

LA CONSERVACIÓN PRIVADA DE LA BIODIVERSIDAD Y EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN

Consideraciones desde la Teoría Social de Sistemas
y el Análisis Económico del Derecho

Jaime C. Ubilla Fuenzalida*

A mi amado padre, Dr. Enrique Ubilla Castañeda (Q.E.P.D.) quien con inmenso amor y entusiasmo compartió mi interés en la conservación y me acompañó en la redacción de estas páginas.

INTRODUCCIÓN

La conservación de la biodiversidad es una de las más importantes directrices del desarrollo sustentable,¹ y uno de los principales objetivos de la política ambiental internacional de los últimos 30 años.² Asimismo, es objeto directo e indirecto de numerosos tratados internacionales.³

La conservación de la biodiversidad, sin embargo, no debe ser entendida de manera aislada respecto del resto del Derecho Ambiental. Esta es fundamental como fuente generadora de información y conocimiento sobre la evolución de nuestros ecosistemas y del planeta y, por tanto, es esencial para entender los efectos locales, regionales y globales de nuestra actividad social y económica. Esta información y conocimiento son básicos para guiar el desarrollo del Derecho Ambiental en sus diversas áreas.

En consecuencia, una política de conservación de la biodiversidad no sólo deberá crear y mantener mecanismos de conservación en sentido estricto, sino, además, los mecanismos y las prácticas que permitan la acumulación de información y conocimiento sobre su estado actual y su evolución.^{4,5}

* Abogado, Universidad de Chile. Master of Arts in Law, Waseda University, Tokio, Japón.

1 Policy Directions de la World Commission on Environment and Development (WCED), 1987.

2 Earth Summit (UNCED) en Estocolmo en 1972 y en Río de Janeiro en 1992, y la Agenda 21.

3 Entre otros, Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Naturales Escénicas Naturales de América de 1967, (Convención de Washington); Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1975; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992.

4 La generación, acumulación y procesamiento de información son esenciales a toda política ambiental de desarrollo sustentable. Ref. Peter Bartelmus, Environment, Growth and Development, The Concepts and Strategies of Sustainability, Routledge, 1994, pág 79 y ss.

5 Nihon Koku, KankyouCho Chikyu Kankyo Keizai Kenkyukai. Chikyu Kankyo no Keizaigaku, 1994. pág. 7.

La capacidad de nuestra sociedad de desarrollar una política de conservación de la biodiversidad dependerá en gran medida de nuestra habilidad de guiar patrones de desarrollo urbano y rural que sean sustentables.

Los instrumentos tradicionales de planificación urbana –uso de suelo– y rural –cambio de uso de suelo– han sido insuficientes para internalizar prácticas sustentables de conservación. Nuestras nuevas estrategias de regulación deben incluir instrumentos que posibiliten la internalización social de patrones de desarrollo sustentable.

Entre los principales mecanismos para llevar a cabo la conservación de la biodiversidad se encuentra la creación de áreas protegidas, pues tienen el potencial de abarcar amplios habitats y ecosistemas.

Los sistemas de áreas protegidas presentan actualmente en nuestras sociedades diversas debilidades y limitaciones, entre otras: una extensión insuficiente; inadecuada representatividad ecológica; inadecuada distribución territorial; vulnerabilidad a impactos locales, regionales y globales; falta de información respecto a la viabilidad mínima de la heterogeneidad ecosistémica, y sistemas de manejo inadecuados. En Chile, la conservación de la biodiversidad enfrenta problemas similares.⁶

En diversos derechos, y especialmente en los derechos de países miembros de la Unión Europea, así como en los EE.UU., las debilidades y limitaciones de los sistemas tradicionales de áreas protegidas se han enfrentado por medio de políticas regulatorias que han permitido e incentivado la conservación privada de las áreas naturales prioritarias.

