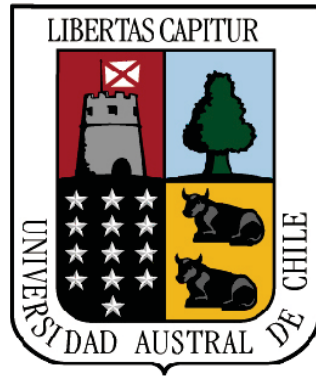


Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Instituto de Derecho Privado y Ciencias Derecho



**“EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIO AMBIENTAL EN CHILE Y SU
RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS REALES EXISTENTES EN EL CÓDIGO
CIVIL CHILENO”**

GUSTAVO ADOLFO MOLINA ALVES

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN

VALDIVIA- CHILE

2017



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN CHILE Y SU
RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS REALES EXISTENTES EN EL CÓDIGO
CIVIL CHILENO

Gustavo Adolfo Molina Alves

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título con que el Sr. Molina encabeza su trabajo da cuenta precisa del tema jurídico que enfrenta (aunque no resulta todo lo sintético que pudiera desearse). En efecto, el tesista realiza un estudio que detiene su mirada en la reciente institución del derecho real de conservación medioambiental (DRC, en lo sucesivo) y en la manera cómo ese nuevo derecho se inserta en el sistema tradicional de los derechos reales del Código Civil.

Con el propósito de iniciar su investigación, el tesista destina un capítulo inicial, adecuadamente breve, a realizar una introducción abordando el origen del DRC en la legislación chilena. A continuación, Molina destina un segundo capítulo a recapitular los derechos reales en la normativa legal chilena, con énfasis en aquellos que pudieran relacionarse o vincularse de algún modo con el DRC. Con esa base, el autor destina el siguiente y último capítulo de su texto a estructurar una mirada analítica sobre el DRC, y muy especialmente a su relación con las servidumbres.

Desde el punto de vista del fondo, debe decirse que el tema abordado por la memorista es de una razonable amplitud, y plantea un tema de relevancia, recién regulado por la ley, y respecto del cual está casi todo por decirse aún, tanto en la teoría como en la práctica. En este sentido, se trata de una tesis recopilatoria y analítica, y debe valorarse en tal sentido.

Por otra parte, la extensión relativa del tratamiento de las partes componentes del trabajo que se evalúa es adecuada y homogénea. La bibliografía utilizada puede calificarse como suficiente a los fines de un trabajo como este, que en lo que refiere a la literatura nacional, resulta exhaustiva; y el régimen de fuentes bibliográficas y de cita legal resulta riguroso. En cuanto a la forma, la redacción resulta sencilla y directa, con una sintaxis adecuada, que permite sin mayores dificultades la comprensión de las ideas, sólo con errores menores de redacción. El vocabulario técnico, por su parte, se halla empleado con mucha precisión.

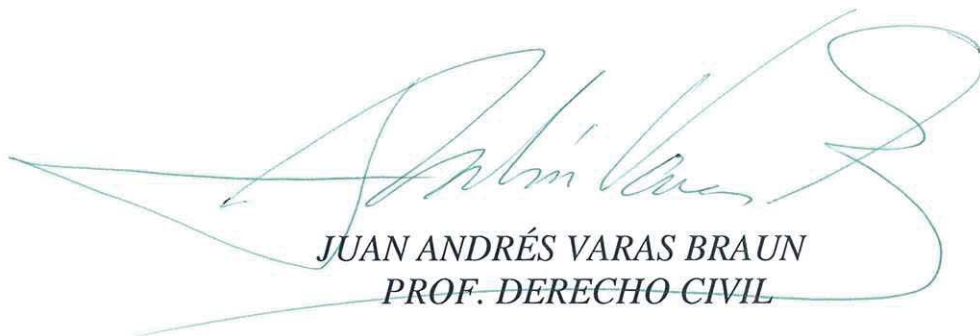


Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un tema novedoso interesante y acotado, bien planteada, y razonablemente desarrollada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de don Gustavo Adolfo Molina Alves, con nota 6,1 (seis coma uno), de manera que puede considerarse autorizada para empaste.



JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN..... 3

CAPÍTULO I: ORIGEN DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN EN CHILE..... 5

1. Situación actual de la conservación ambiental 5

2. Nueva Regulación y Experiencia Comparada 8

3. Doctrina nacional 10

CAPITULO II: DERECHOS REALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL..... 13

2.1 Sistema de los Derechos Reales en Chile 13

2.2 Derechos Reales 16

2.2.1 El dominio 16

2.3 Derechos Reales Limitados 19

2.3.1 Propiedad fiduciaria 19

2.3.2 Usufructo 21

2.3.3 Uso o Habitación. 23

2.3.4 Servidumbres 24

CAPITULO III: DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIO AMBIENTAL 28

3.1 Análisis de la Ley 20.930 28

3.2 Definición del derecho real de conservación y la facultad de conservar 29

3.3 Formas de constitución y extinción 30

3.4 Características del derecho real 32

3.5 Relación de las servidumbres con el derecho real de conservación 33

CONCLUSIONES..... 37

BIBLIOGRAFÍA..... 39

INTRODUCCIÓN

La conservación del medio ambiente es un desafío que genera interés en nuestro país y una gran atención a nivel internacional, incluso es objeto de discusión y de acuerdos internacionales entre los diversos países. Todo este interés se explica por variadas razones, entre las cuales se pueden destacar principalmente las económicas, las vinculadas a salud y a la preservación de la naturaleza, entre otras.

La actividad económica se vincula muy estrechamente con el medio natural, esto puede ser explicado porque gran parte de las actividades productivas se ejecutan sobre el medio ambiente, entre los ejemplos que se pueden destacar encontramos a la agricultura, la ganadería, la actividad forestal y las actividades extractivas en general. Todas ellas producen una serie de efectos negativos que impactan en el patrimonio medio ambiental llegando a generar consecuencias irreversibles o incluso a su destrucción. Es por todo esto que nos enfrentamos a un desafío importante, el de generar una armonía entre la actividad económica y el cuidado del medio ambiente. A raíz de lo anteriormente mencionado, aparece el concepto de desarrollo sostenible, el cual fue uno de los principales motivos en la moción parlamentaria que luego culminaría en la dictación de la ley 20.930 que establece “el derecho real de conservación medio ambiental”.

Esta investigación tiene como principal objetivo determinar qué herramienta jurídica es la más idónea para llevar a cabo la labor de conservar el patrimonio medio ambiental de un predio determinado, teniendo en consideración aspectos tales como: su estructura, facultades, características, forma de constitución y extinción.

En el primer capítulo abordaré lo relativo a los orígenes de esta institución, mencionando brevemente la experiencia de los Estados Unidos a través de las *conservation easement*, esto por la gran influencia que tuvo a la hora de diseñar el derecho real de conservación medio ambiental por parte de nuestro legislador, también mencionare otras experiencias presentes en el derecho comparado. Además, se realizará un análisis somero de las principales herramientas existentes en el derecho chileno vinculados a la tarea de conservación y la opinión de la doctrina nacional en relación con la existencia de un nuevo derecho real.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se realizará un análisis de los derechos reales existentes en nuestro Código Civil, con un especial énfasis a la categoría denominada por la doctrina nacional como “derechos reales limitados o limitativos del dominio”, considerando las características particulares de cada uno de ellos y de cómo éstas se relacionan con la labor de conservación medio ambiental de un predio.

Por último, en el tercer capítulo se analizará de manera especial la ley 20.930 que creó el nuevo derecho real de conservación medio ambiental, detallando la definición, normativa aplicable, características, formas de constitución y extinción, entre otros aspectos relevantes. Para poder luego concluir que instrumento entregado por nuestro derecho es más idóneo para llevar a cabo la conservación medio ambiental.

CAPÍTULO I: ORIGEN DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN EN CHILE

1. Situación actual de la conservación ambiental

La conservación del medio ambiente es una problemática que cada vez aumenta el interés tanto de los Estados como de las personas. Ésta ha sido vinculada históricamente a la actividad desarrollada por el Estado, quitándole protagonismo a lo realizado por los particulares. Hoy la conservación de carácter privado es ampliamente reconocida a nivel internacional, no sólo como una forma de conservar el patrimonio ambiental, sino que también como una herramienta de planificación financiera¹.

Esta actividad se vinculaba principalmente con el área del derecho ambiental, esta última ha demostrado que su regulación se ha visto superada por las necesidades y, por lo tanto, no ha sido suficiente, razón por la cual urge encontrar mecanismos adecuados para lograr una conservación acorde a las necesidades y desafíos que nos plantea el actual panorama mundial, en donde factores como el cambio climático juegan un rol fundamental en el desarrollo, tanto personal como del país.

El aporte de la conservación privada en nuestro país puede ser muy importante, considerando el rol fundamental que los particulares juegan en Chile, no tan sólo en las actividades económicas, como mayormente conocemos, sino que además, por las diversas áreas en que desempeñan sus labores². Por ello que es de suma importancia abordar este problema de manera tal que se incluyan a los particulares como actores fundamentales en la tarea de la conservación del patrimonio medio ambiental, al igual como ocurre con otras áreas tales como la educacional y de salud, en donde asumen un protagonismo relevante dado el gran impacto que produce su actuar en dichas áreas.

Nuestra legislación, en concordancia con el mandato constitucional relacionado a la protección ambiental, se encarga de desarrollar principalmente dos actividades: 1) evitar la contaminación, la cual se puede manifestar de diversas maneras; y 2) del mantenimiento directo del medio natural en zonas del territorio especialmente protegidas³. Es importante destacar que hasta antes de la dictación de la ley 20.930⁴, la protección medio ambiental contemplaba como

¹ Cfr., Boletín Nº 5823-07, "Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental", 2008, Página 1.

² Cfr, CRUZ GANTES, José: "Comentario crítico al proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación", en Duran Medina, Valentina (editora): *Derecho Ambiental en tiempos de reformas: actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010, Página 383.

³Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: "sobre un derecho real para la conservación del medio ambiente", En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.): *Estudios de Derecho Civil V*, Legal Publishing, Concepción, 2009, página 113.

