

Derecho Real de Conservación Medioambiental en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

In Rem Environmental Right of Conservation in the Environmental Impact Assessment System

Jorge Tisné Niemann

Doctor en Derecho, Universidad de los Andes
Jara del Favero Abogados

Javier Ignacio Naranjo Solano

Magíster en Derecho Universidad Católica
Jefe del Departamento de Litigios y Recursos Administrativos
Servicio de Evaluación Ambiental

RESUMEN

Con fecha 25 de junio de 2016 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.930 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental, el cual consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. El presente trabajo tiene por objeto analizar este nuevo derecho a la luz del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, específicamente como una medida de compensación.

Palabras claves: Derecho Real de Conservación Medioambiental, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Medida de Compensación.

ABSTRACT

On June 25, 2016, Law No. 20,930 was published in the Official Gazette, which establishes the In Rem Environmental Right of Conservation. This right consists of the faculty to conserve the environmental patrimony of a property or of certain attributes or functions of it. The purpose of this paper is to analyze this new right in light of the Environmental Impact Assessment System, specifically as a compensation measure.

Key words: In Rem Environmental Right of Conservation, Environmental Impact Assessment System, Compensation Measure.

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la ley N° 20.930 de 2016 que regula el Derecho Real de Conservación Medioambiental ha significado un importante avance para la conservación del patrimonio ambiental en nuestro país. Este derecho consiste en la facultad que se le otorga a los titulares de bienes inmuebles para gravar lo suyo de manera voluntaria, sin la intervención de autorizaciones de la Administración, respecto de todo aquello que consideran ambientalmente relevante de su predio.

Lo anterior constituye una novedad y una oportunidad para todos aquellos que tienen interés en la conservación del patrimonio ambiental. Este instrumento de corte privado es el primer incentivo que el ordenamiento jurídico consagra para que particulares emprendan libremente la conservación del patrimonio ambiental, atributos o funciones en sus inmuebles. Esto seguramente contribuirá a regularizar anteriores iniciativas que carecían de específica protección legal y a incrementar las áreas conservadas en Chile.

Más allá del efectivo empleo que le darán los particulares y de la flexibilidad que presenta este instrumento en cuanto a los diferentes objetos de protección que admite, es conveniente analizar cuál es el aporte que puede significar dentro de los instrumentos de gestión ambiental actualmente vigentes. Lo anterior es relevante porque la idea de conservación del patrimonio ambiental es una aspiración colectiva de la comunidad, que no debe radicarse exclusivamente en el derecho público o privado, sino que debe ser alcanzada a través de todas las herramientas que consagra nuestra legislación.

En este trabajo pretendemos analizar la posible aplicación del Derecho Real de Conservación Medioambiental en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Examinaremos este nuevo derecho a la luz del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, especialmente como una medida de compensación.

Por lo tanto, el objeto de este estudio es analizar la posibilidad de utilizar el Derecho Real de Conservación Medioambiental como medida de compensación -dentro del plan de medidas- en un Estudio de Impacto Ambiental, siendo evaluado y en consecuencia admitido por la Autoridad Ambiental en la autorización de funcionamiento ambiental de un proyecto de inversión.

Para lo anterior, se seguirá la siguiente estructura. En primer lugar, se expondrá resumidamente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental junto con su funcionamiento, en particular, en cuanto a la vía de ingreso de los proyectos al sistema, la evaluación de los impactos ambientales y el régimen recursivo. En segundo lugar, se presentará y examinará el Derecho Real de Conservación Ambiental, ahondando y comentando algunas de sus elementos más relevantes. En tercer lugar, y en función de las secciones anteriores, se evaluará la posibilidad de proponer el derecho en comento como una eficiente medida de compensación dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

2. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) corresponde a un instrumento de gestión ambiental, cuyos orígenes se remontan a la creación de la ley N° 19.300 de 1994, el cual entró en vigencia en 1997 con la dictación del primer Reglamento del SEIA¹, siendo un instrumento de tercera generación o tercera categoría².

Los instrumentos de gestión ambiental, son mecanismos que tienen por objeto la gestión o protección ambiental y que se entienden como el conjunto de medidas de variado orden destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental³. También, los instrumentos de gestión ambiental se definen "como las herramientas de política pública que, mediante regulaciones, incentivos o mecanismos que motivan acciones o conductas de agentes, permiten contribuir a la protección del medio ambiente, así como a prevenir, atenuar o mejorar problemas ambientales"⁴.

- 1 La historia de la ley N° 19.300 da cuenta de los antecedentes del SEIA. Así, el mensaje presidencial dispuso, entre otras cosas, que *"El primer objetivo del presente proyecto de ley, es darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, el proyecto pretende hacerse cargo del deber del Estado de velar para que dicha garantía se cumpla. En virtud de ello, busca dar un marco general en el cual se deba desarrollar el actuar del sector público y el privado. El sector público, tanto como ente fiscalizador y regulador de las actividades productivas; y, en muchas ocasiones como contaminante esto es, en el papel de un particular más. Ello implica que todos los sectores del país deben desarrollar las actividades que les son propias dentro de un esquema de respeto por el medio ambiente, y que la explotación de los recursos naturales debe ser realizada de tal modo que se asegure su sustentabilidad en el futuro (...). El segundo objetivo del proyecto es crear una institucionalidad que permita a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar la creación de otros nuevos. Para ello, se crea, por ley, la Comisión Nacional de Medio Ambiente, la cual se descentraliza regionalmente a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente. Estas deberán coordinar a los organismos y servicios con competencia ambiental, y evitar que se dupliquen los esfuerzos, coordinando además los procesos de autorización de nuevos proyectos."*
- 2 Son instrumentos de primera generación, las políticas públicas, y de segunda generación, las normas que se dicten en relación a dichas materias.
- 3 Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Segunda Edición). Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2016. p. 192.

La ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, estableció diversos instrumentos de gestión ambiental como la Educación e Investigación Ambiental; la Evaluación Ambiental Estratégica; Normas de Calidad Ambiental; Normas de Emisión, Planes de Prevención y Descontaminación; Planes de Manejo; el SEIA; entre otros⁵.

Para el objeto de estudio de este trabajo, nos centraremos en el SEIA.

La ley N° 19.300 tuvo una relevante modificación en el año 2010, donde se creó una nueva institucionalidad, lo que se plasmó a través de la ley N° 20.417⁶ y luego por la ley N° 20.600 de 2012⁷.

4 Sistema Nacional de Información Ambiental. *Instrumentos para la gestión ambiental*. Consulta: 2 de abril de 2018. Disponible en: [www. http://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/](http://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/)

5 El Estado de Chile en sus plataformas de información pública (especialmente SINIA), ha establecido que los instrumentos de gestión ambiental "conforme el país ha avanzado y profundizado su gestión en materia ambiental, se han incorporado nuevos instrumentos que, junto con abordar temas relevantes para la gestión ambiental, dan respuesta a exigencias y compromisos internacionales.

En 2005, la Evaluación del Desempeño Ambiental, realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, reconoció la importancia y el avance del país en relación a la implementación de instrumentos para la gestión ambiental, pero hizo varias recomendaciones.

Algunas de estas recomendaciones fueron plasmadas en la modificación de la ley 19.300, del año 2010. Es así como mediante la ley 20.417, se incorporan nuevos instrumentos, como la Evaluación Ambiental Estratégica y el Acceso a la Información Ambiental.