Nuestro Derecho ha considerado especialmente la conservación privada entre los instrumentos regulatorios a ser implementados,⁷ sin embargo, la elaboración de la normativa en cuestión se encuentra pendiente. Nuestra sociedad, sin embargo, ya ha comenzado voluntariamente a desarrollar numerosas iniciativas de conservación privada, las que se llevan a cabo de muy diversas maneras. Sin embargo, estas iniciativas voluntarias no están sujetas a un marco regulatorio ni a incentivos.⁸

Se puede asumir que la opción por desarrollar la conservación de la biodiversidad vía iniciativa privada halla su principal fundamento en: (i) evitar el aumento del gasto estatal en conservación; (ii) lograr la internalización social de las prácticas de conservación, conducentes a un manejo sustentable de la biodiversidad; (iii) generar patrones de desarrollo sustentable a nivel urbano y rural, así como a nivel local –comunitario e indígena.

Puede estimarse, además, que el éxito de las estrategias de conservación privada servirá de base para desencadenar la cooperación público-privada también respecto del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (SNASPE).

El presente artículo revisa de manera general los principales instrumentos jurídicos que pueden regular e incentivar la conservación privada y, de manera especial, las servidumbres o derechos reales de conservación.⁹

6 P. Villarroel, C. Sepúlveda, D. García, A. Moreira, Tipología de Modalidades de Cooperación Público-Privadas Viables en Chile. Cipma y Centro de Gestión y Ciencias Ambientales de la Universidad Austral de Chile, 1998, Documento N° 52, pág. 7.

7 Ley N° 19.300, de 1994, art. 35.

8 P. Villarroel, C. Sepúlveda, D. García, A. Moreira, Catastro de Iniciativas Privadas en Conservación de la Biodiversidad Implementadas en Chile. Cipma y Centro de Gestión y Ciencias Ambientales de la Universidad Austral de Chile, 1998, Documento N° 49.

9 Utilizamos las expresiones “servidumbre” y “derecho real de conservación” indistintamente. Sin embargo, estimamos más apropiada la denominación de “derecho” pues refleja el “valor” de los bienes sobre que recae y no solamente el beneficio que recibe el titular del derecho.

Nuestro análisis se concentra en la conservación de áreas ecológicas prioritarias.¹⁰ Sin embargo, el derecho real de conservación, podría y debiera ser aplicado también a áreas designadas como “áreas verdes”, “áreas de valor natural”, u otras, dentro de los planes reguladores urbanos. Asimismo, puede concebirse su uso para proteger cuerpos de agua superficial o subterráneo, caso en el cual se establecería respecto de o sobre los derechos reales de aprovechamiento.

Además, el derecho real de conservación puede ser aplicado para desarrollar políticas de desarrollo sustentable agrícola y forestal, así como para abordar el problema del desarrollo sustentable indígena.

Primeramente, revisaremos las tendencias recientes del Derecho Ambiental que son el resultado de la constatación de las limitaciones de los sistemas regulatorios tradicionales y que ponen énfasis en la generación de conocimiento.

Luego, analizaremos diversos instrumentos regulatorios aptos para facilitar la creación de Áreas Protegidas Privadas (APP).

Posteriormente, nos concentraremos en el derecho real de conservación y, especialmente, en el análisis de ciertas justificaciones teóricas para la creación de esta figura legal. A este respecto el énfasis recaerá en el análisis económico del derecho.

1. DERECHO AMBIENTAL Y REGULACIÓN DE LA CONSERVACIÓN

El Derecho Ambiental tradicional se ha orientado a detener aquellos impactos significativos o acciones dañinas en el medio ambiente que sean evitables, y a controlar los efectos nocivos de las intervenciones inevitables en el medio ambiente.¹¹ Se ha sostenido que este derecho intervencionista o regulatorio ha llegado a su límite no sólo por su inhabilidad para manejar la creciente complejidad que deriva de la también creciente diferenciación de los lenguajes sociales y organizacionales,^{12,13} sino, además, por su inhabilidad para desencadenar la internalización en los sujetos regulados de estructuras capaces de generar cono-

10 Muñoz et al. Libro Rojo de Sitios Prioritarios para la Conservación de la Biodiversidad, 1996. Este libro resultó del simposio que congregó a la comunidad científica nacional, organizado por CONAF en abril de 1993. Este libro establece cuatro categorías de sitios prioritarios.