⁴ Ley Nº 20.930 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental, Publicada en el Diario Oficial el día 25 de junio del 2016, artículo 3. En lo sucesivo Ley DRC.

uno de sus principales instrumentos, al “Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado”, este sistema ha recibido una serie de críticas, y entre ellas podemos destacar como de mayor importancia las siguientes:

- 1) Una deficiente representatividad de los bienes del patrimonio natural y cultural del país en el sistema de áreas protegidas y una inequitativa distribución a lo largo y ancho de Chile. Nuestro país cubre aproximadamente un 19% de la superficie terrestre en lo que dice relación con la conservación del patrimonio ambiental, pero el 84% de lo que se cubre corresponde a zonas protegidas en las regiones del extremo sur de nuestro país, entre ellas la región de Aysén y la de Magallanes, mientras que las regiones de Coquimbo, del Maule y Metropolitana tienen menos de un 1% de su territorio dentro del sistema de áreas protegidas.
- 2) Debilidades en su marco legal, que se manifiestan de las siguientes formas: a) ausencia de regulación respecto de determinadas categorías en relación a ciertas situaciones conflictivas que impiden asegurar la adecuada gestión de las áreas protegidas; b) limitaciones jurídicas para el monitoreo, control y vigilancia de las áreas protegidas públicas y privadas; c) inexistencia de una visión sistemática de conjunto para regular las áreas protegidas en términos jurídicos; d) lentitud en la adecuación de normativas internas para implementar los compromisos adquiridos por el Estado chileno en tratados internacionales.
- 3) Problemas institucionales, administrativos, operacionales y financieros, entre ellos los más destacados son el escaso desarrollo de investigación, trámites ante la autoridad administrativa que puede resultar tediosos, extensos y lentos y la insuficiencia presupuestaria, todo esto afecta de manera global al sistema de protección medio ambiental.
- 4) Las áreas privadas de protección o “APP”, que constituyen uno de los instrumentos para promover la conservación ambiental, no son un elemento central dentro del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, y se enfrentan a una serie de barreras para su utilización, entre ellos podemos destacar las siguientes: a) la ausencia de aportes financieros que ayuden a sostener el esfuerzo privado por la conservación; b) la débil capacidad de los gestores para realizar una conservación efectiva; c) vacíos legales que impiden asegurar una conservación a largo plazo y otorgar certeza jurídica frente a situaciones determinadas; y d) ausencia de herramientas e incentivos adecuados para promover la creación y garantizar su protección⁵.

Entre las deficiencias del derecho ambiental tradicional de la conservación de la biodiversidad, se destaca la incapacidad para establecer sistemas de generación, acumulación y

⁵Cfr., CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio: “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente, Nº 2, 2010, Página 179-181.

procesamiento de información y conocimiento. Esta carencia de conocimiento ha derivado en una falta de conocimiento respecto al impacto que provocan nuestras actividades en la evolución de la biodiversidad. Esta forma de entender al derecho ambiental tradicional provocó que el modelo utilizado para la conservación de la biodiversidad tenga la tendencia a excluir a las áreas protegidas de las actividades económicas locales y de la participación comunitaria, esto derivaría en sistemas de manejo para áreas de protección o conservación que no tenderían a generar prácticas de auto sustentabilidad económica ni a generar procesos de acumulación de conocimiento relativo a esta problemática⁶. El derecho real de conservación tiene entre sus objetivos establecer una vinculación entre el área económica y el área ambiental⁷, para así lograr dar solución a esta separación histórica que han sufrido las áreas recientemente expuestas como se menciona la historia de esta ley.

Ahora, dejando de lado la regulación y los instrumentos que nos provee el derecho ambiental, podemos hacer referencia a otras herramientas jurídicas que podrían ser utilizadas con el objetivo de conservar el patrimonio medio ambiental, entre ellas encontramos a los derechos reales, los cuales se encuentran regulados en el Código Civil. Entre ellos podemos mencionar los siguientes: el dominio, la propiedad fiduciaria, el derecho de uso o habitación, el usufructo y las servidumbres.

Estos diversos derechos reales no han sido utilizados por parte de los particulares con el destino o finalidad de promover la conservación del patrimonio ambiental, esto puede ser explicado por diversas razones, dentro de las cuales podemos encontrar que la estructura de los diversos derechos reales no se acomode a la tarea de conservar el patrimonio medio ambiental de un predio o que la finalidad con la que se constituyen no sea la de conservar, éstas junto a otras razones que serán expuestas con posterioridad en el presente estudio, pueden explicar por qué los instrumentos tradicionales del derecho civil no han logrado resolver este problema. Es por ello que la ley DRC se plantea como objetivo resolver esta problemática asociada a la promoción de la conservación medio ambiental por parte de los particulares. Esta ley busca entregar un sistema que promueva la conservación medio ambiental por parte de los privados, a través de una herramienta acorde a las necesidades y desafíos que plantea esta labor.

Dentro de los derechos reales ya mencionados, son las servidumbres las que tienen mayor cercanía con las herramientas que se han utilizado en el derecho comparado para intentar resolver el poco desarrollo privado en la conservación, es por esto que se realizará un análisis más exhaustivo respecto a su idoneidad para ser utilizadas como una alternativa viable y eficaz para promover la conservación del patrimonio medio ambiental, junto con una breve referencia a su utilización en el derecho comparado. Además del análisis a los demás derechos reales del Código

⁶ Cfr., UBILLA FUENZALIDA, Jaime: "La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación", en *revista de derecho ambiental*, Universidad de Chile, Número 1, 2002, Página 76.

⁷ Cfr., Boletín N° 5823-07, "Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental", 2008, Página 3.

Civil se buscará dar respuesta de por qué estos no han sido utilizados, por los particulares como herramientas que tengan como finalidad la conservación del patrimonio medio ambiental.

2. Nueva Regulación y Experiencia Comparada

El Derecho Real de Conservación Medio Ambiental fue promovido a través de una moción parlamentaria de fecha 17 de abril del año 2008, número de boletín 582307. Este proyecto de ley fue impulsado por nueve diputados y tuvo entre sus objetivos afrontar un importante desafío para nuestro país, el de alcanzar un “Desarrollo Sostenible”, esto es combinar el crecimiento económico y la utilización racional de los recursos naturales⁸. Además, esta figura viene a llenar un vacío en nuestra legislación en relación a los instrumentos necesarios para el desarrollo de la conservación privada, en opinión de los autores, este nuevo derecho real viene a proporcionar el marco jurídico idóneo, y le facilita a los dueños de los inmuebles e instituciones interesadas en contribuir con el propósito de la conservación, a través de este nuevo mecanismo simple y eficiente⁹. El proyecto de ley tuvo una larga discusión parlamentaria y solo después de ocho años fue promulgado bajo la Ley número 20.930 que establece “el derecho real de conservación medioambiental”.

Para la creación de este proyecto de ley se tuvo como principal referencia lo ocurrido en Estados Unidos, país que hace 30 años tenía muchas semejanzas con lo que ocurre actualmente en Chile, ya que la protección ambiental dependía principalmente de la actividad desarrollada por el Estado, no reconociendo la importancia de la labor de particulares. Este panorama cambia cuando un grupo de privados, en conjunto con el gobierno estadounidense, se propusieron como objetivo crear una herramienta jurídica que les permita tener un marco regulatorio acorde a las necesidades y exigencias que implica la protección medio ambiental¹⁰, para poder materializar sus deseos de promover la conservación de predios con patrimonio ecológico y así, de esta manera, participar de esta actividad con mecanismos que faciliten su actuar relacionado al medio ambiente.

El modelo estadounidense de conservación medio ambiental opera sobre la base de los “*land trust*”, esto es una institución estatal o una entidad privada, sin fines de lucro y que se dedica a la tarea de conservación del patrimonio medio ambiental, que asume la responsabilidad de ejecutar o supervisar la conservación de un predio determinado, todo esto en conformidad al pacto que se suscribió con el dueño de dicho predio. Entre las razones que justifican el éxito de las “*conservation easement*” en Estados Unidos podemos encontrar las siguientes: 1) la

⁸ Cfr., Boletín Nº 5823-07, “Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental”, 2008, Página 1.

⁹ Cfr., Ibíd., página 4.

¹⁰ Cfr., Ibíd., página 5.

existencia de beneficios tributarios para quienes se involucran en el desafío de la conservación del patrimonio ambiental; 2) los diversos mecanismos de financiamiento y apoyo a los “*land trusts*”; 3) la elaboración de normas y regulaciones, modelos de contratos y estándares¹¹; entre otras razones que han colaborado para que la conservación medio ambiental en este país tenga el desarrollo favorable que ha demostrado en las últimas décadas.

Además, del análisis que merece la experiencia vivida en Estados Unidos, es importante destacar también lo que se ha desarrollado en otras legislaciones, como por ejemplo lo ocurrido en el Reino Unido donde se contempla, además del típico derecho real de servidumbre, una institución denominada “*covenants*”, la cual consiste, al igual que en nuestro país, en un acuerdo entre dos o más partes que de manera voluntaria se obligan a suscribirlo, y que se establece en beneficio de una organización pública o privada que sea competente en materia de conservación.

El contenido de dicho acuerdo dependerá de la voluntad de las partes, las cuales tienen una amplia libertad para pactarlo, esto hace posible que se pueda constituir para diversos fines, como por ejemplo garantizar el derecho a paso, como lo que ocurre con nuestra servidumbre de paso; la posesión de un predio respecto de una persona, con fines científicos, culturales o de conservación en general, entre otros. Además de todo lo anterior cuentan con un sistema de registro, y su inscripción vincula incluso a los propietarios siguientes. Por último, cabe destacar que la regulación del Reino Unido incluyó incentivos tributarios para promover entre los particulares la utilización de esta institución¹².

Existen también otros ejemplos de aplicación de las servidumbres de conservación en hasta ahora dos países africanos, Uganda y Tanzania. El primero de ellos adoptó esta institución en el año 1995 y lo hizo a través de la “*national environmental act*”, mientras que el segundo país lo realizó en el año 1999 mediante la celebración del “*Environmental management and coordination act*”. Por otra parte, Australia también ha desarrollado esta institución en algunos de sus estados, entre ellos podemos destacar lo ocurrido en el estado de Victoria el año 1972 con la “*national parks and wildlife act*” y en el estado de New South Wales en el año 1974 a través de la “*national parks and wildlife act*”. Por último, podemos mencionar la experiencia de Canadá, este país ha tenido un mayor desarrollo en esta materia que los mencionados anteriormente, esto porque ha aplicado las “servidumbres de conservación” en al menos nueve de sus provincias hasta el año 2002¹³.

¹¹ Cfr., CRUZ GANTES, José: “Comentario crítico al proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación”, en Duran Medina, Valentina (editora): *Derecho Ambiental en tiempos de reformas: actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010, Página 381-382.

¹² Cfr., Carvajal Gómez, Ignacio: “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente, Nº 2, 2010, Página 188-189.

¹³ Cfr., CABEZA GALINDO, Isabel: “El Derecho Real de Conservación y sus desafíos”, *memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, 2014, página 10.