(...) Asimismo, el Ministerio del Medio Ambiente también ha trabajado en la gestión de residuos, con la promulgación de la Ley de Fomento al Reciclaje y Responsabilidad Extendida del Productor, que busca abordar la gestión de los residuos de manera integral. Asimismo, mediante la Reforma Tributaria del año 2014 (Ley 20.780) se aprobó la implementación, por primera vez en Chile, de impuestos ambientales. Estos impuestos se aplican a fuentes fijas que cuenten con calderas y turbinas (Art. 8) y sobre la primera venta de automóviles (Art. 3) y se cobran a las emisiones de contaminantes como el CO₂, MP, SO₂ y NO_x, en el caso de fuentes fijas, y solo NO_x en el caso de vehículos livianos." Sistema Nacional de Información Ambiental. Instrumentos para la gestión ambiental. Consulta: 2 de abril de 2018. Disponible en: [www. http://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/](http://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/instrumentos-para-la-gestion-ambiental/).

6 El Mensaje de esta ley señaló en relación al SEIA: "Pero nuestro objetivo, no es sólo la creación de nuevos entes públicos; se trata ante todo de modernizar las instituciones y la gestión ambiental, instalando un nuevo modelo de gestión pública: moderno, ágil, eficiente y sujeto a rendición de cuentas.

(...) para efectos de disponer de un sistema de gestión que administre el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se crea, separado del ministerio, un servicio público descentralizado y desconcentrado a nivel regional, que será el continuador legal de la CONAMA. Estará sujeto a un sistema de selección de alta dirección pública, que esté a cargo de la administración del SEIA, pero enfocándolo hacia el objetivo de mediano plazo, que es simplificar los permisos ambientales y proporcionar información adecuada para los proponentes y la comunidad.

Se ha adoptado esta decisión porque resulta ser la más eficiente, y permite combinar los incentivos para la existencia de políticas y regulaciones, y la decisión de proyectos concretos sin confundir los ámbitos de objetivos.

Sin embargo, un aspecto que es necesario destacar es que el sistema se mantiene bajo la lógica del modelo de autorización integrada de funcionamiento que representa la Resolución de Calificación Ambiental, manteniendo la participación sectorial y la ventanilla única, que constituyen buena parte de sus activos.

(...) el rediseño de la institucionalidad supone algunas correcciones al SEIA, y otras que pueden ser de utilidad para mantener su vigencia como herramienta.

Es necesario recordar que nuestro SEIA es uno de los más exitosos del mundo; además, es el que menos plazos de tramitación puede exhibir en términos comparados y frente al cual se han realizado importantes esfuerzos de mejoramiento a nivel de gestión.

La reforma busca mejorar algunos aspectos para orientar adecuadamente su funcionamiento a lo que técnicamente le es requerido."

7 Ley que crea los Tribunales Ambientales.

Ahora bien, podemos entender el SEIA como aquel instrumento de gestión ambiental, de carácter preventivo⁸, cuyo objetivo es incorporar la variable del medio ambiente a los proyectos de inversión. En consecuencia, es un instrumento concebido para una evaluación ambiental técnica.

En esa línea, algunos opinan que es un procedimiento administrativo llevado adelante por el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA), y que concluye con un acto administrativo denominado Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA)⁹. Otros son de la opinión que la RCA es un acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo, de naturaleza híbrida, reglada-discrecional, en que se ejerce un mandato de ponderación, de carácter declarativo, de contenido mixto, complejo y que constituye una autorización administrativa integrada¹⁰.

También se lo ha definido como un "procedimiento administrativo especial, formal y reglado, que se encuentra constituido por una sucesión de actos trámite, vinculados entre sí, emanados de la Comisión de Evaluación Ambiental o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, y, en su caso, de particulares interesados (el titular y quienes formulen observaciones ciudadanas), que tiene por finalidad determinar si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes, y que concluye con un acto administrativo terminal representado por la RCA pertinente"¹¹.

Pareciera ser pacífico que el SEIA es un procedimiento administrativo y, por lo tanto, constituye una garantía para los ciudadanos. En otras palabras, "el aspecto formal de la actuación de la Administración del Estado lleva a concluir que las autoridades administrativas sólo pueden manifestar válidamente su voluntad orgánica a través de los procedimientos y formas de documentación previstas por la Constitución y la ley"¹², "pero esencialmente, las formas tienen por objeto amparar a las personas frente a la actividad de la Administración y con el

8 Cfr. BERMÚDEZ (2016). p. 263.

9 Cfr. BERMÚDEZ (2016). p. 265.

Por nuestra parte, estimamos que la Resolución de Calificación Ambiental, es un acto administrativo complejo, que pone término a un procedimiento administrativo y que, si califica ambientalmente favorable un proyecto, autoriza su funcionamiento, pero si la calificación es desfavorable provoca el efecto adverso, esto es, no permite su funcionamiento.

10 Cfr. CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Segunda edición). Santiago, Chile. Thomson Reuters. 2015. pp. 270 a 275

11 GUZMÁN ROSEN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. (Primera edición). Santiago, Chile. Planeta Sostenible. 2012. p. 131.

12 CORDERO (2015). p. 326.

indiscutible propósito de evitar que esa actividad se torne arbitraria y se cause un daño ilegítimo”¹³.

Por tanto, es posible afirmar que el SEIA es un instrumento de gestión ambiental que ha tenido por objetivo ser el lugar único en que se evalúan los impactos ambientales de los proyectos de inversión, sin importar la naturaleza pública o privada de éstos.

3. Funcionamiento del SEIA

El SEIA es administrado por el Servicio de Evaluación Ambiental¹⁴, el que de acuerdo al artículo 80 de la ley N° 19.300 es funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente.

Atendida la complejidad del procedimiento del SEIA, explicaremos brevemente cómo se evalúan ambientalmente los proyectos de inversión, para luego ahondar en el Derecho Real de Conservación Medioambiental y su posible aplicación en el SEIA¹⁵.

a) Ingreso de los proyectos al SEIA

El artículo 8 de la ley N° 19.300, en sus primeros incisos, señala que *“Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.*

Todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de este párrafo y su reglamento.”

13 CORDERO (2015), pp. 326 y 327.

14 Ley N° 19.300. Artículo 81, letra a). (9 de marzo de 1994).

15 En otro lugar, hemos expuesto nuestra crítica, señalando que “el SEIA fue, es y seguirá siendo un gran aporte en nuestro país; aporte al desarrollo sustentable; a la institucionalidad del Estado; a la participación ciudadana; y en definitiva ha sido un aporte a la modernización del Estado en cuanto las materias ambientales son y deben ser parte fundamental de nuestro Estado de derecho y su convivencia social”. En este sentido, DEL FAVERO VALDÉS, Gabriel y NARANJO SOLANO, Javier. Columna de opinión en Diario La Segunda (2 de marzo de 2018). Ley 19.300: *Avances y deudas en la institucionalidad ambiental.*

Esto quiere decir, que el legislador tomó la decisión de establecer un catálogo de proyectos que deben obligatoriamente someterse al SEIA, lo que no obsta que voluntariamente pueda someterse algún proyecto de inversión no comprendido en dicho catálogo¹⁶.

Por otro lado, los proyectos que ingresan al SEIA lo pueden hacer de dos maneras: mediante una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA) o a través de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA).

La regla general es una DIA, sin embargo existen proyectos de inversión que generan algunos de los efectos, características o circunstancias que el legislador estableció en el artículo 11 de la ley N° 19.300, debiendo en estos casos ingresar al SEIA mediante un EIA¹⁷.

b) Evaluación ambiental de los impactos

Determinado si el proyecto le corresponde ingresar a través de una DIA o EIA, el SEA lo recibe y realiza un examen de admisibilidad (examen formal). Luego, el EIA o DIA es enviado a los distintos Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental (OAECA), los que, dentro de su competencia, deben examinarlo para manifestar su conformidad, observaciones o disconformidades frente al proyecto.