11 Farmer y Teubner, Ecological Self-Organization, en “Environmental Law and Ecological Responsibility”, John Wiley and Sons, 1994.

12 Esta inhabilidad encuentra su fuente primera, según Luhmann y Teubner, en la “imposibilidad de la intervención legal directa ocasionada por la autopoiesis doble del derecho y la sociedad”. Gunther Teubner, Law as an Autopoietic System, 1993, The European University Institute Press Series, pág. 64.

13 Luhmann Niklas, Ecological Communication, 1989, by Polity Press, chapter 7, pág. 33,4; Luhmann Niklas Closure and openness: On reality in the World of Law, In Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society 1988, edited by Gunther Teubner. Walter de Gruyter; Luhmann Niklas, The Improbability of Communication, in Luhmann Essays on Self-Reference Cap.4, 1990, pág.86. Asimismo, Ootopoiesisu, Dai San Sedai Shisutemu, Hideo Kawamoto, pág. 155; Hou to Shakai Shisutemu, Luhmann Niklas, ShinsenSha 1993, pág. 184. En relación con los distintos acercamientos a las limitaciones del derecho intervencionista o del bienestar ver especialmente: Dilemmas of Law in The Welfare State, edited by Gunther Teubner, Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1986; Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, edited by Gunther Teubner, Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1987.

cimiento y prácticas ecológicas.¹⁴ De este modo, la principal limitación de este modelo tradicional es que no es capaz de responder ante la creciente incertidumbre envuelta en el problema ambiental.^{15,16}

El denominado Derecho Ambiental post-regulatorio o post-intervencionista propende a que tanto los instrumentos regulatorios tradicionales (incluso el sistema de responsabilidad civil)¹⁷ como los nuevos instrumentos económicos y procedimentales, se orienten a generar en los entes regulados la internalización del interés ambiental y el perfeccionamiento de las estructuras internas de percepción del entorno y de acumulación y procesamiento de información.¹⁸ A los instrumentos con esta capacidad se les ha denominado “reflexivos”.¹⁹

En el ámbito de la conservación de la biodiversidad, el fenómeno del aumento de la complejidad de las interacciones entre sistema social y entorno ecológico, ha generado una incertidumbre insospechada. A este respecto, basta mencionar la incertidumbre reinante respecto a la relación entre, la actividad industrial, el cambio evolutivo de la biodiversidad y los

