, con tiempo y trayectoria.

Es necesario recalcar la entidad de los bienes en juego ya que, si bien hay dificultad para valorizar la conservación del medio ambiente como un bien jurídico protegido, es un asunto que atañe a la sociedad en su conjunto y ésta debe velar porque las zonas del país en que son necesarias acciones que tiendan a proteger el medio ambiente o la biodiversidad sea efectivamente resguardadas.

En el fondo, se observa un problema de distinción entre lo público y lo privado. Debe plantearse si es optativo para el dueño de un terreno que tiene elementos ambientales dignos de protección realizar acciones que tiendan a la preservación de los mismos o si es un asunto que queda a completa discreción del propietario. Y también cuál es el nivel permitido de intromisión del Estado en lo que a protección del medio ambiente se trata y el rol que le cabe a los privados.

Por tanto, se requiere una definición sobre qué es lo que se quiere lograr con el derecho real de conservación y plasmarlo en la normativa. La forma de enfrentar el problema del control del nuevo derecho real debe ser una de las aristas en las que se plasme el carácter netamente privado o los matices de intervención gubernamental de la institución, siempre considerando las finalidades de la misma.

Ahora bien, en cuanto a las finalidades del derecho real de conservación también se observan inconvenientes al relacionar éste derecho con las actividades de desarrollo y extractivas, en especial, con los sectores eléctrico y minero.

En efecto, de las normas que regulan la relación entre el nuevo derecho real y las concesiones eléctricas y mineras se extraen importantes consecuencias para el desarrollo y la consecución de los fines del derecho real de conservación. Del análisis realizado se concluye que la ley establece un verdadero orden de prelación entre las

actividades que pueden ejecutarse en un terreno, en el cual se privilegia a las industrias que tienen la posibilidad de imponer servidumbres forzosas.

Así, es posible que se constituyan sobre un mismo predio diversas concesiones con objetos distintos (minas, aguas, gas, distribución de electricidad, entre otras) y un derecho real de conservación, pero éste último sólo tendrá eficacia cuando, en su ejercicio, no se encuentre con recursos que pueden imponer servidumbre forzosa. Esto porque de las normas que establece el proyecto de ley en relación a ésta materia, se extrae un orden en el cual se privilegia a las actividades que pueden imponer una servidumbre, en segundo lugar, al derecho real de conservación y en tercer lugar, a las actividades que no pueden imponer servidumbres forzosas.

El efecto no solo es que el derecho real de conservación no sirve como un escudo protector antes los embates de un proyecto eléctrico o minero, sino también que puede transformarse en un método de financiamiento de proyectos de relevancia ambiental, al presumirse un aumento en los montos de las indemnizaciones que se deben al dueño del predio superficial por la imposición de la servidumbre. Esto puede generar que las finalidades que tenga en mente el dueño del terreno que constituye el derecho real no sean solamente las de conservar el predio sino que también se busque un fin lucrativo, sobre todo en zonas susceptibles de ser adquiridas y explotadas por concesiones.

Además, se genera un contraproducente desincentivo a las actividades que no tienen la facultad de imponer servidumbres al dueño del predio superficial, toda vez que no podrán ejercer su actividad en los mismos términos que las otras industrias si se encuentran con un terreno gravado con el derecho real de conservación. Esto es doblemente problemático dado que las actividades desincentivadas son, entre otras, las energías renovables no convencionales, que proveen un tipo de energía más limpia, que ayuda a proteger el medio ambiente y que, por lo mismo, son incentivadas por leyes especialmente dictadas para ese efecto.

No obstante lo anterior, en relación a los sectores eléctricos y mineros surge una nueva posibilidad de uso para el derecho real de conservación que es consecuente con sus fines, cual es, la posibilidad de contribuir a la restauración de los proyectos de

desarrollo y extractivos, que merece ser explorada en profundidad para aprovechar al máximo éste nuevo instrumento de conservación.