El SEA, como administrador del SEIA¹⁸, examina los pronunciamientos de los distintos servicios, y los consolida en el Informe Consolidado de Solicitudes,

16 El artículo 10 de la ley N° 19.300 y el artículo 3 del Decreto Supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del SEIA establecen y definen en detalle los proyectos de inversión que deben someterse a evaluación de impacto ambiental.

17 Dicho artículo menciona:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural."

18 En este sentido, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, de 20 de mayo de 2015, Rol R-32-2014, ha reconocido el rol de administrador del SEA en el SEIA, y señaló, en el considerando N° 24, que el SEA "se le confiere a la autoridad ambiental potestades, cuya aplicación diligente, no debiera limitarse a la mera reproducción de las opiniones de los organismos sectoriales, sino a una revisión acuciosa de todos los elementos a considerar".

Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones o ICSARA¹⁹.

A su turno, el proponente del proyecto contesta al informe a través de una Adenda, que no es más que la respuesta a todas y cada una de las observaciones que le fueron hechas en el ICSARA. Cabe hacer notar que en el caso de los EIA este proceso de formular observaciones y respuestas, solo es posible realizarlo por un máximo de tres oportunidades²⁰, y para el caso de las DIA, hasta solo dos veces²¹.

Cabe mencionar que dentro de los primeros 40 días en el caso de los EIA y de los 30 primeros días para el caso de las DIA, el SEA podrá dictar el término anticipado del procedimiento administrativo por carecer el proyecto de información relevante o esencial que no pueda ser subsanada²².

Además, en el SEIA se contempla la Participación Ciudadana, así como la Consulta Indígena. La Participación Ciudadana procede siempre en el caso de los EIA y para las DIA solo cuando tengan cargas ambientales²³. En el caso de la Consulta Indígena, aquella procederá cuando los EIA generen algunos de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley N° 19.300 y aquellos sean susceptibles de afectar directamente a los Grupos Humanos Pertencientes a los Pueblos Indígenas²⁴⁻²⁵.

Una vez que se hayan realizado las aclaraciones y rectificaciones pertinentes, el SEA dictará el Informe Consolidado de Evaluación de acuerdo a la exigencia del artículo 9 bis de la ley N° 19.300, esto es, deberá contener los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la

19 El artículo 38 inciso primero del Reglamento del SEIA, dispone: "*Si el Servicio requiriere aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental una vez recibidos los informes señalados en el artículo 35 o transcurrido el plazo otorgado, se elaborará un informe consolidado, en el que se incluirá la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que el mérito de los antecedentes requiera, así como las observaciones que hubiesen sido formuladas por la comunidad y declaradas admisibles hasta entonces, si correspondiere. En dicho informe se deberá indicar el número de ejemplares de la Adenda que deberá presentar el titular, cuando corresponda*".

20 Decreto Supremo N° 40, 2012, Reglamento del SEIA. Artículos 38, 41 y 43.

21 Decreto Supremo N° 40, 2012, Reglamento del SEIA. Artículos 50 y 52.

22 Ley N° 19.300. Artículo 15 bis y 18 bis.

23 Señala el artículo 94 del Reglamento del SEIA, que: "*Se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos o actividades que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación*".

24 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Artículo 6, letra a); Convenio que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009.

25 A nuestro juicio, en caso que se produzcan los efectos comprendidos en las letras C) y D) del artículo 11 de la Ley N°19.300, que afecten directamente a los Pueblos Indígenas, procederá la Consulta Indígena, esto en cuando aquellas letras, en nuestra opinión, son omnicomprendivas de las demás y representan de mejor manera el sentido del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

evaluación, la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.

Como parte final, la Comisión de Evaluación²⁶ o el Director Ejecutivo del SEA, para el caso de los proyectos interregionales, calificarán el proyecto ambientalmente de manera desfavorable o favorable, dictando el acto administrativo denominado Resolución de Calificación Ambiental.

Respecto de la RCA, el profesor Jorge Bermúdez Soto nos señala, que “Se tratan de actos administrativos de autorización de funcionamiento, que aplican el ordenamiento jurídico a un proyecto o actividad determinada, estos pueden ser puros y simples o cómo ocurre en la mayor parte de los casos sujetos a modalidad, en la especie, condiciones y plazos. Las medidas de mitigación, compensación y reparación que contienen las RCAs que aprueban un proyecto sometido al SEIA como Estudio de Impacto Ambiental, deben llevarse a cabo de acuerdo con las características técnicas o materiales que se han previsto, pero también deben ejecutarse en el orden y de acuerdo con la cronología que se hubiere previsto”²⁷.

Además, señala Bermúdez que “(...) la RCA corresponde a un acto administrativo de constatación, mediante el cual el Servicio de Evaluación Ambiental pone término y califica desde la perspectiva ambiental un proyecto o actividad sujeta al SEIA”²⁸.

En el mismo sentido lo entiende la Contraloría General de la República al señalar: *“Sin perjuicio de lo anterior, en relación a lo argumentado por el recurrente en orden a que la resolución exenta N° 134, de 2009, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bío Bío, le habría otorgado un derecho adquirido para desarrollar los trabajos, cabe manifestar que si bien dicho acto da cuenta que la actividad sometida cumple con la legislación desde el punto de vista ambiental, en ningún caso exime a su titular de la observancia del resto de la normativa vigente que sea pertinente para la ejecución de la misma, como acontece con las normas de uso*

26 De acuerdo al artículo 86 de la ley N° 19.300, la Comisión de Evaluación se compone de el Intendente regional (quien preside), y está integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario.

27 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Régimen de ejecutoriedad de las resoluciones de calificación ambiental y de las medidas urgentes y transitorias del Art. 3 C) LOSMA*. En Informe en Derecho respecto a causa ingreso R-06-2013 del Segundo Tribunal Ambiental, año 2013. p. 17.

28 Bermúdez (2013). p. 7.

*de suelo aplicables en el área requerida*²⁹.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la RCA, no otorga un derecho adquirido que ingrese al patrimonio del titular, sino que es un acto de constatación, es una autorización de funcionamiento, por el cual se califica, favorable o desfavorablemente un determinado proyecto, desde la perspectiva ambiental.

c) Recursos en contra de la RCA

La ley N° 19.300 establece un régimen recursivo especial para la RCA³⁰. Por una parte el proponente de un EIA podrá reclamar al Comité de Ministros³¹ en caso que su proyecto haya sido calificado de manera desfavorable o, en caso favorable, se hayan impuesto condiciones que estime no ajustadas a derecho; para el caso de las DIA, el reclamo se dirige contra el Director Ejecutivo del SEA, por las mismas causales.

Finalmente, los observantes ciudadanos que hayan participado del procedimiento de participación ciudadana en el contexto de un EIA, podrán reclamar ante el Comité de Ministros cuando sus observaciones ciudadanas no hayan sido debidamente consideradas en la RCA. En el caso de las DIA, solo cuando tengan carga ambiental y se haya realizado el procedimiento de participación ciudadana³², podrá reclamarse de la debida consideración ante el Director Ejecutivo del SEA. De lo resuelto, podrá recurrirse al Tribunal Ambiental respectivo para que conozca de la decisión adoptada³³.

4. Presentación y examen del Derecho Real de Conservación Medioambiental

Con fecha 25 de junio de 2016 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.930 que establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental (en adelante DRC). Su origen estuvo en la moción parlamentaria en el año 2008 (Boletín 5823-

29 Contraloría General de la República, Dictamen 2.192 del 2014, párrafo 15.

30 Ley N° 19.300. Artículo 20, artículo 29 y artículo 30 bis.

31 De acuerdo al artículo 20 de la ley N° 19.300, el Comité de Ministros se encuentra integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería.

32 Esto porque de acuerdo a la ley y el reglamento, en el caso de las DIA procede la participación ciudadana cuando tengan cargas ambientales (ibíd. N° 24) y lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas.