En Latinoamérica se debe destacar a dos países que han tenido una mayor vinculación con la utilización de herramientas jurídicas de carácter privado que promueven la conservación del patrimonio medio ambiental. Costa Rica utilizó por primera vez las servidumbres de conservación ecológicas en el año 1992 y lo hizo a través de la “Iniciativa para la conservación de tierras privadas de centro América”. Luego, en el año 1999, Ecuador constituye la primera servidumbre ecológica de América del Sur. Una característica común de las servidumbres ecológicas de Latinoamérica es que se constituyen de forma voluntaria mediante contratos suscritos a través de escritura pública entre los dos propietarios de los inmuebles y buscan limitar la realización de ciertas actividades, para así promover la conservación del patrimonio ambiental del predio¹⁴.

3. Doctrina nacional

En relación a la doctrina nacional, en su mayoría, coincide en la necesidad de crear un nuevo derecho real que tenga como objetivo principal la promoción de la conservación del patrimonio medio ambiental por parte de los particulares. Así mismo, ha valorado positivamente la tramitación y posterior promulgación de la ley DRC que establece el “derecho real de conservación medioambiental”.

Entre los autores destacados encontramos a Peñailillo, quien además de formar parte en la promoción de esta ley menciona cuatro ventajas que nos daría el diseño de esta nueva herramienta jurídica, entre ellas podemos destacar: A) Se mantiene, por regla general, la compatibilidad del nuevo Derecho Real con el destino productivo del predio; B) Se pueden crear estímulos, como por ejemplo el apoyo técnico mediante financiamiento público; C) Es una forma para incorporar formalmente las virtudes ecológicas de los inmueble a sus características, lo que colabora en un eventual aumento del precio total del inmueble; y por último D) A través de este instrumento se puede lograr una rebaja en los costos para las instituciones dedicadas a la protección ambiental¹⁵.

Por su parte, Carvajal Gómez enumera una serie de razones, que en su opinión, permiten que esta figura cumpla con la finalidad de integrar de manera efectiva a los propietarios privados y a la comunidad en general al proceso de conservación ambiental. Entre las razones que encontramos podemos mencionar en primer lugar que el derecho real de conservación ambiental proporcionará un marco jurídico idóneo para promover y garantizar la protección privada del

¹⁴ Cfr., CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio: “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente, N° 2, 2010, Página 189-190.

¹⁵ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “sobre un derecho real para la conservación del medio ambiente”, En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.): *Estudios de Derecho Civil V*, Legal Publishing, Concepción, 2009, Página 114-115.

patrimonio medio ambiental y, además, servirá de plataforma para posibles inversiones¹⁶. Es importante destacar en este último punto que el predio, pese a estar gravado, no perderá la opción de ser explotado económicamente, esta situación ampliará la cantidad de terrenos susceptibles de ser gravados por este nuevo derecho real¹⁷. Esto colabora en la intención de integrar de manera efectiva a los privados en la tarea de la conservación del medio ambiente, ya que la constitución de este derecho plantea la imposibilidad de transferirlo.

De acuerdo con Cruz Gantes quien también apoya la creación de este nuevo derecho real señala que “el derecho real de conservación permitiría 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. Por consiguiente, el derecho real de conservación es un instrumento que consideramos idóneo para cumplir con los fines descritos, por lo cual debe incorporarse en el ordenamiento jurídico chileno para canalizar la creciente preocupación pública y privada, nacional e internacional, por el cuidado de la naturaleza”¹⁸.

Por último, es importante mencionar el aporte que realiza Ubilla Fuenzalida, quien tuvo un rol fundamental en promover la creación del derecho real de conservación medio ambiental en nuestro país e incluso participó en la discusión del proyecto de ley. Este autor sostiene que la conservación de la biodiversidad no debía ser entendida de manera aislada como un problema exclusivo del derecho ambiental, sino por el contrario, debía considerarse especialmente la conservación privada como un instrumento de regulación necesario y que debía ser incluido en nuestra legislación. A pesar de la falta de regulación específica que existía, particulares desarrollaron de manera voluntaria diversas iniciativas de conservación, que llevaron a cabo de diversas maneras¹⁹. Esta falta de regulación a la que se refería terminó el año 2016 luego de la promulgación de la ley DRC, la cual viene a entregar un marco regulatorio para que los particulares que se interesen en la conservación del patrimonio medio ambiental de los predios puedan materializar sus intenciones, a través de mecanismos aptos y dirigidos especialmente para la finalidad de conservar.

Una opinión que no coincide con las recientemente citadas, se encuentra en el trabajo de investigación de Bezanilla Lastrico, quien afirma que las servidumbres poseen las características necesarias para que sean utilizadas con la finalidad de conservar el patrimonio medio ambiental

¹⁶Cfr., CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio: “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente, Nº 2, 2010, Página 218.

¹⁷ Cfr., CABEZA GALINDO, Isabel: “El Derecho Real de Conservación y sus desafíos”, *memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, 2014, página 199.

¹⁸ CRUZ GANTES, José: “Comentario crítico al proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación”, en Duran Medina, Valentina (editora): *Derecho Ambiental en tiempos de reformas: actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010, página 380-381.

¹⁹ Cfr., UBILLA FUENZALIDA, Jaime: “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación”, en *revista de derecho ambiental*, Universidad de Chile, Número 1, 2002, página 72-73.

de un predio²⁰. Esta opinión es minoritaria en relación a las anteriormente expuestas, ya que la doctrina mayoritaria en nuestro país difiere de esta afirmación, los autores coinciden en la necesidad de crear una nueva herramienta, como lo hizo la Ley 20.930. Este nuevo derecho real es un hecho positivo para el desarrollo de nuestra legislación, y que nos permitirá avanzar en la conservación del patrimonio medio ambiental, mediante una figura jurídica idónea para dicho fin.

²⁰Cfr., BEZANILLA LASTRICO, Mario: “Servidumbres o derechos reales de conservación”, disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/bezanilla_m/html/index-frames.html, visitado el 15 de noviembre de 2017 a las 11:50.

CAPÍTULO II: DERECHOS REALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

2.1 Sistema de los Derechos Reales en Chile

Los derechos reales provienen de la regulación del Libro II del Código Civil chileno, titulado “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”. En el artículo 565 de este Código se señala lo siguiente: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Respecto de las cosas corporales el artículo 566 del mismo Código señala que éstas serán muebles e inmuebles.

Por su parte el artículo 576 del Código Civil establece que: “Las cosas incorporeales son derechos reales o personales” y es dentro de la categoría de los derechos reales en donde podemos situar al “derecho real de conservación medio ambiental”, el cual fue creado por el legislador a través de la ley DRC.

El artículo 577 establece que: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”. Ahora, en relación con las características que destaca la doctrina respecto a los derechos reales se pueden mencionar las siguientes:

- 1) En el derecho real se señala que existe una relación directa entre el titular y la cosa: esto se refiere al hecho de que no se requiere de ninguna autorización o de algún comportamiento ajeno para poder ejercer el derecho sobre la cosa.
- 2) El objeto del derecho real sólo puede ser una cosa: la acción del titular de un derecho real siempre se dirige hacia la cosa, no hacia otra persona, por ello no puede tener el derecho real como objeto una prestación o un hecho, ya que aquellos son los objetos de los derechos personales.
- 3) El derecho real es absoluto: éste carácter se entiende en relación a su ejercicio, el titular ejerce su derecho *erga omnes* y no *inter partes*, esto quiere decir que la relación directa con la cosa se verifica respecto de todos, es oponible a todos. Esto significa que toda la sociedad actúa como sujeto pasivo y debe respetar el ejercicio legítimo de este derecho y obtenerse de realizar conductas que lo obstaculicen.

- 4) Existe un número limitado de derechos reales y su fuente siempre es la ley: sólo a través de la ley pueden crearse derechos reales, impidiendo de esta manera que los particulares los creen en ejercicio de la autonomía de la voluntad²¹.

Las características recién mencionadas entregan una aproximación general de los derechos reales, los que serán objeto del presente estudio, el cual se centrará en el análisis de éstos y, además, se considerará especialmente a una sub categoría que la doctrina ha catalogado como los “derechos reales limitativos del dominio”. Estos corresponde a derechos que, comparados con el derecho real de dominio, presentan un contenido más limitado o reducido, sin embargo esto no constituye una disminución de las facultades que el dominio otorga, sino que son condiciones normales de la existencia y ejercicio de la propiedad que se imponen por el sólo hecho de que se desenvuelva como una institución jurídica²². Entre los derechos reales que se encuentran dentro de esta categoría, se puede mencionar a la propiedad fiduciaria, el uso o la habitación, el usufructo y las servidumbres, todos éstos serán objeto de estudio para el desarrollo de esta memoria.

Es importante mencionar que no formarán parte del presente estudio los siguientes derechos reales: de herencia, la prenda, la hipoteca y el censo. La razón de porqué estos derechos serán excluidos se explica a partir de las características que cada uno de estos derechos reales poseen, y de cómo éstas se pueden vincular a labor de conservación medio ambiental, la cual exige la realización de ciertas actividades que no se compatibilizan con las características que cada derecho real presenta.

En relación con el derecho real de herencia, éste no se encuentra definido en el Código Civil, pero la doctrina ha entendido que es aquel derecho real que se tiene sobre la totalidad del patrimonio de una persona difunta o sobre una cuota de éste, con excepción de aquellos derechos que son intransmisibles²³. Esto difiere absolutamente de lo que se pretende llevar a cabo a través de un proyecto de conservación ambiental, por lo que no se justifica su análisis en el presente estudio.

Por otro lado, se encuentra la prenda y la hipoteca. Ambos derechos reales pertenecen a una categoría denominada por la doctrina como “derechos reales de garantía”, éstos se caracterizan por facultar la utilización indirecta de la cosa, esto quiere decir su valor de cambio, para el caso en que una obligación cuya ejecución se garantiza no sea cumplida. La prenda se

²¹ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *explicaciones de derecho civil: bienes*, tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 19.

²² Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 79.

²³ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *explicaciones de derecho civil: bienes*, tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 63.

utiliza sobre bienes muebles como garantía de un crédito, mientras que la hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles²⁴.

Por último, el censo es un derecho real que no aparece dentro del listado que realiza el artículo 577 del Código Civil, sino que es calificado como derecho personal y real en el artículo 579 del mismo cuerpo legal. La naturaleza jurídica de este derecho se asemeja al mutuo hipotecario o al préstamo con interés garantizado con hipoteca, pero el censo posee características propias y peculiares que lo distinguen. Además, otro punto que es importante destacar es el poco uso práctico que recibe ésta institución en nuestro tiempo²⁵. Ambas razones nos hacen concluir que este derecho no merece un análisis para el presente estudio, considerando además su poca cercanía con la labor de conservación.