-
- 14 A esta incapacidad del derecho regulatorio, se le ha denominado ampliamente “fracaso del derecho regulatorio” o “fracaso del derecho intervencionista”. En materia ambiental se ha manifestado en: la incapacidad de la autoridad de fiscalizar las normas ambientales; los incentivos perversos para eludir o defraudar las normas que genera en los entes regulados; los incentivos perversos a los mismos para ocultar información –deteniendo la creación de conocimiento; el enfoque estático a la relación empresa-entorno que deriva en el desincentivo a la creación de nuevo conocimiento y tecnología; a la fragmentación regulatoria entre los diversos componentes –aire, agua, suelo– que impide regular los impactos finales y totales; el enfoque en los daños e impactos más que en la prevención por medio de sistemas de gestión debidamente internalizados; y generalmente en la incapacidad de generar nuevo conocimiento ante la creciente incertidumbre.
- 15 Karl Heinz Ladeur *Coping with Uncertainty: Ecological Risks and the Proceduralization of Environmental Law*. En “*Environmental Law and Ecological Responsibility*”, John Villey and Sons, 1994. En cuanto a la “incertidumbre” (que resulta de la carencia o falta de conocimiento, que a su vez deriva de la creciente complejidad) podemos hacer referencia a palabras de Ladeur quien sostiene que: “De acuerdo a datos de 1984, por ejemplo, no hay conocimiento disponible respecto de la toxicidad del 80 % de los 48.000 químicos usados comercialmente en los EE.UU. (una fracción del total conocido). Adicionalmente, y sin considerar los problemas de efectos combinados de distintas sustancias, no existe un método disponible para evaluar los efectos de los más conocidos pesticidas y químicos en el complejo contenido de los ecosistemas”. De manera consistente con esto, también Nakanishi Junko, ha establecido que hasta la fecha se ha soslayado la existencia de un ámbito que existe entre los extremos del “riesgo” (conocido) y la “seguridad”, en el diseño de las políticas y en las evaluaciones de riesgo, en Kankyō Risuku Ron, Iwanami Shoten, 1995, pág. 29.
- 16 Shizen Hogo No Ho No Senryaku. Yamamura Tsunetoshi, 2 ed. 1994, Yuhaiaku.
- 17 Bruggeimeier Gert. *Enterprise Liability for Environmental Damage: German and European Law*. En “*Environmental Law and Ecological Responsibility*”, John Villey and Sons, 1994.
- 18 Gunther Teubner, 1993. *Law as an Autopoietic System*, Blackwell publishers, pág. 65. En relación con esto ver: Luhmann, *The Differentiation of Society*, Columbia University Press, New York, 1982, cap.10; Luhmann Niklas, *Social Systems*, Stanford University Press, 1995, pp. 210, 219; Luhmann, Niklas, *The Unity of the Legal System*, “en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*”, editado por Gunther Teubner, 1987. Walter de Gruyter, 1988; Luhmann Niklas, “*The Autopoiesis of Social Systems*” en -Luhmann *Essays on Self Reference*, Columbia U. Press, 1990; Teubner Gunther, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986, editado por Gunther Teubner, Walter de Gruyter; Teubner Gunther, *How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*. “*Law and Society Rev*”, Vol. 23, N°5, 1989.
- 19 Jaime Ubilla F., *Ootopoiesis Sisutemu Riron*, Kankyō ni Okeru Kigyō no Sekinin. 1997. Tesis de M.A. in Law. Waseda University, pág. 49. En términos simples los elementos reflexivos son aquellos que aumentan la capacidad de observación recíproca de los subsistemas lingüísticos (derecho, economía, política, moral, ciencia, etc) y; Teubner Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, “*Law and Society*”, Vol. 17, N°2, 1983. La estrategia regulatoria consiste en coordinar tanto los elementos “substantivos” (que establecen metas substantivas como las que imponen las normas de emisión) como los “formales” (que posibilitan la operación de la autonomía, como los “permisos transables”) con los nuevos elementos reflexivos. Los elementos reflexivos muchas veces se manifiestan en “procedimientos” que permiten que distintos lenguajes se encuentren (i.e. sistema de evaluación de impacto ambiental).

fenómenos de cambio climático y de debilitamiento de la capa de ozono.

El Derecho Ambiental tradicional de la conservación de la biodiversidad, no ha sido capaz de establecer sistemas de generación, acumulación y procesamiento de información y conocimiento. La carencia de conocimiento en este ámbito ha derivado en la falta de conocimiento respecto al impacto de nuestras actividades en la evolución de la biodiversidad.

Este derecho tradicional propendió a un modelo de conservación de la biodiversidad que tendía a excluir a las áreas protegidas de la actividad económica local y de la participación comunitaria. Esto, por su parte, derivaría en sistemas de manejo de estas áreas que no tenderían a generar prácticas de autosustentabilidad económica (servicios ambientales) ni a generar procesos de acumulación de conocimiento.

Las tendencias regulatorias modernas, por tanto, aconsejan el implementar un sistema regulatorio de conservación privada que utilice instrumentos que no solamente posibiliten e incentiven la incorporación de áreas protegidas privadas al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), sino que también integren a los propietarios y a la comunidad en el proceso de conservación, y generen un sistema de manejo de estas APP que incentive la autosustentabilidad y la permanente acumulación de información y conocimiento.

A continuación revisaremos distintos instrumentos de regulación que se han utilizado en el derecho comparado para posibilitar y facilitar la conservación privada. Asimismo, trataremos lo que estimamos son los lineamientos generales de un sistema de regulación de la conservación privada que sea consistente con las tendencias regulatorias modernas del derecho ambiental.

2. INSTRUMENTOS REGULATORIOS. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE UN SISTEMA DE AREAS PROTEGIDAS PRIVADAS (SAPP).

a. Derecho Comparado.