La relación del derecho real de conservación con otros sectores debe ser analizada, ya que las decisiones que se tomen al respecto influirán en la eficacia del derecho y reflejarán la concepción que se tiene de este instrumento en relación a sus reales posibilidades de aportar a la conservación y protección del medio ambiente y la biodiversidad.

Por otra parte, una de las posibilidades que ofrece esta institución es la oportunidad de avanzar en la valorización de los servicios ambientales. Esto se deduce de la conceptualización del derecho real de conservación como una forma de regular la propiedad privada. Así, en lugar de inutilizar parte del predio para conservarlo se le da valor al mismo mediante el gravamen y sus prerrogativas. Esta es una tendencia en el derecho comparado que recientemente está siendo explorada en Chile.

La valorización de los servicios ambientales es un aspecto a considerar a la hora de otorgar incentivos con dineros públicos a la constitución del derecho real de conservación. Los incentivos, a corto plazo, buscan fomentar el nuevo derecho real, aumentando el número de terrenos gravados pero, a largo plazo, pueden generar que los dueños de los predios prefieran constituir un derecho real de conservación en su terreno que destinarlo a fines productivos o, como solución intermedia, prefieran desarrollar un esquema sustentable de explotación. Esto porque la conservación del predio no significará una pérdida de valor del mismo. De esta forma, se puede llegar a considerar a la conservación del medio ambiente como una actividad económica en el ámbito privado.

Lo señalado puede conjugarse, aunque no se limita, a lo dicho anteriormente acerca de la creación de un mercado de derechos reales de conservación, en el cual pueda transarse libremente este gravamen, siendo valorizado por éste “mercado verde”. Para llegar a ello, es necesario un proceso que permita tener un régimen confiable y flexible de derechos reales de conservación, con titulares que gocen de trayectoria y fe pública y particulares que estén dispuestos a mirar la conservación como una actividad económica.

Como puede apreciarse, el derecho real de conservación ofrece nuevas y variadas posibilidades en relación a la conservación del medio ambiente. Estas oportunidades variarán dependiendo de la regulación que se le otorgue y de las características que se le reconozcan. Del proyecto de ley analizado puede concluirse que es esta una institución de naturaleza privada cuya finalidad es incorporar a los particulares en las tareas de conservación más que la conservación en sí misma. En este sentido, su utilización no estaría enfocada en los terrenos cuya protección es primordial –dado que estos serán protegidos por el sistema estatal- sino que se busca aplicar a los predios de particulares que tienen elementos ambientales dignos de protección pero que admiten explotación económica. Así, el derecho real de conservación buscaría avanzar en el desarrollo sustentable. La regulación actual permite el incipiente desarrollo de la valorización de los servicios ambientales y de la explotación económica sustentable, pero para ahondar en esta área y en los mercados verdes son necesarias modificaciones más profundas que tiendan a ello. Además, deberían analizarse nuevamente ciertas disposiciones que pueden replicar los problemas y desafíos producidos en el derecho comparado. Con todo, y pese a tener diversas facultades y prerrogativas, se concluye que no busca modificar las prioridades del país en cuanto al desarrollo y la preeminencia de las actividades extractivas.

El derecho real de conservación es una nueva herramienta, que avanza en la conservación privada y que entrega un marco jurídico a las actividades que ya se desarrollan en este ámbito. Ofrece múltiples alternativas pero, para aprovecharlas cabalmente, es primordial que se especifique qué es lo que se quiere lograr con el derecho real de conservación, determinando el rol que le cabe al Estado y a los particulares, para así definir su lugar en la política ambiental de Chile. Tomadas estas decisiones, se podrá aplicar y ejecutar de mejor manera y analizar sus implicancias en su justa dimensión.