Respecto con la forma en que se crean los derechos reales, la doctrina mayoritaria se ha manifestado a favor de la idea de que sólo se pueden crear derechos reales a través de la ley, a esto se le conoce también como el sistema de *numerus clausus*. Esto quiere decir que se le niega la posibilidad a un particular, que a través de la autonomía de la voluntad, cree derechos reales no contemplados en la legislación vigente, por lo que sólo se pueden utilizar los que la ley consagra²⁶. Así también lo señala Peñailillo, quien a propósito de la discusión de si se admite el derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico, aborda la cuestión relativa a la posibilidad de que los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan crear derechos reales atípicos²⁷. Esta opinión viene a reafirmar lo que la doctrina mayoritaria expresa en nuestro país.

Es necesario mencionar la existencia de una parte de la doctrina que discrepa con la opinión mayoritaria y expresa que en Chile sí existe la posibilidad de crear ciertas figuras que pueden calificarse como derechos reales y que no se encuentran tipificadas expresamente en la ley, es decir, postula la teoría de un sistema de *numerus apertus*. Una de las razones que apoya a esta opinión es que el Código Civil no contiene ningún artículo que prohíba expresamente esta situación, por lo que al no existir una norma prohibitiva en este aspecto los particulares podrían crear derechos reales no tipificados en la ley²⁸, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad que cada persona posee.

Con la interrogante ya resuelta sobre qué sistema predomina en nuestra legislación, es importante referirse a la posibilidad de encontrar derechos reales fuera de la enumeración que realiza el artículo 577 del Código Civil. La doctrina nacional ha determinado de manera

²⁴ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 79-80.

²⁵ Cfr., *Ibíd.*, página 82.

²⁶ Cfr., *Ibíd.*, página 243.

²⁷ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: "Por si acogemos el derecho de superficie", En BARCIA LEHMANN, Rodrigo (coord.): *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2003, Página 109-110.

²⁸ Cfr., BORZUTZKY ARDITI, Alejandro: *El derecho de superficie*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1971, Página 195-196.

mayoritaria que esta enumeración no es taxativa, sino que por el contrario es meramente ejemplar. Existe, incluso dentro del Código Civil una disposición que establece un derecho real no contenido en el listado que realiza el artículo 577, éste corresponde al derecho real de censo. También podemos encontrar una serie de derechos reales regulados fuera del Código Civil, como ocurre con los siguientes derechos: el derecho de aprovechamiento de aguas, las concesiones mineras, el derecho de autor de obras literarias y artísticas, la anticresis o prenda pretoria y prendas especiales²⁹. La creación de este nuevo derecho real por parte de la Ley DRC no conlleva mayor problema en opinión de la doctrina nacional mayoritaria, ya que se ajusta a todos los parámetros considerados como correctos por la doctrina nacional.

2.2 Derechos Reales

2.2.1 El dominio

El dominio o también denominado propiedad se encuentra definido en el título segundo del libro segundo del Código Civil, artículo 582, el cual señala lo siguiente: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”. La importancia de este concepto es innegable, sobre él se construye la teoría de los bienes y junto al concepto de contratos constituyen las bases sobre las cuales se estructura la economía de mercado³⁰, su relevancia traspasa el ámbito del derecho civil e influye en varias áreas del derecho, por lo que se puede determinar que su importancia afecta al ordenamiento jurídico en general.

De la definición que nos entrega nuestro Código Civil se logran extraer varias características, respecto de las cuales la doctrina mayoritaria de nuestro país coincide, entre ellas destacan las siguientes:

1. Es un derecho real: esto quiere decir que se ejerce directamente sobre una cosa, sin que medie en esta relación una persona.
2. Es un derecho absoluto: le confiere al titular del derecho de dominio el poder jurídico más completo que se puede tener sobre una cosa determinada, entrega las facultades de uso, goce y disposición.
3. Es un derecho perpetuo: el dominio no está sujeto a una limitación temporal. Esta perpetuidad se manifiesta de dos maneras, la primera es que el dominio subsiste mientras

²⁹ Cfr., BARCIA LEHMANN, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De los Bienes*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, página 12.

³⁰ Cfr., *Ibíd.*, página 27.

la cosa exista, pudiendo transferirse o transmitirse el derecho sobre ella; la segunda manera es que la propiedad no se extingue por el no uso de la cosa o por el simple lapso del tiempo.

4. Es un derecho exclusivo y excluyente: la exclusividad se manifiesta a través del impedimento para que dos derechos independientes existan al mismo tiempo sobre una cosa, y el carácter excluyente se traduce en que solo el dueño puede ejercer los atributos del dominio, excluyendo a otros individuos³¹.

Existe una quinta característica que ha sido tratada por la doctrina moderna y dice relación con la abstracción y la elasticidad del dominio. Esta característica responde a una visión de la propiedad como una unidad orgánica y no como suma de facultades. Es abstracto en el sentido de que su existencia difiere y es independiente de los atributos o facultades que entrega este derecho real, ahora respecto a la elasticidad, esta dice relación con la capacidad que tiene el dominio para reducirse por la concurrencia de otros derechos reales, por ejemplo, lo que ocurre cuando se constituye un usufructo sobre la cosa, se le restringiría la facultad de gozar al titular del derecho de dominio, ya que esta se entregaría a un tercero, pero se podría retomar la plenitud del derecho extinguiendo dicho usufructo³², esta característica, que ha sido tratada por la doctrina moderna, tiene directa relación con el nuevo derecho real de conservación medio ambiental, esto por la posibilidad de que a través de la constitución de un derecho real de conservación, se limiten ciertas facultades que se tiene sobre el dominio del predio respectivo, con la finalidad de utilizar esta nueva institución.

Teniendo clara las principales características del dominio, que han sido destacadas por la doctrina nacional, es necesario abordar las facultades, o también conocidos como atributos, que emanan del derecho real de dominio. Éstas se desprenden de la definición del artículo 582 del Código Civil, y han sido calificadas de la siguiente manera:

1. Facultad de usar: a pesar de que la redacción del artículo 582 no lo explicita, se ha entendido que se encuentra incluida en la facultad de goce y se refiere al derecho que tiene el propietario para utilizar o servirse de la cosa.
2. Facultad de gozar: se refiere al derecho que tiene el dueño para beneficiarse de todos los frutos y productos que se obtenga de la cosa.
3. Facultad de disponer: esta deriva del carácter absoluto y significa que el dueño puede disponer de la cosa arbitrariamente y según su voluntad, con las limitaciones que establece la ley y el derecho ajeno. Dentro de esta facultad se distingue entre disponer material o jurídicamente, la primera dice relación con la posibilidad de modificar o destruir la cosa, mientras que la última se refiere a celebrar negociaciones con terceros respecto de la cosa,

³¹ Cfr., *Ibíd.*, pág. 29-30

³² Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, Página 39-40.

por ejemplo dándola en arriendo, gravándola con prenda o hipotecas, transfiriéndola, entre otras³³.

Ahora, en relación a la forma en que se constituye el dominio, la doctrina mayoritaria en nuestro país está de acuerdo con la teoría tradicional, esta sostiene que para la constitución y transmisión de los derechos reales se necesita el contrato o acto constitutivo necesario y un modo de adquirir. Esta teoría tuvo sus orígenes en el derecho romano, y luego fue ampliada y desarrollada por los intérpretes de la Edad Media, a pesar de los diversos cuestionamientos que ha recibido la teoría tradicional, es la que nuestro Código Civil consagra³⁴. Con relación a los modos de adquirir el dominio, estos se encuentran enumerados en el artículo 588 del Código Civil, dicha enumeración no es taxativa, estos modos son los siguientes:

- 1) La ocupación: este modo sirve para adquirir las cosas que no le pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes nacionales o el derecho internacional.
- 2) La accesión: modo a través del cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella.
- 3) La tradición: consiste en la entrega que realiza el dueño de la cosa a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad de adquirirlo, este es el modo de adquirir más utilizado en la práctica, esto provoca que deba analizarse con mayor atención que los demás modos.
- 4) La sucesión por causa de muerte: se utiliza para los casos en que una persona muere y deja bienes y derechos transmisibles.
- 5) La prescripción adquisitiva: se trata de un modo de adquirir las cosas ajenas por haberlas poseído durante un lapso de tiempo, y concurriendo ciertos requisitos establecidos expresamente por la ley.
- 6) Por último se encuentra la ley: en ciertos casos es utilizada como modo de adquirir, como ocurre por ejemplo con el usufructo legal³⁵.

En último lugar, respecto de las causales de terminación del derecho real de dominio, éstas no tienen una regulación sistemática en nuestro Código Civil pero la doctrina nacional se ha encargado de clasificarlas en dos modos o formas de extinción del dominio, entre ellos destacan el modo absoluto y el relativo. Para los primeros existe la destrucción de la cosa, recuperación de libertad por parte de animales cautivos o domesticados, especies al parecer perdidas, la inenajenabilidad y el abandono³⁶.

Por otra parte, en los modos de terminación relativos encontramos principalmente la transferencia, ya sea voluntaria o prescindiendo de la voluntad del titular del derecho. En la

³³ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 62 - 63.

³⁴ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 133.

³⁵ Cfr., *Ibíd.*, página 135.

³⁶ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 71.

primera de ellas encontramos la tradición a través de los títulos traslaticios respectivos, mientras que en la última se pueden encontrar diversas formas, como por ejemplo la accesión, expropiación y la prescripción adquisitiva³⁷.

2.3 Derechos Reales Limitados

Esta categoría de derechos se les denomina “limitados o restringidos” porque al compararlos con el derecho real de dominio presentan un contenido reducido o más limitado, como se logrará ver a continuación a través de una descripción general de estos derechos reales. La doctrina los ha clasificado en dos grandes categorías y las ha denominado “derechos reales limitados de goce y de garantía”. Los primeros permiten el uso directo de la cosa, mientras que los segundos nos facultan para una utilización indirecta de ésta. Entre los derechos reales limitados de goce encontramos los siguientes: el fideicomiso, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres prediales. Por otra parte, entre los derechos reales limitados de garantía se pueden mencionar a la prenda y a la hipoteca³⁸. Serán analizados a continuación, en el mismo orden que fueron enumerados, los derechos reales de goce recién mencionados.

2.3.1 Propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria es un derecho real que se encuentra regulado en el Título VIII del Libro Segundo del Código Civil, y su definición la realiza el artículo 733 del mismo Código. Entre sus aspectos principales se debe destacar que este derecho real se opone a la idea de la propiedad absoluta, ya que esta se encuentra sometida al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de existir una condición resolutoria³⁹.