Los instrumentos jurídicos que se han utilizado en el derecho comparado para regular la conservación privada son variados e incluyen principalmente los siguientes:

- La designación pública de áreas prioritarias.²⁰
- La declaración pública de área protegida privada.²¹

20 Este instrumento es utilizado en el Reino Unido, donde se designan "Sites of Special Scientific Interest" (SSSI). La designación impone una restricción transitoria sobre el predio (cuatro meses), período durante el cual el Estado y el particular negocian un eventual convenio de manejo. Si el particular decide entrar en el convenio, las restricciones y el plan de manejo se tornan en permanentes, vinculando a futuros propietarios. El titular del predio recibirá incentivos económicos anuales. Originalmente estos convenios eran perpetuos, pero recientemente se han comenzado a fijar plazos. Kathryn V. Last, *Habitat Protection: Has the Wildlife and Countryside Act 1981 Made a Difference?*, "Journal of Environmental Law", Vol. 11, N° 1, 1999, Oxford University Press, pág. 15.

21 En este instrumento el particular propone su predio para ser declarado área protegida, y la declaración procede solamente si el predio en cuestión presenta valor ecológico. Una vez declarado como tal, recibe un tratamiento equivalente a aquel que reciben las áreas protegidas públicas. En ciertos casos, esta declaración desencadena beneficios tributarios, incentivos directos o indirectos, o bonificaciones para el manejo de las áreas protegidas. Este es el sistema en Bélgica y en Finlandia, y reviste caracteres similares en Francia. Ley sobre Conservación de la Naturaleza de la Región de Wallonie del 12 de julio de 1973, y Decreto de 17 de julio de 1986. Citado por Carolin Amilien, *Instrumentos Jurídicos e Incentivos para la Conservación en Europa*, no publicado, provisto por gentileza de E-Law, gentileza de Alan Graves de E-Law U.S.

- Los incentivos tributarios o financieros a la conservación.²²
- Los convenios de manejo generadores de derechos personales.²³
- Los convenios de manejo generadores de derechos reales.²⁴
- La adquisición de predios por particulares.
- La permuta, el arriendo de predios.
- Las servidumbres personales de conservación o derechos reales de conservación.

Los distintos instrumentos mencionados normalmente operan combinados, pues el otorgamiento de incentivos financieros o tributarios requerirá la existencia de un procedimiento de Derecho Público (designación, declaración u otro) por medio del cual, al menos: (i) se verifique que el predio en cuestión corresponde a un área prioritaria; (ii) se establezca un plan de manejo específico y las obligaciones de reporte.

Teóricamente, pueden concurrir en distintas y múltiples combinaciones la designación pública, la declaración pública, los convenios de manejo, las servidumbres y los incentivos económicos.

Así, es posible que concurren la declaración pública y/o la designación pública y las servidumbres en cuanto el titular del predio declarado área protegida sea distinto del sujeto que es titular de la servidumbre o derecho real de conservación. En este sentido puede existir la combinación: designación, declaración, servidumbre, incentivo económico; así como la combinación: designación, servidumbre, incentivo económico; y la combinación: declaración, servidumbre, incentivo económico. Los incentivos económicos pueden ir orientados a incentivar tanto al titular del predio como al tercero que adquiere la servidumbre o derecho real de conservación.

b. Consideraciones generales de un sistema regulatorio viable.

Las nuevas tendencias regulatorias, o “post-regulatorias”, aconsejan que, cualquiera sea la combinación de instrumentos que se utilice, el procedimiento de designación o declaración permita el encuentro de los diversos lenguajes sociales, la participación de la comunidad, y la evaluación de las alternativas de manejo que en mejor manera internalicen el interés ambiental y el desarrollo sustentable local.

22 Los incentivos pueden ser, entre otros: bonificaciones anuales a la existencia de las restricciones de uso; bonificaciones anuales al manejo; exención del impuesto territorial; reducción de impuesto territorial por reducción de avalúo (resultante de las restricciones impuestas sobre el predio); exención o reducción del impuesto de herencia; exención o reducción del impuesto a la renta; exención o reducción del impuesto a las donaciones a fundaciones de conservación; exención o reducción del impuesto a la renta a las fundaciones de conservación, etc.