BIBLIOGRAFIA

Artículos de revistas y libros

1. ANDERSON, Kathryn y WEINHOLD, Diana. Valuing future development rights: The costs of conservation easements. [en línea] *Ecological Economics* 68, no. 1/2, 2008. pp. 437-446. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
2. ARMSWORTH, Paul R. y SANCHIRICO, James N. The effectiveness of buying easements as a conservation strategy. [en línea] *Conservation Letters* 1, no. 4, 2008. pp. 182-189. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
3. ATKINS, Judy; HILLYER, Ann y Kwasniak, Arlene. Conservations Easements, covenants and servitudes in Canada. A legal review. [en línea] Ottawa, Ontario, Canadá. <<http://www.wetlandscanada.org/conseasecov04-1.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
4. BERMÚDEZ Soto, Jorge. *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificio Universidad Católica de Valparaíso, 2007. 279p.
5. _____. *Derecho Administrativo General*. 2da. edición. Santiago, Chile. Editorial AbeledoPerrot, 2011. 603p.
6. BREWER, Richard. Conservation easements and perpetuity: till legislation do us part. [en línea] *Law & Contemporary Problems* 74, no. 4, 2011. pp. 249-278. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
7. BYRNE, Craig L. Understanding the Evolution of Conservation Easement Appraisal Through Case Law. [en línea] *Appraisal Journal* 68, no. 4, 2000. pp. 411- 419. Business Source Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
8. CARVAJAL Gómez, Ignacio. El derecho real de conservación. [en línea] *Revista Justicia ambiental*. N°2, Fiscalía del Medio Ambiente, Mayo 2010, pp. 177-221. <<http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2010/08/revista-justicia-ambiental-II.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]
9. CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS NATURALES (CEDARENA). *Conservación de tierras privadas en América Central*. San José, Costa Rica. CEDARENA, 1998. 162p.
10. COMPETENCIA, REGULACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (CORE). *Derecho real de conservación como alternativa para la compensación en la utilización de recursos naturales*. [en línea] Santiago, 2009.

<<http://www.core.cl/destacado/2009/04/27/derecho-real-de-conservacion-como-alternativa-para-la-compensacion-en-la-utilizacion-de-recursos-naturales/>>
[consulta: 12 octubre 2012]

11. CRUZ Gantes, José Manuel. Comentario crítico al proyecto de ley que establece el derecho real de conservación. En: DURÁN M., Valentina et al. Derecho ambiental en tiempos de reformas: actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago, Chile; Legal Publishing, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010. pp. 379-399.
12. ENGEL, J. Breting. The Development, Status, and Viability of the Conservation Easement as a Private Land Conservation Tool in the Western United States. [en línea] Urban Lawyer 39, no. 1, 2007. pp. 19-74. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
13. FISHBURN, Isla S., KAREIVA, Peter, GASTON, Kevin J. y ARMSWORTH, Paul R. The Growth of Easements as a Conservation Tool. [en línea] Plos ONE 4, no. 3, 2010. pp. 1-6. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
14. FLORES Rivas, Juan Carlos. Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho Chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII, Valparaíso, Chile, Segundo Semestre de 2011. pp. 329-367.
15. FUNDACIÓN TERRAM. Áreas Protegidas Privadas en Chile. Diciembre, 2005. [en línea] <<http://www.terram.cl/images/RPP/rppublicos22.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]
16. GARBER, Bill. Conservation Easements: Growth, Abuses, and Regulation. [en línea] Appraisal Journal 72, no. 2, 2004. pp. 175-178. Business Source Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
17. GEISSE, Guillermo y NELSON, Michael. Las lecciones del caso Tompkins para la política ambiental y la inversión extranjera en Chile. [en línea] Ambiente y Desarrollo, Vol XVII - Nº3, pp. 14 – 26, septiembre 2001. <http://www.cipma.cl/web/200.75.6.169/RAD/2001/3_Nelson_Geisse.pdf> [consulta: 25 noviembre 2012]
18. GOOD, Kimberly y MICHALSKY, Sue. Summary of the Canadian experience with conservation easement and their potential application to agri-environmental policy. [en línea] Canadá, 2011. <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/agr/A125-17-2011-eng.pdf> [consulta: 12 octubre 2012]
19. GUSTANSKI, Julie Ann y WRIGHT, John B. Exploring net benefit maximization: conservation easements and the public-private interface. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 109-143. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]