Esta institución tuvo sus orígenes en el Derecho Romano y se utilizó principalmente para burlar los impedimentos que tenían algunas categorías de ciudadanos para adquirir y gozar de ciertos derechos, luego, al llegar a la edad media, se utilizó como mecanismo para conservar fortunas a través de los fideicomisos perpetuos y sucesivos. Por su parte, la legislación nacional acogió los postulados liberales de fines del siglo XVIII, los cuales buscaban impedir el entorpecimiento de la libre circulación de la riqueza, prohibiendo de esta manera la constitución sucesiva y perpetua de dichos fideicomisos, hoy en día esta institución se utiliza principalmente para dirigir el destino de un bien o una fortuna al menos en una primera transferencia o

³⁷ Cfr., *Ibíd.*, Página 71.

³⁸ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, Página 79- 80.

³⁹ Cfr., *Ibíd.*, página 87.

transmisión⁴⁰, esto concordancia a los cambios que surgen a partir de los postulados liberales del siglo XVIII, reduciendo de esta manera la utilidad de esta institución.

Ahora, en relación a la posibilidad de utilizar esta institución para fines de conservación del patrimonio medio ambiental, debemos analizar los elementos y características principales de la propiedad fiduciaria. Entre los elementos que constituyen a este derecho real se destacan los siguientes:

- 1) La existencia de una cosa susceptible de darse en fideicomiso: el artículo 734 del Código Civil señala que sólo se puede establecer un fideicomiso sobre la totalidad de una herencia, una cuota de ella o sobre uno o más cuerpos ciertos.
- 2) Deben concurrir 3 personas, el constituyente, el propietario fiduciario y fideicomisario;
- 3) Una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del propietario fiduciario al fideicomisario⁴¹.

Sobre este último elemento, es importante señalar que se trata de una condición resolutoria para el propietario fiduciario, y suspensiva para el fideicomisario, por otro lado, el artículo 739 de Código Civil establece un plazo de duración máximo de 5 años de la condición, si esta se encuentra pendiente por un plazo mayor al recién señalado se entenderá de pleno derecho fallida⁴². En relación con derecho real de conservación, se establece en el artículo 3 de la ley 20.930⁴³, como regla general, que la duración será indefinida, salvo que las partes pacten algo distinto. La intención del legislador es clara en buscar una duración prolongada e incluso la perpetuidad de este nuevo derecho real, para poder cumplir de manera satisfactoria con los fines de la institución, ya que necesita un desarrollo a largo plazo para que se pueda ver materializada las labores de conservación en el predio.

Finalmente, me referiré a la constitución y extinción de este derecho real. Respecto a la primera de ellas, la propiedad fiduciaria según el artículo 735 del Código Civil, sólo se puede constituir por acto entre vivos otorgados en instrumento público o por acto testamentario. Algo similar ocurre con el derecho real de conservación, ya que este sólo se puede constituir a través de escritura pública y la posterior inscripción de esta en el registro del conservador de bienes raíces respectivo.

Ahora, en relación con la terminación de la propiedad fiduciaria, el artículo 763 del Código Civil señala que este derecho se extinguirá por:

1. Por la restitución;

⁴⁰ Cfr., PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 195.

⁴¹ Cfr., *Ibíd.*, página 196.

⁴² Cfr., *Ibíd.*, página 198.

2. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendendo, y se verifica la retroventa;
3. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 807;
4. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los substitutos;
5. Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil;
6. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

2.3.2 Usufructo

El usufructo es un derecho real y se encuentra en la enumeración que realiza el artículo 577 del Código Civil, por otra parte, su definición la establece el artículo 764 del mismo código, y lo hace de la siguiente manera: “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”. Este derecho real supone que nos encontremos ante dos derechos coexistentes sobre una misma cosa, por un lado tenemos al propietario de la cosa y por el otro al usufructuario, el primero tiene la facultad de disposición, mientras que el último tiene la facultad de uso y goce de la cosa. Respecto a las cosas sobre las cuales se puede constituir el usufructo, se ha entendido que pueden ser objeto de este derecho real todas las cosas, ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales y bienes en unidad total o una de sus partes⁴⁴.

Entre las características principales que destaca la doctrina nacional, encontramos las siguientes:

- 1) Es un derecho de goce, comprende tanto la facultad de uso como la de goce. También se le califica como un derecho de goce completo, ya que permite gozar, tanto de los frutos civiles como los naturales.
- 2) Es un derecho real, se ejerce sobre la cosa sin respecto a determinada personas, en oposición a lo que ocurre con los derechos personales.
- 3) Es una limitación al dominio, puesto que impide que el titular de dicho derecho pueda ejercer sus facultades de uso y de goce, permitiéndole solo ejercer la facultad de disposición.

⁴⁴ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, Página 129.

- 4) Es un derecho temporal, en oposición a lo que ocurre con el dominio que es un derecho perpetuo, así lo establece en el artículo 765 del Código Civil.
- 5) Es un derecho intransmisible, no se traspasa a los herederos.
- 6) Es un derecho sujeto a plazo, en oposición a lo que ocurre con el fideicomiso que está sujeto a una condición.
- 7) Es un derecho sobre cosa ajena⁴⁵.

Respecto a la forma en que se puede constituir un usufructo, esto puede realizarse de 4 modos diferentes, así lo señala el artículo 766 del Código Civil. Los modos son los siguientes: mediante una Ley; testamento; donación, venta u otro acto entre vivos; y por prescripción.

En relación con el otro extremo, la doctrina mayoritaria coincide y realiza una sistematización de las formas de extinción de este derecho real. Entre ellas encontramos las siguientes:

- 1) Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición establecidos.
- 2) Por la muerte del usufructuario.
- 3) Por resolución del derecho del constituyente.
- 4) Por consolidación del usufructo con la nuda propiedad.
- 5) Por prescripción.
- 6) Renuncia del usufructuario.
- 7) Por destrucción completa de la cosa fructuaria.
- 8) Por sentencia judicial⁴⁶.

Relacionado a la posibilidad de utilizar al usufructo para fines de conservación, debemos analizar sus características y también considerar la utilización que históricamente se la ha dado a este derecho real. Respecto a las características es importante abordar las formas de constitución de este derecho, entre ellas, la que concentra mayor interés en este estudio es la voluntaria, por lo general esta se constituye a través de testamentos o actos jurídicos entre vivos. En relación a la primera manera, es frecuente que el usufructo se constituya a través de una cláusula testamentaria⁴⁷, pero realizarlo de esta manera provocaría dificultades para quien desee constituir el usufructo para conservar el patrimonio medio ambiental de un predio, ya que sus intereses se traspasarían a sus herederos, los cuales pueden tener deseos totalmente opuestos a los de su causante, lo que evidentemente entorpece la posibilidad de que los intereses de conservar un predio se lleven a cabo.

Respecto a los actos jurídicos entre vivos, la constitución de estos se puede hacer por dos vías diferentes, ya sea a través de la enajenación del bien o la retención de este, dependiendo de

⁴⁵ Cfr., *Ibíd.*, página 128.

⁴⁶ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 209-211.

⁴⁷ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, Página 141-143.

lo que deseen las partes⁴⁸. Pero el problema asociado a estos surge en lo relacionado al tiempo máximo por el cual se puede constituir un usufructo, ya que este derecho real tiene como límite en su duración la muerte del usufructuario, por lo que no se traspasa a los herederos, esto complicaría la labor de conservación, ya que esta, por su naturaleza, requiere de una ejecución a largo plazo, y esta limitación en la duración del derecho real de usufructo provoca que su utilización con el fin de conservar el patrimonio medio ambiental de un predio se haga complicado.

2.3.3 Uso o Habitación

Estos derechos reales son tratados en conjunto en el artículo 811 del Código Civil, el cual los define de la siguiente manera: “El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”. Como se desprende de la definición, nos encontramos frente a dos derechos reales diferentes, los cuales se califican de una u otra manera según la naturaleza de la cosa sobre la que recaen.

En Roma, este derecho fue entendido como el derecho de servirse de una cosa ajena conservando la sustancia de ésta, pero sin percibir ninguno de los frutos que emanaran de ella. Posteriormente esta noción es ampliada para incluir una parte del goce de la cosa, por ejemplo lo que ocurre con el uso de las cosas consumibles, en donde no se puede separar el uso del goce. Hoy su naturaleza está definida, ambos son derechos reales y ambos son títulos de mera tenencia respecto de la cosa, esto quiere decir que tanto el usuario como el habitador reconocen el dominio ajeno de la cosa⁴⁹.

El derecho real de uso y de habitación posee ciertas semejanzas con el derecho real de usufructo, pero el contenido de los primeros es más restringido. El titular de dichos derechos reales posee menos libertades en el ejercicio de sus facultades, así lo sostiene la doctrina mayoritaria de nuestro país⁵⁰. En relación con las formas de constitución y extinción, tanto del derecho real de uso como el de habitación, son similares a las del usufructo, así lo señala expresamente el artículo 812 del Código Civil, con la única diferencia de que no existe la constitución a través de la ley.

Considerando ahora las características, la doctrina nacional las ha clasificado de la siguiente manera:

⁴⁸ Cfr., Ibíd., página 141.

⁴⁹ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *Explicaciones de derecho civil: Bienes*, Tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 387.

⁵⁰ Cfr., BARCIA LEHMANN, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De los Bienes*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, página 179.

- 1) Son derechos reales.
- 2) Son derechos personalísimos.
- 3) Es inembargable.
- 4) Por regla general el titular no tiene las obligaciones de rendir caución e inventario.
- 5) se limitan a las necesidades personales del usuario o habitador, estas necesidades comprenden las de las respectivas familias.
- 6) El usuario o habitador debe ejercitar su derecho con moderación y cuidado de un buen padre de familia⁵¹.

En cuanto con la posibilidad de utilizar este derecho real para la conservación medio ambiental, y teniendo presente las características recién descritas, se hace difícil imaginar que este derecho nos ayude a llevar a cabo un proyecto de conservación del patrimonio medio ambiental de un predio, principalmente por su carácter personalísimo, este implica que sólo puede ejercer dicho derecho el titular de este, y no puede ser traspasado a terceros, ya sea por testamento o acto entre vivos. Esto se vincula directamente con la necesidad de desarrollar estos proyectos a largo plazo, por las especiales características que posee la conservación medio ambiental. Esto último se manifiesta a través de la intención que tuvo el legislador de establecer como regla general la duración indefinida del derecho real de conservación, dejando de lado plazos y condiciones que puedan afectar su utilización.

2.3.4 Servidumbres

Este derecho real se encuentra regulado en el título XI del libro II de nuestro Código Civil, y su definición la realiza el artículo 820 del mismo Código, y señala lo siguiente: “servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”. La explicación histórica de la expresión “servidumbre predial o simplemente servidumbre” se remonta a cierta época del derecho romano, en la cual se agruparon algunos derechos reales en dos categorías denominadas servidumbres personales y prediales, las primeras se referían a ciertos derechos que se establecían en beneficio de una persona determinada, como el usufructo o el uso, mientras que las servidumbres prediales se referían a las que se establecían en beneficio de un predio determinado. Esta clasificación sufrió un cambio luego que el Código Francés recogiera los principios de la revolución, eliminando, aunque solo de nombre, las servidumbres personales, refiriéndose a aquellos derechos a través de sus denominaciones específicas⁵². Nuestro Código Civil adopta también lo que hizo el Código

⁵¹ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, página 213.