23 Estos convenios son contratos personales, en el cual el propietario del predio se compromete a manejarlo de acuerdo a las condiciones que impone el Estado, recibiendo a cambio pagos u otros beneficios. Este instrumento comprende restricciones y también puede incluir obligaciones de hacer, que se consideran servicios ambientales (v.g. Unión Europea, Reglamento N2078/92). En este sentido, ver: B. Brown, Land Preservation provides Estate Tax Benefits, 17 UCLA J. Env'tl. L. & Poly 117, 1998/1999; I. Bowles, D. Downes, D. Clark, M. Guerin-McManus, Economic Incentives and legal Tools for Private Sector Conservation, Duke Env. L. & Poly F209, Spring, 1998; M. Rudolph, A. Gosch, A Practitioner's Guide to Drafting Conservation Easements and the Tax Implications, "Great Plains Natural Resources Journal, 2000."

24 Estos convenios se establecen entre una entidad pública y un privado. Se pueden imponer restricciones al derecho de propiedad y han sido utilizados para la conservación de reservas naturales. (v.g. Reino Unido, Ley sobre Vida Silvestre y Areas Rurales, 1981).

La interacción entre estos distintos lenguajes puede producirse a distintos niveles: a nivel de la planificación nacional, o a nivel de procedimiento de declaración de cada APP. Esta interacción es necesaria en los distintos niveles. Sin embargo, el proceso de interacción a nivel de procedimiento de declaración de APP debiera ser restringido y controlado a fin de evitar altos costos administrativos, excesiva discrecionalidad de la autoridad, e incertidumbre en la decisión de ingresar al procedimiento.

A fin de facilitar el proceso de declaración, y de reducir la discrecionalidad administrativa (así como los costos y la incertidumbre mencionados), es aconsejable que exista: (i) una designación pública de áreas prioritarias en lo que podría constituir un Plan Nacional de Conservación de la Biodiversidad; (ii) un Plan Nacional de Manejo de las áreas prioritarias en el cual se indiquen los principios básicos de los sistemas de manejo aplicables a las distintas categorías de áreas prioritarias.

La designación pública envuelve simplemente la indicación del carácter prioritario de las áreas designadas y no genera obligaciones ni restricciones, sino más bien la posibilidad de obtener la declaración pública de APP.

El titular del predio, o el titular del derecho real de conservación, que presente solicitud de declaración de APP de un área prioritaria designada, y que presente un plan de manejo acorde con los principios generales del Plan Nacional de Manejo, debiera obtener la referida declaración en un procedimiento breve. El organismo competente (que reúna a representantes de distintos organismos sectoriales) debiera disponer de guías especiales de referencia que sirvan de base a la preparación e implementación de planes de manejo particulares así como para proveer asesoría técnica al respecto. Este organismo, asimismo, podrá hacer recomendaciones adicionales, durante este procedimiento de declaración o durante la vida de la APP, respecto al plan de manejo presentado por el particular a la luz de los principios generales del Plan Nacional de Manejo y en base a la información que periódicamente deberá serle otorgada por el titular de la APP. Con esto se originaría un ciclo de generación de información y conocimiento que puede ser estimulado con planes de incentivos, complementarios o graduales, al desarrollo de servicios ambientales que generen autosustentabilidad en cada APP.

La existencia de designación pública de áreas prioritarias no debiera implicar la imposibilidad de incorporar áreas "no designadas" al SAPP. Las áreas no designadas deberán poder ingresar al SAPP si se logra establecer, en un procedimiento de evaluación especial, que ellas cumplen con los parámetros generales del Plan Nacional de Conservación de la Biodiversidad. Entre estas áreas no designadas podrán considerarse no solamente aquellas áreas con un alto valor de biodiversidad sino también áreas con valor natural que contribuyan al desarrollo sustentable urbano y rural.