20. GUZMÁN Rosen, Rodrigo Alejandro. La regulación constitucional del ambiente en Chile: aspectos sustantivos y adjetivos: historia, doctrina y jurisprudencia. 2da edición, Santiago, Chile, AbeledoPerrot, 2010. 357p.
21. KORNGOLD, Gerald. Solving the contentious issues of private conservation easements: promoting flexibility for the future and engaging the public land use process. [en línea] Utah Law Review 2007, no. 4, 2007. pp. 1039-1084. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
22. _____. Globalizing conservation easements: private law approaches for international environmental protection. [en línea] Wisconsin International Law Journal 28, no. 4, 2010. pp. 585-638. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
23. _____. Governmental Conservation Easements, a means to advance efficiency, freedom from coercion, flexibility, and democracy. [en línea] Brooklyn Law Review 78, no. 2, 2013. pp. 467-519. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 12 agosto 2013]
24. KWASNIAK, Arlene J. Conservation easement: pluses and pitfalls, generally and for municipalities. [en línea] Alberta Law Review 46, no. 3, 2009. pp. 651-675. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
25. MCLAUGHLIN, Nancy A. Conservation Easement: a trouble adolescence. [en línea] J. Land Resources & Envtl. L., Vol. 26, No. 1, 2005a. <<http://stateconservation.org/plnpro/conservation%20easements%20a%20troubled%20adolescence.pdf>> [consulta: 15 junio 2012]
26. _____. A Constructive Reformist's Perspective on Voluntary Conservation Easements. [en línea] Ecosystem Marketplace, 2005b. <<http://ssrn.com/abstract=1520646>> [consulta: 15 junio 2012]
27. MCLAUGHLIN, Nancy y MACHLIS, Mark Benjamin. Protecting the public interest and investment in conservation: a response to Professor Korngold's critique of conservation easements. [en línea] Utah Law Review 2008, no. 4, 2008. pp. 1561-1594. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
28. MITCHELL, Paul. Protecting the Future Forever: Why Perpetual Conservation Easements Outperform Term Easements. [en línea] Land Use Clinic. Paper 10. 2006. <<http://digitalcommons.law.uga.edu/landuse/10>> [consulta: 15 junio 2012]
29. OSSA Bulnes, Juan Luis. Derecho de Minería. 2da. Edición, Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, 1992. 406p.
30. OWLEY, Jessica. Conservation easements at the climate change crossroads. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 199-228. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]

31. PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Sobre un derecho real para la conservación del ambiente. En: Estudios de Derecho Civil, N° 113, 2009. Legal Publishing, CL/DOC/101/2011 [consulta: 11 junio 2012]
32. PIDOT, Jeff. Conservation easement reform: as Maine goes should the nation follow?. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 1-27. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
33. RICHARDSON Jr., Jesse and BERNARD, Amanda C. Zoning for conservation easements. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 83-108. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
34. RISSMAN, Adena et al. Conservation Easements: Biodiversity Protection and Private Use. [en línea] Conservation Biology 21, no. 3, 2007. pp. 709-718. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
35. SERKIN, Christopher. Entrenching Environmentalism: Private Conservation Easements over Public Land. [en línea] University Of Chicago Law Review 77, no. 1, 2010. pp. 341-366. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]
36. SMITH, Sarah C. A Public Trust Argument for Public Access to Private Conservation Land. [en línea] Duke Law Journal, Vol. 52, No. 3, 2002. pp. 629-650. <<http://www.jstor.org/stable/1373164>> [consulta: 6 junio 2012]
37. TESINI, Dan. Working Forest Conservation Easements. [en línea] The Urban Lawyer 41.2. 2009. pp. 359-375. [consulta: 19 mayo 2012]
38. UBILLA Fuenzalida, Jaime Cristián. La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho. En: Revista de derecho ambiental. N° 1, 2006, p.72-96.
39. VERGARA Blanco, Alejandro. Derecho Eléctrico. [en línea] Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. <<http://vergarablanca.cl/Publicaciones/IV.%20Derecho%20Electrico/AVB%20IV%2017.1%202004%20ELECTRICO%20derecho%20electrico.PDF>> [consulta: 10 enero 2013]
40. VILLAROEL, Pablo. El caso de la X Región: las áreas silvestres protegidas privadas como experiencia de filantropía ambiental. [en línea] Ambiente y Desarrollo, Vol XVII - N° 1, pp. 90 – 93, marzo 2001. <http://www.cipma.cl/web/200.75.6.169/RAD/2001/1_Villarroel.pdf> [consulta: 25 noviembre 2012]
41. WAYBURN, Laurie A. Conservation easements as tools to achieve regulatory environmental goals. [en línea] Law & Contemporary Problems 74, no. 4, 2011. pp. 175-197. Academic Search Complete, EBSCOhost [consulta: 19 mayo 2012]

42. WEITZENFELD, Henyk. Manual Básico sobre evaluación del impacto en el ambiente y la salud. [en línea] Segunda edición. Metepec, México. Centro panamericano de Ecología Humana y Salud, Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. 1996. Capítulo 11. <<http://www.bvsde.ops-oms.org/bvsaia/fulltext/basico/031171-13.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
43. WRIGHT, John B. Conservation easements: An analysis of donated development. [en línea] American Planning Association. Journal of the American Planning Association; 1993; 59, 4; ProQuest Research Library: Social Sciences, pp. 487-493. [consulta: 19 mayo 2012]
44. _____. Designing and applying conservation easements. [en línea] American Planning Association. Journal of the American Planning Association; 1994; 60, 3; ProQuest Research Library: Social Sciences, pp. 380-388. [consulta: 19 mayo 2012]
45. WUERTHNER, George. The problems with Conservation Easement. [en línea] Counterpunch, 2008. <<http://www.counterpunch.org/2008/05/08/the-problems-with-conservation-easements/>> [consulta: 15 junio 2012]

Entrevistas

1. W. Alburquerque, entrevista personal, 10 y 30 de enero de 2013.
2. G. Parot, entrevista personal, 30 de enero de 2013.

Informes

1. CHILE. Comisión Nacional del Medio Ambiente. Proyecto Conservación de la biodiversidad en los Altos de Cantillana, Chile, Resumen Ejecutivo. 2005. [en línea] <http://www.sinia.cl/1292/articles-39973_recurso_1.pdf> [consulta: 25 noviembre 2012]
2. _____. Estado del Medio Ambiente. [en línea] Santiago, Chile, 2011b. Capítulo 6 Disponibilidad de Áreas Verdes, pp. 221-241. <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-52016.html>> [consulta: 27 junio 2012]
3. _____. Estado del Medio Ambiente. [en línea] Santiago, Chile, 2011c. Capítulo 7 Biodiversidad, pp. 245-317. <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-52016.html>> [consulta: 27 junio 2012]
4. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Ficha de proyecto, conservación de biodiversidad Altos de Cantillana. [en línea] <<http://www.pnud.cl/proyectos/fichas/altos-cantillana.asp>> [consulta: 25 noviembre 2012]

Instrumentos internacionales

1. ONU. Convenio sobre la biodiversidad biológica. [en línea] Adoptada y abierta a la firma y ratificación en Cumbre de la Tierra, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 1992. Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1993. Promulgada por Chile: Decreto 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18766>> [consulta: 28 julio 2012]
2. _____. Declaración Río + 20. [en línea] Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. A/CONF.216/L.1. Río de Janeiro, Brasil, 2012. <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf> [consulta: 27 junio 2012]