⁵² Cfr., *Ibíd.*, página 215.

Francés y le da el nombre de servidumbres solo a las prediales, dejando de lado la distinción realizada por el derecho romano.

Con respecto a la importancia de las servidumbres, esta se visualiza sobre todo en situaciones en que un inmueble determinado, que por su propia naturaleza, estructura o ubicación se encuentra desprovisto de ciertas ventajas o recursos materiales para su adecuado uso, goce o explotación, por ello la ley permite que mediante el concurso de inmuebles ajenos estos inconvenientes puedan superarse a través de esta institución. Las servidumbres constituyen una limitación de la propiedad inmueble de una persona en favor de la propiedad inmueble de otra, por lo general esta limitación es mínima en comparación a la utilidad que resulta de ella para el predio beneficiado, y que muchos predios no podrían o se les dificultaría su explotación si no fuera por la existencia de una servidumbre a su favor⁵³.

En relación a la relevancia que tienen en el presente estudio, esto se explica por la utilización que se la ha dado, en el derecho comparado, como herramienta para la conservación ambiental, entre ellos podemos destacar las servidumbres de conservación utilizadas en Estados Unidos, a pesar de las diferencias lógicas que existen entre ambas legislaciones, estas han sido el principal modelo a seguir para la creación del derecho real de conservación para los legisladores nacionales; en Costa Rica por ejemplo se utilizan servidumbres ecológicas a través de los mecanismos legales que entrega el derecho civil tradicional⁵⁴. Estos son sólo dos ejemplos, que a pesar de las diferencias normales entre cada una de las regulaciones, son importantes por la influencia que tuvieron en la creación de nuestra legislación. Esta experiencia comparada será importante también al momento de analizar la regulación del derecho real de conservación con mayor profundidad.

La definición que hace nuestro legislador de las servidumbres las presenta como relaciones directas entre dos predios, el sirviente y el dominante. Esto no significa que no exista la intervención de personas en esta relación jurídica, sino que se busca poner de relieve que en estas relaciones el beneficio no es puramente personal para el dueño, sino que es para el predio dominante, a esto es lo que se le denomina “predialidad” de las servidumbres. Todo esto se manifiesta cuando un predio determinado obtiene un incremento que se traduce en un mayor valor, o al menos, obtiene una mayor comodidad, esto puede calificarse como ventaja para un predio⁵⁵.

⁵³ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 179.

⁵⁴ Cfr., CABEZA GALINDO, Isabel: “El Derecho Real de Conservación y sus desafíos”, *memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, 2014, página 8-10.

⁵⁵ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 180.

Las servidumbres han sido clasificadas por nuestro Código Civil, y por su parte la doctrina se ha encarado de agruparlas en base a diferentes factores, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- 1) Según su ejercicio se pueden clasificar como continuas o discontinuas, para determinar esta continuidad o discontinuidad se deberá apreciar de manera objetiva y universal en relación a la naturaleza del gravamen que constituye la servidumbre.
- 2) Según el carácter del gravamen se puede calificar como positivas y negativas, así lo establece el artículo 823 de nuestro Código Civil. En la primera se le impone al propietario del predio sirviente la obligación de dejar de hacer algo, mientras que en las negativas al dueño del predio sirviente se le impone la prohibición de hacer algo, que sin existir la servidumbre sería lícito realizarlo.
- 3) Según las señales de su existencia puede ser aparentes e inaparentes, la distinción depende de ciertas circunstancias materiales más o menos accidentales, según esto se calificara de una u otra manera.
- 4) Según su origen encontramos a las naturales, legales y voluntarias. Respecto de las primeras, nuestro Código Civil solo contempla una servidumbre de esta naturaleza y se le denomina de “libre descenso o escurrimiento de las aguas”. Respecto de las segundas, se debe destacar que son aquellas que impone la ley, en ella encontramos una sub clasificación, entre las servidumbres de utilidad pública y aquellas de utilidad privada. Por último las voluntarias emanan del ejercicio de la autonomía de la voluntad de cada individuo, teniendo como límites la ley y el orden público⁵⁶. Esta categoría será analizada con posterioridad por la relevancia que constituye para el análisis del presente estudio.

Respecto a las características de este derecho real, la doctrina mayoritaria las ha clasificado de la siguiente manera:

- 1) Es un derecho real inmueble, esto porque se ejerce sin respecto de determinada persona, y sigue existiendo a pesar de que el predio sirviente cambie de propietario.
- 2) Es un derecho accesorio, ya que es inseparable al predio en que activa o pasivamente recae, esto significa que si el predio sirviente es enajenado la servidumbre se entiende incluida en dicha enajenación sin la necesidad de señalarlo de forma expresa. Y tampoco puede embargarse o hipotecarse la servidumbre por sí sola, es necesario que esto ocurra de manera conjunta con el predio sirviente.
- 3) Es un derecho perpetuo, este es un elemento de la naturaleza, ya que puede ser modificado por las partes, las cuales pueden pactar que no sea perpetua a través del establecimiento de un plazo o una condición.

⁵⁶Cfr., PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 217-222.

- 4) Es un derecho indivisible, no se admite la parcialidad y tampoco puede adquirirse o ejecutarse por partes⁵⁷.

Ahora, respecto de la constitución y extinción de las servidumbres, me centraré en el análisis de las servidumbres voluntarias por sobre las naturales y legales. Para la constitución de esta categoría nuestro Código Civil contempla cuatro modos diferentes para establecerla: El título, la destinación del padre de familia, la prescripción y la sentencia del juez. Respecto del primer modo se debe entender en el mismo sentido de un acto jurídico generador de un derecho, es decir puede ser por medio de una convención o de un testamento, ya sean estos gratuitos u onerosos. Las servidumbres no se encuentran sometidas a ninguna solemnidad especial en cuanto a su forma, se rige según las reglas del acto por el medio del cual fui constituida, por lo tanto si es por medio de un contrato oneroso se le aplicaran las reglas de la compraventa, mientras que si se realiza por un título gratuito se deberá acudir a las normas sobre testamento o donaciones respectivamente. Incluso existe la posibilidad de que a falta de un título constitutivo, este se pueda suplir por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, ya sea a través de un documento escrito o mediante una confesión judicial⁵⁸.

Respecto a las causas de extinción podemos enumerar las siguientes:

- 1) La resolución del derecho del constituyente.
- 2) La llegada del día o condición, si es que se ha establecido alguno de estos modos.
- 3) La confusión.
- 4) Renuncia del dueño del predio dominante.
- 5) El no uso, este caso se refiere cuando se ha dejado de gozar de la servidumbre por 3 años.
- 6) La imposibilidad de poder ejercer la servidumbre por el estado en que se encuentren las cosas gravadas.
- 7) La expropiación del predio sirviente⁵⁹.

En cuanto al análisis más profundo de la posibilidad de utilizar en nuestro país este derecho real para promover y materializar la conservación medio ambiental particular, este se realizará en el siguiente capítulo, en conjunto con el estudio de la ley DRC que consagra el derecho real de conservación medio ambiental.

⁵⁷ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *Explicaciones de derecho civil: Bienes*, Tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 392-393.

⁵⁸ Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 225-228.

⁵⁹ Cfr., *Ibíd.*, página 235.

CAPÍTULO III: DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIO AMBIENTAL

3.1 Análisis de la Ley 20.930

La ley DRC que crea al “derecho real de conservación medio ambiental”, surge por la necesidad de entregar un instrumento idóneo que permita promover la conservación del patrimonio medio ambiental por parte de los privados en nuestro país. La experiencia de los Estados Unidos fue de gran importancia en el proceso de creación de la nueva ley, incluso fue el principal modelo para nuestros legisladores al momento de diseñar esta nueva herramienta jurídica. Tuvo influencia en ello, la gran similitud entre lo que ocurría en dicho país hasta antes de la creación de los “*conservation easement*” y lo vivido en Chile recientemente, en donde no se contaba con un medio idóneo para promover la conservación ambiental por parte de los particulares. Tras la creación de los “*conservation easement*” en los Estados Unidos, la conservación medio ambiental por parte de los privados creció de manera considerable, duplicándose el número de fundaciones dedicadas a la conservación del medio ambiente se duplicó durante los últimos 20 años⁶⁰. Situación que se busca replicar en nuestro país a través de la promulgación de la ley DRC, y así colaborar en una tarea que hasta antes de esta nueva ley estaba encargada principalmente al Estado.

En nuestro país los instrumentos disponibles, que en su mayoría pertenecen al derecho ambiental, no han producido los efectos deseados esperados y se les ha calificado como insuficientes. Un ejemplo de ello son las críticas que ha recibido el “Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado” o también conocido como “SNASPE”, el cual representa uno de los mecanismos de mayor importancia y cuyas críticas fueron expuestas en el primer capítulo de la presente memoria, por esta razón la creación de este nuevo derecho real es un aporte positivo, y la doctrina mayoritaria de nuestro país así lo ha considera.

Respecto de la decisión de nuestro legislador de crear un derecho real especial que se encuentre fuera del Código Civil, ésta no debe calificarse como extraña, ya que la creación de derechos reales por medio de leyes especiales no es una novedad en nuestro derecho. Existen casos destacados y que reciben una aplicación práctica importante dentro de los cuales podemos mencionar dos derechos que se encuentra en esta situación:

- 1) El Derecho real de concesión minera, que se encuentra expresamente regulado en el Código de Minería.

⁶⁰ Boletín Nº 5823-07, “Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental”, 2008, Página 3.

2) El Derecho real de aprovechamiento de aguas regulado por el código de aguas⁶¹.

Ambos corresponde a derechos reales y se encuentran regulados en leyes especiales, cumpliendo con lo planteado por la doctrina mayoritaria de nuestro país, la cual rechaza la idea de que el artículo 577 del Código Civil entregue una enumeración taxativa y apoya la posibilidad de crear derechos reales que se encuentren fuera de dicha enumeración a través de leyes especiales⁶². Esta situación ocurre con el derecho real de conservación.

3.2 Definición del derecho real de conservación y la facultad de conservar

La ley DRC en su artículo 2 define a este nuevo derecho real de la siguiente manera: “El derecho de conservación es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada. La facultad de conservar se ejercerá de conformidad a las normas establecidas en esta ley y en el contrato constitutivo”. Es importante destacar la nueva facultad que introduce este derecho real, puesto que la estructura tradicional del dominio contempla 3 facultades: la de uso, goce y disposición, las cuales varían según el derecho real limitativo al cual nos estemos refiriendo, por ejemplo, en el derecho de usufructo se tiene la facultad de uso y goce de la cosa⁶³. Aunque se debe precisar que esta facultad no se agrega como una nueva en el derecho de dominio.