33 Ley N° 20.600. Artículo 17 N° 5 y N° 6.

07). La moción contemplaba una figura de interés en el ordenamiento nacional chileno, lo cual quedó refrendado en los trabajos académicos que surgieron a propósito de dicho proyecto, incluso años antes de publicarse la respectiva ley³⁴.

El DRC surge como una alternativa de conservación en los predios privados, en la cual los dueños pueden libremente gravar sus propiedades para que terceros ejerzan en ellos la facultad de conservar, conforme a los términos de la ley. El DRC permite que los particulares a través de un instrumento del derecho privado, contribuyan a la conservación del patrimonio ambiental del país sin que sea necesaria implementar figuras administrativas de conservación. De esta forma se podrán formalizar conservaciones privadas que con anterioridad no encontraban un marco legal adecuado, pudiendo extenderse por décadas, y recibiendo a cambio incentivos económicos que estimulen su constitución.

Pareciera que el elemento central de la ley se encuentra en el artículo 2° al disponer que *"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"*.

Cabe hacer presente que a pesar que el título de la ley agrega el calificativo de medioambiental al DRC, en el resto de las disposiciones de dicho cuerpo legal se omite repetir tal calificativo, por lo que solo lo menciona como DRC. Lo anterior si bien pareciera ser una deficiencia legislativa no implica necesariamente que el DRC carezca de una finalidad u objeto medioambiental como previene el título de la norma. Esto se explica por la misma definición citada del DRC, puesto que expresamente se ha señalado que éste consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental, atributos o funciones de un predio.

A mayor abundamiento, el artículo 1° despeja cualquier duda respecto al objeto del derecho, pues no puede obviarse que *"se aplicarán las definiciones comprendidas en el artículo 2° de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, así como, en forma supletoria, las demás disposiciones de dicho cuerpo legal"*. Esto, en conjunto con su definición, nos permite abordar el objeto del DRC.

34 En este sentido ver PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Sobre un derecho real para la conservación del ambiente. *Estudios de Derecho Civil V.* (Santiago, Chile) Abeledo-Perrot. 2010. pp. 113-128; CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio. El derecho real de conservación. *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de Fiscalía del Medio Ambiente.* Diego Lillo Goffreri y Rodrigo Polanco Lazo. (Santiago, Chile). 2010. Año II, N° 2. pp. 177-221; CRUZ GANTES, José Manuel. "Comentario crítico al proyecto de ley que establece el derecho real de conservación", *Derecho ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V jornadas de derecho ambiental* (Santiago, Chile) Abeledo-Perrot. 2010. pp. 379-399.

En términos generales, para evaluar qué es lo que se puede conservar mediante el DRC, lo primero que se debe observar es la definición de medio ambiente contenida en el artículo 2° letra ll) de la ley N° 19.300. Esta disposición define medio ambiente como *"el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"*.

De la definición anterior emana la amplitud del objeto del DRC toda vez que, al ser un derecho real con vocación al medio ambiente, puede conservar elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, sea obra de la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida, en cualquiera de sus manifestaciones. Lo interesante del DRC, es que lo que en general conserva el DRC puede extenderse únicamente al medioambiente de uno predio o varios predios, no pudiendo conservar aquello que no es de dominio privado. El hecho que recaiga necesariamente en un predio confirma su carácter de "derecho real", pues ese derecho de conservar es el que se tendrá sobre una cosa sin respecto a determinada persona (artículo 577 del Código Civil, en adelante "CC"³⁵), y esa cosa en este caso, será el patrimonio, atributos o funciones ambientales del predio conservado.

A nuestro juicio, esta es una de las novedades más interesantes del DRC, en el sentido que viene a complementar el Derecho ambiental chileno con una herramienta de corte esencialmente privado, que faculta a los interesados a conservar el medio ambiente de sus predios sin la intervención de los organismos de la Administración del Estado, e incentiva una conducta privada que de forma refleja beneficia a toda la comunidad. En otras palabras viene a contribuir a una rama del Derecho caracterizada por que a "lo menos el 90% de la regulación que conforma el Derecho ambiental es Derecho administrativo"³⁶.

Si bien el medio ambiente de un predio es en términos generales lo que puede ser objeto de conservación, la ley N° 20.930 aterriza el objeto del derecho a tres elementos: (i) el patrimonio ambiental de un predio, (ii) atributos de un predio, o (iii) funciones de un predio.

35 Dentro de los derechos reales también puede incluirse el derecho de censo cuando se persigue respecto de la finca acensuada (579 del Código Civil).

36 BERMÚDEZ (2016). p. 265.

El concepto de patrimonio ambiental ha sido recogido en primer lugar en la Constitución Política, en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, al referirse a la función social de la propiedad. En específico dispone que *"sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"*.

Si bien la ley N° 19.300 no define el "patrimonio ambiental"³⁷, el artículo 2, letra b) del mismo cuerpo legal se encarga de definir "Conservación del Patrimonio Ambiental"; concepto que por su denominación claramente tiene relación con el objeto del DRC. Así, el artículo dispone que por Conservación del Patrimonio Ambiental se debe entender *"el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración"*.

De esta definición es posible desprender luces del concepto de patrimonio ambiental, que es lo que aquí interesa, pues necesariamente deberá corresponder a lo que en la definición se dice conservar. En esta línea, por patrimonio ambiental debemos entender los "componentes ambientales", y siguiendo a Bermúdez Soto, estos serían los identificados por la definición legal de medio ambiente, correspondiendo "elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural"³⁸.

Mayor complejidad presenta la determinación del significado de los atributos y funciones de un predio como objeto de conservación pues éstos no tienen definición legal, y tampoco existe otro elemento normativo que pudiera dar

37 Una definición judicial la encontramos en Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de junio de 2009, rol N° Rol N° 1.219-2009, en donde se definió como "La jurisprudencia ha sostenido que el medio ambiente, es decir, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, comprende todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como al suelo y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven" (considerando decimocuarto). Carrasco Fuentes, Pablo y Pérez Larraín, Raimundo (2012): "Conservación del patrimonio ambiental y su valoración económica; contextualización contemporánea y aportes", en Jorge Aranda, et. al. (editores), *VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión ambiental global: presente y futuro* (Santiago, Thomson Reuters), p. 136 critican la definición por considerar "[...] que se homologan las nociones de ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza, las que sabemos poseen conceptualizaciones distintas".

38 BERMÚDEZ (2016). pp. 70 y 162.

luces de sus sentidos y alcances. Es relevante evaluar la posibilidad de distinguir los atributos de las funciones del predio toda vez que la ley utiliza la conjunción disyuntiva "o", por lo que sería plausible considerar que se está en presencia de dos objetos de protección distintos entre sí, y a su vez, distintos del patrimonio ambiental del predio.

LA RAE define atributo como "cada una de las cualidades o propiedades de un ser", y funciones como "capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos, y de las maquinas o instrumentos".

Estas definiciones ayudan a delinear el objeto a conservar mediante el DRC toda vez que complementan el concepto legal de patrimonio ambiental. Se podría pensar que las funciones o atributos son las propias del inmueble, con independencia de su carácter ambiental. Si esta distinción fuera válida, el atributo de un predio sería un objeto más acotado de conservación que el patrimonio ambiental, pues diría relación con las cualidades particulares de un determinado inmueble, sin tener vínculo directo con aquellos elementos que rigen y condicionan la existencia y desarrollo de la vida. Desde ese punto de vista, podría ser conservada cualquier cualidad o propiedad del predio que para el titular del DRC fuera de interés, más allá de su impacto en el medio ambiente como sistema global que permite y garantiza la vida en sus múltiples manifestaciones.