Leyes

1. AUSTRALIA. Victoria. Victorian Conservation Trust Act, 1972. Act N°8350/1972, versión N° 032. [en línea] Legislación y Documentos Parlamentarios de Victoria. <[http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt4.nsf/d1a8d8a9bed958efca25761600042ef5/a10210121ab654b1ca257761002ed182/\\$FILE/72-8350a032.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt4.nsf/d1a8d8a9bed958efca25761600042ef5/a10210121ab654b1ca257761002ed182/$FILE/72-8350a032.pdf)> [consulta: 23 octubre 2012]
2. _____. New South Wales. National Parks and Wildlife Act. N°80, 1974. [en línea] Biblioteca Online de Legislación del Gobierno de New South Wales. <<http://www.legislation.nsw.gov.au/viewtop/inforce/act+80+1974+FIRST+0+N>> [consulta: 23 octubre 2012]
3. _____. New South Wales. Nature Conservation Trust Act. N°10, 2001. [en línea] Biblioteca Online de Legislación del Gobierno de New South Wales. <<http://www.legislation.nsw.gov.au/sessionalview/sessional/act/2001-10.pdf>> [consulta: 23 octubre 2012]
4. CANADÁ. Quebec. Civil Code of Quebec. Chapter C-64, a. 1, 1991. [en línea] Publicaciones Oficiales de Quebec. <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html> [consulta: 12 octubre 2012]
5. _____. Saskatchewan. Conservation Easement Act. Chapter C-27.01, 1996. [en línea] Publicaciones del Gobierno de Saskatchewan. <<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/C27-01.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
6. _____. New Brunswick. Conservation Easement Act. Chapter C-16.3, 1998. [en línea] Biblioteca del Gobierno de New Brunswick. <<http://www.gnb.ca/0062/PDF-acts/c-16-3.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
7. _____. Nova Scotia. Conservation Easement Act. c. 28, s. 1, 2001. [en línea] Oficina del Consejo Legislativo. <<http://nslegislature.ca/legc/statutes/consease.htm>> [consulta: 12 octubre 2012]

8. _____. Quebec. Natural Heritage Conservation Act. Chapter C-61.01, 2002. [en línea] Publicaciones Oficiales de Quebec. <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_61_01/C61_01_A.html> [consulta: 12 octubre 2012]
9. CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Decreto N° 458. Ley General de Urbanismo y Construcciones. 1976. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560>> [consulta: 5 octubre 2012]
10. _____. Ley N° 18.093. Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras. 1982. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, leyes más solicitadas, leyes orgánicas constitucionales. <<http://www.leychile.cl/N?i=29522&f=1990-02-24&p=>> [consulta: 10 enero 2013]
11. _____. Ley N° 18.248. Código de Minería. 1983. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=29668&f=2001-03-30&p=>> [consulta: 10 enero 2013]
12. _____. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Decreto N° 47. Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 1992. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/4ss1>> [consulta: 5 octubre 2012]
13. _____. Ley N° 19.300. Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. 1994. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p=>> [consulta: 12 octubre 2012]
14. _____. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto N° 30. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. 1997. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/vupw>> [consulta: 5 octubre 2012]
15. _____. Ley N° 19.657. Ley sobre concesiones de energía geotérmica. 2000. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/1cqy>> [consulta: 10 enero 2013]
16. _____. DFL N° 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía. 2007. [en línea] Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=258171&f=2010-02-01&p=>> [consulta: 10 enero 2013]
17. _____. Ley N° 20.283. Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. 2008b. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/4tgd>> [consulta: 5 octubre 2012]
18. _____. Ley N° 20.417. Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 2010b. [en línea]

Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/4r5q>> [consulta: 5 de octubre de 2012]