Es de suma importancia determinar el alcance de esta nueva facultad, a pesar de que la ley DRC no nos entrega una definición legal de lo que debemos entender por conservar, sino que sólo se limita a señalar las formas en que ésta deberá ser ejercida. Esta ley nos remite en su artículo 1 a las definiciones comprendidas en el artículo 2 de la ley 19.300 que regula las Bases Generales del Medio Ambiente, y es en la letra b donde se entrega la siguiente definición de conservación del 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

⁶¹ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *Explicaciones de derecho civil: Bienes*, Tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 66.

⁶²Cfr., ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993, página 241.

⁶³ Cfr., PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 62.

de regeneración⁶⁴”, ésta definición nos puede ayudar a tener una aproximación del concepto de conservar.

Otro acercamiento que debemos considerar es el que nos entrega la Real Academia Española de la Lengua (RAE), la cual entrega cinco acepciones de la palabra conservar, sin embargo, para el presente estudio nos limitaremos a enunciar sólo dos de ellas: 1) mantener o cuidar la permanencia o integridad de algo o alguien; 2) continuar la práctica de hábitos y costumbres⁶⁵. La primera de ellas tiene mayor cercanía a los propósitos con los que se dictó esta ley, considerando que entre los objetivos principales se encuentra cuidar la naturaleza y proteger el patrimonio ambiental⁶⁶.

Por último, Ubilla señala que, en relación con el contenido normativo de esta facultad, este se irá definiendo por medio de la práctica de esta institución, por la jurisprudencia y por la doctrina⁶⁷. Por lo tanto, los contratos constitutivos jugarán un rol fundamental en la tarea de fijar los límites al concepto de facultad de conservar, a través de ellos se podrá ir definiendo el contenido de esta nueva facultad.

3.3 Formas de constitución y extinción

La ley DRC, a través de su artículo 5 define lo que se entenderá por contrato constitutivo, y establece que es aquel por el medio del cual se constituye el derecho real de conservación y se establece además, como una formalidad que este contrato se celebre mediante una escritura pública, la cual, además, servirá como título para requerir la posterior inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Este artículo también se refiere al momento desde el cual este derecho real producirá sus efectos y se fija que será desde que se inscribe dicha escritura pública en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Respecto al contenido que debe contener la escritura pública el artículo 7 de la ley DRC establece seis menciones que deberá contener el contrato constitutivo. Luego, éste se deberá inscribir en el registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, de conformidad al artículo 8 de la misma ley. Además, este artículo que regula establece que ésta se deberá requerir dentro del plazo de sesenta días corridos contados desde la fecha de celebración del contrato constitutivo, pero no se establece el tipo de sanción que existirá por la

⁶⁴ Ley Nº 19.300 sobre las Bases Generales del Medio Ambiente, Publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1994, artículo 2 letra b). En lo sucesivo Ley BGMA.

⁶⁵ Cfr., <http://dle.rae.es/?id=APSYcwO>, Visitado el 01 de diciembre de 2017 a las 16:43.

⁶⁶ Cfr., Boletín Nº 5823-07, “Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental”, 2008, Página 3.

⁶⁷ Cfr., UBILLA FUENZALIDA, Jaime: “El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Número 240, 2016, página 167-168.

omisión de este requisito. Por último, este artículo señala que para llevar a cabo dicha inscripción el contrato debe contener a lo menos las menciones enumeradas por el artículo 7 de la ley además, lo que corresponda según el artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Existe también la posibilidad de que el contrato constitutivo necesite modificaciones, éstas se deberán realizar con las mismas formalidades y requisitos exigidos para su constitución, todo esto según lo dispuesto en el artículo 11 de la ley DRC.

Los efectos que surgirán a partir de la constitución de este derecho real son regulados por el artículo 6 de la ley DRC. En el contrato constitutivo del derecho real de conservación se establecerán los gravámenes que afectaran al inmueble y que tienen como finalidad la conservación del patrimonio ambiental de dicho predio. Se señala que el contrato al menos deberá contar con al menos una las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones:

- 1) Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestal o de otro tipo.
- 2) Obligación de hacerse cargo o 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.

Este artículo también se refiere a la relación que existirá con las servidumbres que afecten al predio gravado, extendiendo al derecho real de conservación a todas las servidumbres activas y pasivas preexistentes, como también sobre las futuras que se impongan sin afectar al derecho real de conservación y también las establecidas a través de la ley. Este artículo se refiere a los contratos que deberán ser calificados como nulos, estos son aquellos que no sean específicos, que sólo consistan en obligarse a cumplir normas vigentes, o que no se ajusten a lo dispuesto por esta ley.

La transferencia de este derecho real se podrá hacer a cualquier título, ya sea gratuito u oneroso, salvo que en el contrato original se haya estipulado algo distinto, como por ejemplo alguna limitación a la forma en que se transferirá. Al acto o contrato por el medio del cual se realice esta transferencia se le aplicarán también las reglas establecidas para la constitución del derecho real de conservación, pero no se le exigirá las menciones del artículo 7 de la ley DRC.

En lo relacionado a la prelación de derechos reales sobre inmuebles, la ley DRC establece en el artículo 11, un sistema de preferencias basándose en el criterio de temporalidad o

cronológico, por lo que primarán aquellos derechos reales que se constituyan primero. En este mismo artículo se establece regulación especial para enfrentar situaciones en donde existan hipotecas, en las cuales el derecho real de conservación podrá mantenerse o extinguirse, dependiendo de cada caso concreto.

Para finalizar, es necesario referirse a las formas de terminación de este derecho real. Esto se encuentra regulado por el artículo 12 de la ley DRC que establece tres causales especiales de terminación, éstas son:

- 1) La transferencia del bien gravado, de conformidad al artículo 11 inciso 2.
- 2) La disolución de la persona jurídica titular del derecho, salvo estipulación en contrario.
- 3) La expropiación del inmueble gravado. Si se expropiare parcialmente subsistirá el derecho real de conservación sobre la parte no expropiada, si fuera posible. Lo anterior sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan.

Por otro lado, este artículo también señala que el derecho real de conservación se extinguirá por las causales generales de terminación de los derechos reales, el problema surge a la hora de determinar cuáles serían estas causales, ya que la ley no contempla un catálogo general, sino que cada derecho real tiene una regulación especial en lo que dice relación con extinción⁶⁸. Todo esto se encuentra explicitado en el capítulo II del presente estudio, en el cual se mencionan las causales de terminación de los distintos derechos reales analizados que contempla nuestro Código Civil.

3.4 Características del derecho real

El artículo 3 de la ley DRC enumera una serie de características de este nuevo derecho real, entre las cuales encontramos las siguientes:

- 1) Es un derecho real.
- 2) Inmueble.
- 3) Transferible.
- 4) Transmisible.
- 5) Inembargable.
- 6) Indivisible e inseparable del inmueble o de la parte que se grava.

⁶⁸ Cfr., CORRAL TALCIANI, Hernán: “sobre el nuevo derecho real de conservación: primeras impresiones”, disponible en formato electrónico en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/07/03/sobre-el-nuevo-derecho-real-de-conservacion-primeras-impresiones/>, visitado el 04 de diciembre a las 15:35.

7) Duración indefinida por regla general.

La doctrina tradicional ha tratado a estas diversas características a propósito de los derechos reales, entre las más importantes se puede destacar el carácter transferible y transmisible de este nuevo derecho real. Esto quiere decir que puede ser traspasado a otras personas mediante actos jurídicos entre vivos, y también puede ser objeto de sucesión por causa de muerte. Estas características facilitan la circulación de este derecho y acercan a esta institución a la figura estadounidense que representa su principal modelo el cual se destaca por haber obtenido un rápido crecimiento en las últimas dos décadas⁶⁹.

Respecto a la duración de este derecho real, es necesario dar cuenta de que la labor de conservación requiere, por sus características especiales, desenvolverse a lo largo del tiempo, por lo que establecer éste derecho por lapsos cortos de tiempo no tendría mucho utilidad, incluso la posible crítica que se le puede realizar a éste carácter indefinido o perpetuo, sería por ir en contra del principio de “libre circulación de la riqueza”, pero esta crítica se ve superada, ya que no existe una voluntad caprichosa que busca entorpecer la propiedad o un afán de conservar una vinculación del suelo a un linaje o a otra consideración social, por el contrario, se busca un beneficio colectivo, para la generalidad de la población e incluso traspasando esto a las futuras generaciones⁷⁰.

En relación a las demás características, se puede señalar lo siguiente: el carácter real se refiere a que la relación existente entre la cosa y la persona es directa, como lo señala el artículo 577 de nuestro Código Civil; su denominación como inmueble se desprende del artículo 580 del mismo Código y tiene relación con el carácter de la cosa sobre la cual se ejerce el derecho real; es inembargable; y por último, es indivisible e inseparable del inmueble o de la parte que se grava, esto quiere decir que no puede pertenecer en cuotas a varias personas para que lo ejerzan parcialmente⁷¹, esto considerando lo dispuesto en relación a las servidumbres y que puede aplicarse para esta característica del derecho real de conservación.

3.5 Relación de las servidumbres con el derecho real de conservación

Las servidumbres han sido utilizadas en el derecho comparado con la finalidad de conservación de patrimonio ambiental, existen diversos ejemplos de esto, y entre los más

⁶⁹ Cfr., Boletín Nº 5823-07, “Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental”, 2008, Página 3.

⁷⁰ Cfr., PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “sobre un derecho real para la conservación del medio ambiente”, En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.): *Estudios de Derecho Civil V*, Legal Publishing, Concepción, 2009, página 127.

⁷¹ Cfr., TRONCOSO LARRONDE, Hernán: *De los Bienes*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, página 168.

destacados podemos mencionar lo que ocurre en Estados Unidos⁷². A pesar de todas las diferencias que existen entre las servidumbres reguladas en nuestro país y las que se contemplan en el derecho comparado, no deja de ser relevante el hecho de que se prefiera éste instrumento por sobre otros que también podrían utilizarse para desempeñar esta labor, de ahí la importancia de su análisis en la presente memoria.

Una de las manifestaciones que nos demuestran la cercanía entre el derecho real de conservación y las servidumbres es que la ley DRC en su artículo número 1 se remite a una serie de artículos del Código Civil que dicen relación con la regulación de las servidumbres, estos artículos son el 826, 828, 829 y 830, y se utilizarán para suplir lo no previsto en esta ley que se relacione con esa materia.