Con todo, la anterior interpretación no pareciera ser posible debido a que el artículo 3° inciso 3 de la ley N° 20.930 expresamente dispone que para efectos del DRC "los atributos y funciones del patrimonio ambiental del predio se considerarán inmuebles" (el destacado es nuestro). Por lo tanto, los atributos y funciones necesariamente forman parte del patrimonio ambiental, pero han quedado circunscritos al predio gravado. En este entendido, no puede separarse los atributos o funciones del patrimonio ambiental del predio.

A la luz de la historia de la ley, compartimos con Corral que en realidad atributos y funciones fue previsto por el legislador como sinónimos, sin entregarles un sentido individual a cada concepto³⁹. Bajo la premisa que funciones y atributos son sinónimos para efectos de la ley N° 20.930 y que por funciones se entiende la

39 CORRAL TALCIANI, Hernán. El derecho real de conservación: notas después de una primera lectura de la ley N° 20.930, de 2016. Derecho ambiental y recursos naturales. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. (Santiago, Chile), Jorge Bertand Tisné Niemann. Andros Impresores. 2016. pp. 74-75.

capacidad de actuar de un ser vivo o un órgano, el DRC contribuye a comprender al predio no como un bien aislado e independiente del resto que lo rodea, sino que reconoce la necesaria interacción y rol (especialmente desde una perspectiva ambiental) que cumple la propiedad privada en la comunidad y su entorno. Como ha sido enfatizado, "así como el hombre actual vive inmerso dentro de una masa, la propiedad vive dentro de una masa de propiedades"⁴⁰. Conforme a esta idea, los atributos o funciones ambientales del predio adquieren especial relevancia por su capacidad de interactuar con otros atributos o funciones, sean del mismo predio o de otros.

La proposición de la ley N° 20.930 de comprender la propiedad privada como parte de un conjunto de inmuebles que posiblemente pueden interactuar a través de sus atributos o funciones ambientales es un elemento adicional para defender la superación en el ordenamiento nacional privado de la doctrina liberal de origen francés, llegada a nosotros mediante el Código de Bello, en donde la propiedad privada se entiende como un conjunto de atributos (usar, gozar y disponer) que se le conceden al dueño de forma arbitraria, con independencia de los terceros⁴¹, y por supuesto, de la inevitable interacción ambiental entre predios.

En este sentido la norma reconoce y ampara la protección no solo de un componente o atributo del patrimonio ambiental del predio, sino de sus funciones, lo que conlleva entender la propiedad desde su capacidad para interactuar con el entorno del cual forma parte. Esto encuentra asidero en la misma definición legal de medio ambiente, pero esta vez observado desde el plano del predio privado, pues dicha función ambiental puede ser construida mediante "elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales [y lo que aquí interesa resaltar] en sus interacciones en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

40 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Madrid, España). Editorial Tecnos. t. II. 1978. p. 114.

41 En especial BERMÚDEZ (2016). p. 160, pie de página 110, comenta la misma idea al referirse a la función social de la propiedad contemplada en el artículo 19 N° 24 del a Constitución chilena. Con todo, y pesar de las críticas que ha recibido la definición de propiedad prevista en el artículo 582 del Código Civil, nosotros hemos defendido en otro lugar que el concepto de "derecho ajeno" como límite al ejercicio de la propiedad, el cual se encuentra consagrado en la misma disposición, permite rechazar las críticas que ha recibido la definición por su aparente apego irrestricto a la tradición liberal. Ver TISNÉ NIEMANN, Jorge Bertrand. *Las inmisiones. Protección de la propiedad frente a ruidos, humos y olores y otros conflictos de vecindad* (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2017. pp. 106-126.

A nuestro juicio es el objeto de conservación uno de los elementos más destacables de la norma, pues incentiva la discusión y creatividad de las partes del contrato constitutivo, al existir una amplia gama de elementos que pueden ser conservados. Así, puede ser objeto de conservación la flora o fauna, el agua, tierra o aire, servicios ecosistémicos e intangibles ambientales (por ejemplo, el silencio, paisajes, luminosidad, valor religioso, cultural, belleza escénica, proteger corredores ecológicos, etc.).

Ahora bien, el DRC lo constituye libre y voluntariamente el propietario del predio, quien lo grava en beneficio de una persona natural o jurídica, pública o privada. Por lo tanto, existe una legitimación activa amplia del titular del DRC, quien ejercerá la conservación. Esta amplia titularidad es conveniente para fomentar las iniciativas privadas de conservación, pudiendo participar diversos actores para cumplir con la finalidad de la norma.

Pensamos que las municipalidades están llamadas a cumplir un importante rol en el DRC, que en virtud de sus competencias en materias ambientales, pueden promover este tipo de iniciativas⁴². También ha sido público que instituciones de Estado han comenzado a utilizar esta nueva herramienta para la conservación de predios privados, como ha sido el caso de la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables ("CONAF")⁴³. A lo anterior también puede agregarse juntas de vecinos, ONGs, universidades y toda persona jurídica con o sin fines de lucros. Por otro lado, la legitimación pasiva del DRC corresponderá exclusivamente al dueño del predio gravado, no pudiendo constituirlo otros titulares de derechos reales en él.

Asimismo, a pesar que la norma no lo disponga expresamente, pensamos que la amplitud de los legitimados y la definición del DRC permiten afirmar que no solo particulares pueden gravar sus predios en virtud de este nuevo derecho, sino también el Estado podrá hacer lo propio respecto de predios de su dominio⁴⁴. Por

42 En este sentido ver FERNANDEZ RICHARD, José. *Las municipalidades y el derecho real de conservación medioambiental. Comentarios sobre la ley N° 20.930*. Consulta: 10 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.laleyaldia.cl/wp-content/uploads/2017/07/municipalidades-ley-20930.pdf>.

43 Respecto de esta noticia ver "Conaf firma primer contrato en Derecho Real de Conservación con privado". Consulta el 10 de marzo de 2018. Disponible en <http://www.laserenaonline.cl/2018/02/17/conaf-firma-primer-contrato-en-derecho-real-de-conservacion-con-privado/>.

44 Misma postura SALAH ABUSLEME, María Agnes. *El derecho real de conservación medioambiental: la inspiración de Artemisa llega al derecho romano chileno. Estudios de Derecho Civil XII*. Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez, (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2017. p. 131.

lo tanto, el Estado podrá ostentar la legitimación activa o pasiva en el contrato constitutivo.

El DRC es un derecho transferible (a cualquier título, salvo pacto en contrario), transmisible, inembargable⁴⁵, indivisible e inseparable del predio o porción de él que grave, puede ser constituido respecto de cualquier bien inmueble (incluyendo los por destinación o adhesión) y es perpetuo salvo pacto en contrario⁴⁶.

El DRC se ejerce conforme a lo dispuesto en la ley N° 20.930 y en el contrato constitutivo. Este contrato debe celebrarse por escritura pública, que servirá de título para requerir su inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, pudiendo declarárselo nulo en caso que omita los elementos dispuestos por la misma ley.

Si bien las partes son libres de determinar el patrimonio, atributos o funciones ambientales del predio objeto de conservación, la ley exige que se pacten al menos las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones para el dueño del predio gravado:

- 1. Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo.*
- 2. Obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz.*
- 3. Obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos.*

45 Respecto de la inembargabilidad del DRC ver SALAH ABUSLEME, María Agnes. El derecho real de conservación medioambiental: la inspiración de Artemisa llega al derecho romano chileno. *Estudios de Derecho Civil XII*. Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez. (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2017. p. 139 y CORRAL (2016). p. 72.

46 Compartimos la crítica que se ha expuesto respecto de su perpetuidad de virtud de la posibilidad que reconoce la ley al titular del DRC a percibir los frutos civiles y naturales de la cosa conservada, pues al igual que el DRC, esto último pasaría a ser un usufructo perpetuo, lo cual se contrapone con el espíritu del Código Civil. En este sentido ver SALAH (2017). p. 135.