19. _____. Constitución Política de la República. Anotada, concordada y con jurisprudencia por Emilio Pfeffer Urquiaga. Segunda Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2011a. 1039p. (Colección de códigos anotados, concordados y con jurisprudencia;1).
20. _____. Ley N° 20.551. Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. 2011e. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://bcn.cl/19a55>> [consulta: 10 enero 2013]
21. _____. Ley N°20.600. Ley que crea los Tribunales Ambientales. 2012. [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <<http://www.leychile.cl/N?i=1041361&f=2012-06-28&p=>> [consulta: 5 octubre 2012]
22. KENIA. Act N°8/1999. Environmental Management and Co-ordination Act. Parte IX. [en línea] Biblioteca del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. <<http://www.environment.go.ke/images/emca.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
23. PUERTO RICO. Ley N° 183 de 2001. Ley de Servidumbre de Conservación de Puerto Rico. P. del S. 258. [en línea] Oficina de Servicios Legislativos. <<http://www.oslpr.org/download/es/2001/183s0258.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
24. TANZANIA. Environmental Management Act, 2004. [en línea] 3/3 Law, Environment and Development Journal (2007), p. 290. <<http://www.lead-journal.org/content/07290.pdf>> [consulta: 12 octubre 2012]
25. UGANDA. National Environmental Act. Cap.153, 2005. Parte IX. [en línea] Publicaciones de la Autoridad Nacional de Gestión del Medio Ambiente, NEMA. <http://nemaug.org/regulations/national_environment_act.pdf> [consulta: 12 octubre 2012]
26. UNITED STATES OF AMERICA. Internal Revenue Code, Section 170(h),1980. [en línea] National Parks Service. <http://www.cr.nps.gov/history/online_books/fhpl/IRcode_section170h.pdf> [consulta: 12 agosto 2013]
27. _____. Treasury Regulation, §1170A-14, 1980 [en línea] Land Trust Alliance. <<http://www.landtrustalliance.org/policy/documents/treasury-regs-on-ce.pdf>> [consulta: 12 agosto 2013]
28. _____. Uniform Conservation Easement Act, 1981. [en línea] Uniform Law Commission. <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/conservation_easement/ucea_final_81%20with%2007amends.pdf> [consulta: 12 octubre 2012]

Proyectos de ley

1. CHILE. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 356°. Sesión 20° de 17 de abril de 2008a. Documentos de la cuenta p. 59-76.
2. _____. Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 358°. Sesión 68° de 1 de septiembre de 2010a. Documentos de la cuenta p. 133-176.
3. _____. Senado. Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas. Boletín N° 7487-12. Legislatura ordinaria 358°. Sesión 90° de 1 de marzo de 2011d.
4. _____. Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 12° de 10 de abril de 2012a. Documentos de la cuenta p. 83-136.
5. _____. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley que modifica Procedimiento para otorgar Concesiones Eléctricas. Boletín N°8270-08. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 21° de 3 de mayo de 2012b.
6. _____. Cámara de Diputados. Primer Informe de la Comisión de Hacienda. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 40° de 12 de junio de 2012c. Documentos de la cuenta p. 95-97.
7. _____. Cámara de Diputados. Segundo Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente. Proyecto de Ley que Establece Derecho Real de Conservación. Boletín 5823/07. Legislatura ordinaria 360°. Sesión 66° de 7 de agosto de 2012d. Documentos de la cuenta p. 107-131.