Siguiendo la clasificación entregada por el Código Civil francés que posteriormente fue recogida por nuestro Código Civil, las servidumbres pueden ser de tres tipos diferentes según su origen: naturales, legales o voluntarias⁷³, se analizarán sólo las dos últimas para efectos del presente estudio.

Existe una distinción dentro de las servidumbres de origen legal que es importante mencionar, el artículo 839 del Código Civil distingue entre aquellas relativas al uso público y las de utilidad de los particulares, las primeras se refieren a aquellas de uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote, y remite su regulación al Código de Aguas, también se contempla a las demás determinadas por los reglamentos y ordenanzas respectivas. Por otra parte, las servidumbres de utilidad privada reciben éste nombre por la utilidad que ellas representan para el particular dueño del predio dominante, y el Código Civil regula las siguientes: demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista; por otro lado, existen otras servidumbres también pertenecen a esta categoría pero que se regulan por medio de otros códigos o en leyes especiales⁷⁴.

El carácter legal de las servidumbres no significa que operen de pleno derecho, se refiere a la posibilidad de poder imponerlas, incluso en contra de la voluntad del dueño del predio sirviente, porque la ley así lo autoriza⁷⁵. En esta categoría de servidumbres no existe ninguna que se asemeje, respecto a su objeto o finalidad, al derecho real de conservación, por lo que corresponde calificarla como un instrumento ineficaz para ser utilizado por los particulares para desarrollar la labor de conservación.

Las servidumbres voluntarias de conformidad al artículo 880 del Código Civil, nos entregan la posibilidad de sujetar al predio del cual somos propietarios y adquirirlas sobre predios

⁷² Cfr., CABEZA GALINDO, Isabel: "El Derecho Real de Conservación y sus desafíos", *memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, 2014, página 8.

⁷³ Cfr., CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: de los bienes*, Volumen IV, Editorial Jurídica de Chile, 1992, página 60.

⁷⁴ Cfr., PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 218.

⁷⁵ Cfr., *Ibíd.*, página 219.

vecinos, con la voluntad de los dueños, respetando el orden público y la ley. Existen diversas formas de constitución en este tipo de servidumbres, entre ellos se pueden mencionar los siguientes: a través de un título, por sentencia judicial, por prescripción o por la “destinación del padre de familia”. Entre estas cuatro formas, la que merece nuestra atención es la primera de ellas. Que sea a través de un título quiere decir que puede utilizarse un acto entre vivos o un testamento, el primero de ellos puede ser oneroso o gratuito, el que nos sirve para el análisis comparativo es la celebración por acto entre vivos y oneroso, que por regla general se realizará a través de una compraventa, lo que implica que se deba celebrar mediante una escritura pública⁷⁶.

La tradición de las servidumbres voluntarias, según el artículo 698 del Código Civil, también se deberá realizar a través de una escritura pública, que puede ser la misma a través de la cual se constituyó esta servidumbre. No se establece la obligación de inscribirla en alguno de los registros del Conservador de Bienes Raíces, aunque es de aquellos títulos que pueden ser objeto de inscripción voluntaria, según el artículo 52 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. La única servidumbre que la ley señala que debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces es la de alcantarillado de predios urbanos⁷⁷, pero esta no se relaciona con el presente estudio.

Por otro lado, para poder constituir el derecho real de conservación se requiere la celebración del contrato mediante escritura pública y posteriormente se debe practicar la inscripción en el registro de Hipoteca y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, sin ella éste derecho no producirá sus efectos, esto de conformidad a lo dispuesto por los artículos 5 y 8 de la ley DRC. Y la tradición de este derecho real se puede realizar bajo cualquier título, salvo que en el contrato original se pacte lo contrario, pero deberá celebrarse mediante escritura pública y cumplir con la inscripción respectiva en el Conservador de Bienes Raíces.

Se debe destacar positivamente la exigencia que establece la ley DRC, tanto para constituir y como para transferir, un derecho real de conservación, ya que le entrega a esta institución una publicidad y transparencia mayor que la ofrecida por las servidumbres, lo cual puede servir para contar con un registro completo que nos ayude a determinar la cantidad de este tipo de derechos reales constituidos en nuestro país.

Otro punto que es importante comparar entre ambas instituciones, es la quien puede ser titular de este derecho real. En las servidumbres la relación que existe es entre dos predios, el sirviente y el dominante, el primero es el que soporta o sufre el gravamen, mientras que el segundo es aquel que recibe o reporta una utilidad. A pesar de que en las servidumbres voluntarias se requiera para constituirse un hecho del hombre, la relación sigue siendo entre

⁷⁶ Cfr., *Ibíd.*, página 222.

⁷⁷ Cfr., *Ibíd.*, página 223.

predios, el dominante y el sirviente⁷⁸. Esto implicaría que para poder constituir una servidumbre, que tenga como finalidad la conservación medio ambiental, necesitaríamos dos predios de diversos dueños, en donde uno se beneficia del otro. En cambio, el derecho real de conservación, conforme al artículo 2 de la ley DRC, nos permite crear un vínculo entre el titular del derecho y el predio, este vínculo se caracteriza por celebrarse entre el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada, lo que significa que no es necesario la presencia de otro predio, esto hace más fácil la tarea.

⁷⁸ Cfr., RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *Explicaciones de derecho civil: Bienes*, Tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, página 392.

CONCLUSIONES

La conservación medio ambiental, hasta antes de la dictación de la ley DRC no era un tema que se abordara desde el punto de vista civil por nuestra legislación, por el contrario, se le encargó históricamente esta labor al Estado, quien era el responsable de llevar a cabo las acciones vinculadas a la conservación, quitándole protagonismo a los particulares que deseaban participar en esta tarea.

El derecho ambiental es el área que posee una relación más directa con la tarea de conservar la biodiversidad y el patrimonio ambiental de nuestro país, ejecutándolo a través de diversas herramientas, las que a pesar de realizar un aporte valioso y destacable, no han sido suficiente en relación con los desafíos que se plantean en nuestros días, donde fenómenos como el cambio climático y el desarrollo sostenible influyen en el actuar, tanto de los particulares como del Estado en temas que se relacionen, directa o indirectamente con el medio ambiente.

La ley DRC no establece que los particulares tengan la obligación de conservar el patrimonio medio ambiental de un predio, por el contrario, lo que busca es entregar un mecanismo idóneo para que esta conservación se pueda llevar a cabo de la mejor manera posible, facilitando así la labor de aquellas personas, ya sean naturales o jurídicas, que se interesen voluntaria y libremente en la conservación. La intención del legislador se concreta a través de la creación de este nuevo derecho real, ya que su estructura y características tienen como finalidad principal la conservación medio ambiental de predios con patrimonio ecológico.

Las herramientas contempladas en el Código Civil, más específicamente los derechos reales limitativos del dominio, que formaron parte del análisis de esta memoria, no logran entregar los medios idóneos para llevar a cabo la conservación ambiental de un predio, esto porque la estructura de ellos se ve sobrepasada por las necesidades que plantea esta labor conservativa. Los diseños de éstos no fueron pensados para dicha finalidad, sino que se vinculan a tareas ajenas a la conservación.

Las servidumbres han sido calificadas en el derecho comparado como los instrumentos más útiles para llevar a cabo la tarea de conservar el patrimonio medio ambiental de un predio, no pueden ser calificadas en nuestro país de la misma manera. Esto se explica por la poca cercanía de sus características con la labor conservativa, incluso por las dificultades que plantea el hecho de que la relación sea necesariamente entre dos predios.

Entre los aspectos que merecen ser destacados positivamente se encuentra la forma de constitución que se establece para este nuevo derecho real. La ley DRC exige para su creación la celebración del contrato mediante escritura pública, el cumplimiento de ciertos requisitos o

menciones y la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, sin ésta el derecho real de conservación no producirá efectos. Todo lo anterior contribuye a tener mayor certeza y transparencia respecto de la cantidad de derechos reales de conservación existentes en el país, como también del contenido que cada uno de ellos posee. Esto no ocurre por ejemplo con las servidumbres, ya que a pesar de que son de aquellos títulos que pueden ser inscritos en los registros del Conservador de Bienes Raíces, no es una obligación para constituirlos.

El derecho real de conservación se preocupa específicamente de la conservación del patrimonio medio ambiental de un predio determinado, así se manifestó durante la tramitación de la ley. Esta labor se pretende llevar a cabo por medio de las características especiales que este derecho real posee, un ejemplo de ello se manifiesta en la facultad de conservar, la cual como se explicó anteriormente no tiene una definición específica en la ley, pero se ira moldeando a través del uso y la celebración de los diversos contratos constitutivos. Por último, son relevantes las características que enumera el artículo 3 de la ley DRC, ya que ellos permiten que esta institución pueda replicar en cierta medida la buena recepción que ha tenido en Estados Unidos, de donde se extrajo como principal modelo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Antonio; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: *Tratado de los derechos reales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo: *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De los Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- BORZUTZKY ARDITI, Alejandro: *El derecho de superficie*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1971.
- CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: de los bienes*, Volumen IV, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CRUZ GANTES, José: “Comentario crítico al proyecto de ley que establece el Derecho Real de Conservación”, en Duran Medina, Valentina (editora): *Derecho Ambiental en tiempos de reformas: actas de las V jornadas de Derecho Ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “Por si acogemos el derecho de superficie”, En BARCIA LEHMANN, Rodrigo (coord.): *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2003.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “sobre un derecho real para la conservación del medio ambiente”, En Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.): *Estudios de Derecho Civil V*, Legal Publishing, Concepción, 2009.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: *explicaciones de derecho civil: bienes*, tomo III, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán: *De los Bienes*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.

Revistas

- Carvajal Gómez, Ignacio: “El Derecho Real de Conservación”, en *Revista Justicia Ambiental*, Fiscalía del Medio Ambiente, N° 2, 2010.

- Ubilla Fuenzalida, Jaime: “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación”, en *revista de derecho ambiental*, Universidad de Chile, Número 1, 2002.
- Ubilla Fuenzalida, Jaime: “El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, número 240, 2016.

Tesis

- CABEZA GALINDO, Isabel: “El Derecho Real de Conservación y sus desafíos”, *memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*, Universidad de Chile, 2014.

Leyes

- Código Civil Chileno.
- Ley 20.930.
- Ley 19.300.

Proyectos de Ley

- Boletín N° 5823-07, “Proyecto de Ley que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental”, 2008.

Referencias internet

- http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/bezanilla_m/html/index-frames.html visitado el 15 de Noviembre de 2017 a las 11:50.
- <http://dle.rae.es/?id=APSYcwO> Visitado el 01 de Diciembre de 2017 a las 16:43.
- <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/07/03/sobre-el-nuevo-derecho-real-de-conservacion-primeras-impressiones/> visitado el 04 de Diciembre a las 15:35.