De existir distintas obligaciones pecuniarias o distintas obligaciones sujetas a plazo, las partes podrán pactar formas, cantidades o tiempos distintos para cumplir con cada una de ellas. Cabe hacer presente que las obligaciones a las que se puede sujetar el titular del predio gravado pueden ser de hacer, no hacer o tolerar⁴⁷.

Cabe notar que al ser un contrato consensual, donde la norma dispone obligaciones mínimas pero no máximas para gravar el predio, el pacto de estas obligaciones o restricciones no podrían llegar a ser de tal entidad que implicaran despojar al titular del predio de alguno de sus atributos⁴⁸. Lo anterior encuentra fundamento, por ejemplo, en la siguiente sentencia, en donde más allá de que verse sobre una servidumbre legal y que el DRC se constituya voluntariamente, entendemos que siguen la misma razón:

"Que si bien la servidumbre de tránsito es una limitación al dominio del predio sirviente impuesta por el legislador en favor del predio dominante, este gravamen, en modo alguno puede ser de tal entidad que atente y vulnere los atributos del jus utendi y jus fruendi que son inherentes al derecho de dominio o propiedad [...] al extremo que la servidumbre se transforme en una verdadera expoliación de su derecho" (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, considerando 21º, 18 de abril de 1990, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87, 2ª parte, sección 2ª, p. 83).

La ley dispone que el DRC se extiende a todas las servidumbres activas a favor del predio y queda sujeta a las pasivas preexistentes. Asimismo, el DRC es compatible con nuevas servidumbres que se constituyan con posterioridad, sean voluntarias (siempre que no vulnere la conservación que grava el predio), o por mandato legal.

El DRC, como su nombre lo indica, es un derecho real, con efecto *erga omnes*, por lo que ningún tercero podrá impedir, obstaculizar o perjudicar su ejercicio, lo que incluye al titular del predio gravado. En este caso, el titular del derecho podrá ejercer las acciones que estime conveniente contra dicho tercero, incluidas las acciones dominicales y las posesorias, pues éstas últimas pueden ejercerse para

47 Se ha discutido si estas obligaciones mínimas que impone la ley N° 20.930 son en realidad obligaciones para el titular del derecho o para el titular del predio gravado. A nuestro juicio quien se obliga a conservar es el segundo, siendo el primero quien puede exigírselo a título gratuito u oneroso. Una visión contraria expone LAZO, Patricio. El derecho de conservación y el problema de su carácter real (Ley N° 20.930). *Estudios de Derecho Civil XII*. Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez. (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2017. pp. 111-121.

48 En el mismo sentido CORRAL (2016). p. 72. En contra SALAH (2017). p. 140.

conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (artículo 916 del Código civil).

Al ser un derecho real, le son aplicables al DRC las mismas disposiciones que al resto de dichos derechos. En este sentido, no es baladí recordar el Mensaje del Código Civil al disponer que “[...] *como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión*”.

En la misma línea del Mensaje, en el DRC el titular no posee el predio objeto de la conservación, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el DRC respecto del predio gravado, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión.

Cabe hacer presente que para efectos del artículo 715 del Código Civil, en el DRC aquello poseído que puede ser perturbado o privado por un tercero, es la facultad de conservar el predio gravado, sea en su patrimonio, atributos o funciones ambientales, y que se expresará en los gravámenes pactados en el contrato constitutivo. A mayor abundamiento, esta distinción es corroborada en la ley N° 20.930 cuando se señala que “*el derecho real de conservación es inmueble y distinto del dominio del bien raíz gravado*” (artículo 3 inciso 1 de la ley N° 20.930). Además, en sintonía con el artículo 724 del Código Civil, se adquiere la titularidad y posesión del DRC por su inscripción en el Conservador respectivo, y por lo mismo, el DRC comienza a producir sus efectos desde ese momento.

El contrato constitutivo deberá tener al menos las menciones que establece la ley N° 20.930, donde destaca la declaración de si la constitución es a título gratuito u oneroso, su duración en caso de no ser indefinido, los predios y gravámenes específicos, y la cantidad de titulares y la cantidad de dueños de los predios gravados. Cabe hacer presente que, en caso de ser a título gratuito, quedará sujeto a las reglas de la insinuación por tratarse de una donación. En caso de constituirse a título onerosos, el titular del DRC no debe adquirir el predio o la parte del él que se grava, sino debe pagar por lo que efectivamente conserva, lo que permite transacciones a un menor costo que facilitan la constitución de este nuevo derecho real.

La ley también incluye un orden de prelación entre derechos reales constituidos sobre un mismo predio, privilegiando los constituidos con antelación. Se establece una regla especial respecto del adquirente de la finca hipoteca en pública subasta ordenada por el juez⁴⁹, se establecen las causales de término del DCR⁵⁰, la regulación de las prestaciones mutuas y el procedimiento aplicable para la resolución de los conflictos que puedan surgir de la aplicación del DRC.

5. El Derecho Real de Conservación Ambiental y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Como se ha mencionado, el artículo 1° de la ley N°20.930 dispone expresamente que se aplicará de forma supletoria las disposiciones de la ley N°19.300. Esta remisión permite examinar la ley N° 19.300 a la luz del el DRC, lo que resulta de interés dado que ésta es una norma de orden público, mientras que el DRC es un instrumento esencialmente de orden privado.

El artículo 1° de la ley N 19.300 establece que *"el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia"*.

Es relevante destacar dos aspectos del objeto tutelado por la ley N° 19.300, el cual se describe en la disposición recién citada. Por una parte, hace propia la tarea de, entre otras cosas, conservar el patrimonio ambiental, y por la otra, admite que otros cuerpos legales puedan tender a los mismos objetivos. Lo anterior conecta inmediatamente con el DRC, pues este nuevo derecho consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental, funciones o atributos de un predio. Este primer elemento admite observar un común denominador entre ambos objetos tutelados. Asimismo, el hecho que la ley N° 19.300 admita la existencia de otras normas que cumplan con su objeto, es una nueva razón para relacionarlos.

La ley N° 19.300 dispone que en el caso de un EIA, sólo será aprobado en cuando cumpla "[...] *con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo*

49 Esta norma ha sido crítica por CORRAL (2016). pp. 78-79.

50 Nuestros comentarios a las causales de terminación en TISNÉ NIEMANN, Jorge Bertrand. Aproximación a la naturaleza jurídica del derecho real de conservación. *Revista Foro Jurídico. Pontificia Universidad Católica del Perú*. Carlos Valencia Mesías et.al. (Lima, Perú). Año XIV, N° 16. 2017. p. 169.

de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas" (artículo 16)⁵¹.

Ahora bien *"para los efectos de elaborar y calificar un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, el proponente, el Servicio de Evaluación Ambiental y los órganos de la administración del Estado competentes, en su caso, se sujetarán a las normas que establezca el reglamento" (artículo 13).*

Es precisamente el Decreto N° 40 de 2012 del Ministerio de Medio Ambiente que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (o como hemos llamado, el Reglamento del SEIA), en donde podemos encontrar las definiciones de estas tres medidas. En particular en el párrafo 1° del Título VI el cual aborda el Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación Ambiental.

El DRC no parece ser una herramienta útil como medida de mitigación pues su objeto no es evitar o disminuir los efectos adversos de un proyecto, sino conservar el patrimonio ambiental de un predio. A mayor abundamiento, el DRC no parece enmarcarse dentro de las medidas de mitigación previstas por el Reglamento del SEIA, porque todas ellas dicen relación con la obra o proyecto en sí mismo (no ejecución, limitación de la extensión, magnitud o duración, medida tecnológica o de diseño)⁵².