Sitios Web

1. ARAUCO. [en línea]
<http://www.arauco.cl/informacion.asp?idq=3179&parent=3173&ca_submenu=3173&idioma=17> [consulta: 25 noviembre 2012]
2. ASI CONSERVA CHILE. Breve reseña histórica Asociación Gremial de Propietarios de Áreas Protegidas Privadas Región de los Ríos. [en línea]
<http://www.asiconservachile.org/fileadmin/templates/data_users/Publicaciones/APs_de_Red_Asi_Conserva_Chile/RESE%C3%91A_HISTORICA_APP_VALDIVIA_2011.pdf> [consulta: 25 noviembre 2012]

3. ASOCIACIÓN PARQUE CORDILLERA. [en línea]
<<http://www.asociacionparquecordillera.cl/quienes-somos/>> [consulta: 25 noviembre 2012]
4. CONSERVATION LAW. Conservation easements and mineral development: not mutually exclusive?. [en línea]
<http://www.virginiaoutdoorsfoundation.org/download/board-docs/04-2012/20120418_vof_bot_oil_gas_outline.pdf> [consulta: 12 agosto 2013]
5. CORPORACIÓN BOSQUES DE ZAPALLAR. Parque El Boldo: Un hito en la conservación de la naturaleza de Chile. [en línea]
<<http://www.bosquesdezapallar.cl/espanol/parque.php>> [consulta: 25 noviembre 2012]
6. EMPRESAS CMPC. Parque Educativo Jorge Alessandri. [en línea]
<<http://www.cmpc.cl/responsabilidad-social/parque-educativo-jorge-alessandri/>> [consulta: 25 noviembre 2012]
7. PARQUE ALESSANDRI. [en línea]
<http://www.parquealessandri.cl/?page_id=21> [consulta: 25 noviembre 2012]
8. PARQUE ONCOL. Plan de Gestión y Conservación Parque Oncol. [en línea]
<<http://www.parqueoncol.cl/noticias/index.php?cod=1001>> [consulta: 25 noviembre 2012]
9. PARQUES PARA CHILE. Directorio Parques APP: Red de Parques Indígenas del Mapu Lahual. [en línea]
<http://www.parquesparachile.cl/index.php?option=com_jaddresses&task=details&catid=24&id=10&Itemid=50&country=X%20-%20Regi%F3n%20de%20Los%20Lagos&city=Provincia%20de%20Osorno&federal_state=&postcode=Comuna%20de%20R%EDo%20Negro,%20San%20Juan%20de%20la%20Costa%20y%20Purranque> [consulta: 25 noviembre 2012]
10. PARQUE PUMALÍN. [en línea]
<<http://www.parquepumalin.cl/content/esp/index.htm>> [consulta: 25 noviembre 2012]
11. PARQUE TANTAUCO. [en línea] <<http://www.parquetantauco.cl/>> [consulta: 25 noviembre 2012]
12. THE NATURE CONSERVANCY. Chile, nuestro parque privado en el hábitat mediterráneo. [en línea]
<<http://espanol.tnc.org/dondetrabajamos/chile/descubre/zapallar.html>> [consulta: 25 noviembre 2012]
13. _____ . Chile, Santuario de la Naturaleza Altos de Cantillana. [en línea]
<<http://espanol.tnc.org/dondetrabajamos/chile/descubre/cantillana.html>> [consulta: 25 noviembre 2012]

14. _____ . Reserva Costera Valdiviana. [en línea] <http://www.reservacosteravaldiviana.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=82&lang=es> [consulta: 25 noviembre 2012]
15. _____ . Chile, Reserva Costera Valdiviana. [en línea] <<http://espanol.tnc.org/dondetrabajamos/chile/lugares/valdiviana.html>> [consulta: 25 noviembre 2012]
16. UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Facultad de Ciencias. Estación experimental bosque San Martín. [en línea] <<http://www.ciencias.uach.cl/unidades/san-martin.php>> [consulta: 25 noviembre 2012]
17. WWF. Mapu Lahual. [en línea] <http://chile.panda.org/que_hacemos/protegiendo_biodiversidad/conservacion_comunidades/mapu_lahual/> [consulta: 25 noviembre 2012]

Tesis

1. BEZANILLA Lastrico, Mario Andrés. Servidumbres o derechos reales de conservación. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2005. 65 h.
2. DE LA FUENTE Castro, Osvaldo. La regulación jurídica del suelo desde una perspectiva ambiental. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.