A su vez, el DRC tampoco parece ser una medida de reparación ambiental pues aquello conservado no tiende a reponer los componentes o elementos del medio ambiente impactado o restablecer sus propiedades básicas⁵³. En otras palabras, el DRC no puede reparar aquello que ha sido dañado.

51 Otras normas que dan cuenta de la importancia de estas medidas en el EIA, en especial las de mitigación, son los artículos 19, 36, 38, 44 letra g, 60 letra d.3, 62 y 88 del Reglamento del SEIA.

52 El artículo 98 del Reglamento del SEIA define la medida como: *"Las medidas de mitigación tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución. Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación Ambiental que deberá considerar, al menos, una de las siguientes medidas: a) Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes. b) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la extensión, magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes. c) Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo mediante medidas tecnológicas y/o de gestión consideradas en el diseño".*

53 El artículo 98 del Reglamento define la medida como: *"Medidas de reparación ambiental. Las medidas de reparación tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas".*

Ahora bien, el DRC sí parece ser una herramienta útil como medida de compensación, pues el titular de un proyecto puede conservar el patrimonio ambiental, atributos o funciones de uno o varios predios con el objeto de producir un efecto positivo alternativo y equivalente a aquél adverso identificado, que el proponente no ha sido capaz de mitigar o reparar⁵⁴.

En este contexto, se debe tener presente la prelación (o relación de jerarquía) que existe entre estas tres medidas y que se desprende del mismo artículo 98 del Reglamento del SEIA. La medida de compensación es la última que se debe aplicar luego de las medidas de mitigación y reparación. Es por eso que la medida de mitigación debe ser la primera línea dentro de la estrategia ambiental de un proyecto, siendo la segunda la reparación cuando la primera sea insuficiente. En el caso que no sea posible mitigar o reparar el impacto significativo que ha provocado el proyecto o actividad en cualquier de sus fases, entonces el proponente deberá ofrecer medidas de mitigación que tengan por objeto generar un efecto alternativo y equivalente.

En ese sentido, la medida de compensación debe tener un efecto equivalente al efecto adverso identificado. Esto quiere decir que al menos debe asegurar una pérdida neta cero de los componentes o elementos ambientales afectados, o de ser posible, garantizar una ganancia neta⁵⁵. Sin embargo, la autoridad ambiental solo está facultada para exigir una compensación en equivalencia, no pudiendo requerir al titular del proyecto garantizar una ganancia ambiental neta, lo que de todas formas podrá ser una iniciativa del propio proponente⁵⁶.

Sobre el particular, el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, ha señalado que "internacionalmente una de las definiciones más aceptadas es aquella del Programa de Negocios y Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad (Business and Biodiversity Offsets Programme, BOP por sus siglas en inglés), es consistente con la definición reglamentaria, indicando que «la compensación

54 El artículo 98 del Reglamento SEIA define la medida como: "*Medidas de compensación ambiental. Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar. Dichas medidas incluirán, entre otras, la sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función*".

55 Cfr., Servicio de Evaluación Ambiental (2014): *Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA*, p. 17, disponible en: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/reportes/2016/guia_compensacion_biodiversidad.pdf (consultado el 26 de marzo de 2018).

56 En este sentido VERGARA FISCHER, J y LEYTON FLOREZ, P. Compensación de recursos naturales en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (Santiago, Chile). 2002 N° 1. p. 110.

de la biodiversidad es una medida cuantificable de conservación debido a la compensación residual de impactos ambientales adversos de proyectos o planes de desarrollo luego que se han tomado las medidas de mitigación y reparación adecuadas» (BBOP, Biodiversity Offset Design Handbook, 2012, p. 1).⁵⁷

Luego, agrega el fallo que, “es posible reconocer dos tipos de compensación: i) restauración ambiental, la cual considera el mejoramiento, aumento, restauración o establecimiento de biodiversidad, y ii) la protección ambiental, la cual considera mecanismos de compensación por medio de evitar la pérdida de biodiversidad, esto es la protección de la biodiversidad de amenazas futuras, tales como pastoreo, sobreexplotación, deforestación, etc. Lo que existe en nuestra legislación es una definición general del concepto de compensación ambiental la cual no excluye la protección ambiental en la forma definida en el punto anterior, por lo que no se aceptará la posición de los Reclamantes en el sentido de que esta no es una forma válida de compensación ambiental. A mayor abundamiento, la Guía para Compensación de Biodiversidad en el SEIA considera como mecanismos de compensación aquellos que tienen por objeto conservar la biodiversidad preexistente en la medida en que esta esté amenazada, condición de amenaza que debe ser demostrada en el procedimiento de evaluación ambiental”⁵⁸.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, “para que la compensación ambiental cumpla su propósito, y por tanto sea lícita su aprobación, requiere cumplir un conjunto de principios, a los cuales este Tribunal adhiere, estos son: a) el principio de límites a la compensación, por medio del cual se reconoce que no todo puede ser compensado, tales como especies en extinción, y por lo tanto aplica cuando las pérdidas son de un valor tan alto, que ningún mecanismo de compensación puede justificar la pérdida; b) el principio de adicionalidad, el cual sostiene que los beneficios de la compensación sea causado por acciones de compensación y no por otros factores, en otras palabras, los beneficios de la compensación no habrían ocurrido en el status quo y sin una medida de intervención específica; y c) el principio de la equivalencia el cual requiere un balance justo entre pérdidas y beneficios. Esto requiere medidas cuantitativas de las pérdidas y ganancias de biodiversidad (Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA, p. 19; Independent Report on Biodiversity Offsets, IUCN, ICMN, p. 16-20). En concordancia con las mejores

57 Ilustre Tercer Tribunal Ambiental. Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Comité de Ministros. Recurso de reclamación (4 de enero de 2018). Rol R-42-2016, Considerando 76°. Disponible en www.tercertribunalambiental.cl.

58 Ilustre Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-42-2016. Considerando 78°.

prácticas internacionales en materia de compensación ambiental, la Guía para la compensación de biodiversidad en el SEIA utiliza estos principios como estándares para determinar la compensación de biodiversidad apropiada, y por tanto, lícita⁵⁹.

Considerando lo anterior, es pertinente recordar que por componentes ambientales se debe entender aquellos identificados por la definición legal de medio ambiente, a saber, "elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural"⁶⁰.

En virtud de la amplitud del concepto de componentes ambientales, es que el DRC puede consistir en una herramienta idónea y flexible para compensarlos. Al no estar delimitados los objetos de conservación en la ley N° 20.930 (más allá del patrimonio, funciones o atributos del predio), el titular del proyecto podrá conservar similares componentes ambientales (pérdida neta cero), o incluso ofrecer un incremento de aquellos afectados (ganancia neta). En otras palabras, el DRC ofrece al proponente una amplia variedad de opciones para compensar los impactos significativos del proyecto.

Considerando los efectos, características o circunstancias previstos en el artículo 11 de la ley N° 19.300, el titular del proyecto podrá compensarlos a través de la conservación de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados por otros de similares características, clase, naturaleza, calidad y función que existan en el mismo u otro lugar donde se ejecute el proyecto (artículo 100 del Reglamento del SEIA)⁶¹. A mayor abundamiento, el artículo 101 del Reglamento del SEIA admite que las medidas de compensación se lleven a cabo en otras áreas o lugares donde estos impactos se presenten, sino fuera posible implementarlas en el mismo lugar⁶².

59 Ilustre Tercer Tribunal Ambiental. Rol R-42-2016. Considerando 79°.

60 Ley N° 19.300. Artículo 2, literal I).

61 PÜSCHEL HOENAISEN, L. y GUIJÓN BUSCHMANN, R. Compensación en biodiversidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. *VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión ambiental global: presente y futuro*. Jorge Aranda, et. al. (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2012. p. 260, aunque refiriéndose específicamente a la biodiversidad, explican que los conceptos de "características, clase, naturaleza y calidad" -además de función- deben entenderse en virtud de las ciencias relacionadas, por lo que escapan estrictamente al ámbito legal.

62 Compartimos con PÜSCHEL y GUIJÓN (2012). p. 261 cuando señalan que la localización de la compensación es un factor relevante a considerar al evaluar la equivalencia entre el impacto significativo identificado y la medida propuesta.

Una ventaja del DRC como medida de compensación es que permite ofrecer una efectiva compensación de contenido estrictamente ambiental. El patrimonio, facultades o atributos ambientales del predio conservado tendrán directa relación con los componentes ambientales afectados por el proyecto. Esto va en la misma línea del Reglamento del SEIA, en cuanto a privilegiar la compensación ambiental por sobre la económica, pecuniaria o monetaria de los efectos adversos identificados⁶³. En otras palabras, la compensación debe ser en "moneda ambiental"⁶⁴, aunque también se ha defendido la compensación socioambiental⁶⁵. Es por esto que los acuerdos económicos que el titular del proyecto o actividad haya negociado con los interesados antes o durante el proceso de evaluación deberán ser informados a la autoridad ambiental, sin que ellos sean vinculantes para su calificación ambiental⁶⁶.

En ese sentido, y bajo los criterios que plasmó la sentencia del Tribunal Ambiental de Valdivia es claro señalar que el DRC cumple con ser una medida de compensación de tipo protección ambiental, pues el gravamen fijado en el predio tendrá como resultado aquel de proteger el medio ambiente como un mecanismo que garantiza, con bastante seguridad jurídica producto que corresponde a un derecho real, que la compensación propuesta pueda mantenerse en el tiempo con medidas efectivas y adicionales a las que existirían de no mediar el derecho real de conservación. Adicionalmente, es plenamente concordante con los principios de una adecuada compensación recogidos por la Guía para la Compensación de Biodiversidad en el SEIA y por el propio Tribunal Ambiental⁶⁷.

63 Defienden una compensación estrictamente ambiental BERMÚDEZ (2016). p. 286; FERNANDEZ BITTERLICH, Pedro. (2013): *Manual de derecho ambiental chileno*. (Tercera edición). (Santiago Chile). Thomson Reuters. 2013. p. 268; HERVÉ ESPEJO, Dominique. *Justicia ambiental y recursos naturales* (Valparaíso, Chile), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2015. p. 342. A su vez, DONOSO, Harris. Valorización económica y su relación con compensaciones. *Revista Ambiente y Desarrollo*. 2001. vol. XVII, N° 2. pp. 12-16, Disponible en: http://www.cipmachile.com/web/200.75.6.169/RAD/2001/2_Donosos.pdf concluye que, si bien flexibilizar la compensación en verde por una compensación monetaria podría tener beneficios, en Chile aún no existen las condiciones necesarias para implementarlo (buen nivel socioeconómico y alto grado de información de los ciudadanos).

64 ASTORGA JORQUERA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*. Tercera edición (Santiago, Chile). Thomson Reuters. 2012. p. 224.

65 En este sentido Hervé (2015). Página. 343; Cofré Pérez, Leonardo Discrecionalidad de los acuerdos administrativos: El caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental", en *Revista Justicia Ambiental*. Gabriela Burdiles Perucci et. al. 2012. N° 4. pp. 142-144.

66 En este sentido el artículo 13 bis de la ley 19.300 dispone: "*Los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad*".

67 Irarrázaval, Diario El Pulso (2017).

También se puede considerar como virtud del DRC en el marco de un EIA, el titular no tendrá que adquirir el dominio del predio gravado, sino pagar exclusivamente por lo conservado, lo que implica menores costos de transacción que incrementan la posibilidad de implementación. De esta manera el titular, una vez que identifique los impactos significativos del proyecto, podrá identificar en predios distintos aquellos componentes ambientales de similares características, clase, naturaleza, calidad y función, gravándolos mediante el DRC, lo que redundará en un efecto positivo alternativo y equivalente. Por otro lado, el DRC se puede constituir a perpetuidad, lo que garantiza su permanencia en el tiempo. Además, facilitará la fiscalización del origen y cumplimiento de las obligaciones de conservación que asuma el proponente del proyecto o actividad el hecho que el DRC debe ser pactado mediante un contrato constitutivo, debidamente inscrito en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en este trabajo, consideramos que el DRC es plenamente aplicable el SEIA, especialmente en relación a las medidas de compensación. Este derecho permite a los particulares contribuir a la conservación del patrimonio ambiental del país sin que sea necesario implementar figuras administrativas de conservación.

En ese sentido, el SEIA como instrumento de gestión ambiental encargado de evaluar preventiva y participativamente los impactos ambientales de los proyectos de inversión, debe hacer esfuerzos porque dichos proyectos o actividades mitiguen, reparen o compensen adecuadamente sus impactos ambientales significativos.

El DRC como medida de compensación en el SEIA es una herramienta útil pues permite conservar el patrimonio ambiental, atributos o funciones de uno o varios predios con el objeto de producir un efecto alternativo equivalente a aquel adverso significativo, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que se grave un predio a través del DRC en virtud de una medida compensación, en atención a un efecto adverso significativo dentro de un EIA;
- b) Que dicha medida de compensación, se trate de protección ambiental (conservación de los elementos ambientales afectados por la ocurrencia de los efectos adversos significativos de un determinado proyecto a actividad);

- c) Que el DRC implique un beneficio en la compensación por acciones propias del gravamen ambiental, por lo que dichos beneficios solo se explican a propósito de la constitución del DRC (principio de adicionalidad);
- d) Que el predio gravado genere equivalencia entre las pérdidas provocadas por el efecto adverso significativo y las ganancias propias del DRC, lo que genera una efectiva compensación estrictamente ambiental; y
- e) Que los requisitos anteriores sean evaluados dentro del SEIA, comprobándose científicamente que la medida genere un efecto positivo alterno y equivalente al efecto adverso que se pretende compensar.

Adicionalmente, el DRC presenta diferentes beneficios que contribuyen a que sea utilizado como medida de compensación en el SEIA. En primer lugar, el DRC admite flexibilidad respecto del objeto conservado, permitiendo el proponente postular una amplia variedad de opciones para compensar los impactos significativos del proyecto. En segundo lugar, la compensación podrá desarrollarse en el mismo u otro predio donde se desarrolla el proyecto. En tercer lugar, el DCR facilita la compensación estrictamente ambiental. En cuarto lugar, la conservación podrá pactarse por tiempo indefinido, garantizando el objeto compensado. En quinto lugar, el DRC podrá pactarse a título oneroso o gratuito, y en el primer caso, sólo se pagará por lo conservado del patrimonio ambiental, funciones o atributos del predio gravado, disminuyendo los costos de transacción para el proponente de la medida de compensación. En sexto lugar, el DRC debe ser pactado mediante un contrato constitutivo, debidamente inscrito en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces, facilitando la fiscalización del origen y cumplimiento de las obligaciones de conservación que asuma el proponente de la medida.

En el marco del SEIA, el DRC puede tener una importante aplicación como medida de compensación. Los proponentes de proyectos de gran envergadura podrán utilizarlo para compensar los diversos impactos significativos de sus proyectos, cuando involucren impactos en humedales, porciones de tierras de gran vocación ambiental o en la biodiversidad. En este sentido, el DRC permite asegurar la conservación de diferentes elementos ambientales, en el mismo y otros predios donde se desarrolle el proyecto o actividad, gravando su conservación incluso de manera indefinida.

Recibido: 15 de abril de 2018.

Aprobado: 23 de julio de 2018.