Los incentivos económicos debieran ser graduales en términos que aquellas áreas con menor valor de biodiversidad reciban menos incentivos. Asimismo, ciertos incentivos debieran encontrarse relacionados o dirigidos a dar apoyo a aquellos planes de manejo que contribuyan a la interacción del desarrollo local con la conservación privada. La declaración de APP respecto de áreas "no designadas" podría quedar sujeta a limitaciones temporales en términos tales que las partes interesadas o la autoridad puedan someter a re-evaluación la designación una vez transcurrido cierto plazo (v.g. 20, 30 años).

c. El Derecho Real de Conservación. Áreas prioritarias. Áreas verdes en zonas urbanas. Actividad agrícola y forestal sustentable

Los derechos reales de conservación, corresponden a derechos reales que recaen sobre un predio y que ceden en favor de una persona natural o jurídica (servidumbre personal), que imponen restricciones al ejercicio del dominio sobre el predio, y que eventualmente establecen acciones obligatorias al titular del predio o incluso al titular del derecho real, con el objeto de proteger o conservar, en distintos grados, los recursos naturales existentes en tal predio. Estos derechos reales normalmente: (i) se establecen en favor de personas jurídicas sin fines de lucro cuyo fin es la conservación o en favor de entidades públicas; (ii) tienen un carácter perpetuo o de larga duración, sin perjuicio de existir modos de terminación, entre los cuales normalmente se incluye la terminación por el cambio de las circunstancias que hacen imposible la consecución del objetivo de conservación.²⁵ Este derecho real de conservación existe en EE.UU.,²⁶ Reino Unido, Suiza, Costa Rica, Puerto Rico²⁷, y se encuentra bajo estudio en la República Checa²⁸ y otros países.

Las servidumbres o derechos reales pueden operar, consistentemente con lo explicado más arriba, también respecto de áreas no prioritarias que sean calificadas como "áreas verdes" o "áreas de valor natural" por los planes reguladores urbanos, e incluso respecto de actividades de conservación del patrimonio cultural, o de conservación de áreas de recreación.

Estos derechos reales pueden además cumplir una función fundamental para la conservación de la biodiversidad en el ámbito del desarrollo de actividades agrícolas y forestales sustentables,²⁹ y con ello aún se puede concebir su utilización para compatibilizar y facilitar asentamientos indígenas con actividades económicas sustentables. La utilización de derechos reales "de conservación atenuada" o "de actividad agrícola o forestal sustentable" permitirían, entre otras cosas, por el acuerdo entre partes interesadas, imponer restricciones a la explotación no sustentable del bosque nativo. La utilización de este derecho real puede ser conjugada con los actuales planes de manejo forestal (D.L. N° 701 de 1974, modificado por Ley N° 19.561) en términos tales que esos derechos reales se puedan constituir respecto de predios que tengan los planes aprobados o para efectos de presentación del plan respectivo dejando, la vigencia del derecho real, supeditado a la aprobación del mismo.

Asimismo, en este contexto del desarrollo forestal y agrícola, los derechos reales de conservación pueden conjugarse con los mecanismos de certificación de sustentabilidad y con instrumentos económicos, como los permisos de carbono que deriven de la aplicación del Protocolo de Kioto. Más aún, en relación con la implementación de este Protocolo, el derecho real de conservación aparece como el mecanismo más idóneo para establecer y demostrar que los "sumideros de carbono" envueltos en los proyectos forestales o agrícolas se encuentran permanentemente sujetos a las restricciones que garantizan la captura de las toneladas de CO₂ que se han proyectado a partir de la línea de base correspondiente.

25 Jeffrey Tapick, Threats to the Continued Existence of Conservation Easements, "27 Columbia Journal of Environmental Law", 2002, pág. 277.

26 Julie Ann Gustanski, Roderick H. Squires. Protecting the Land, Conservation Easements Past, Present and Future, Island Press, 2000, pág.45.

27 M. J. Godreau, A. I. García. Servidumbres y Conservación, "Revista Jurídica U. de Puerto Rico, 1998".

28 Carolin Amilien, op. Cit. 22.

29 En este caso los derechos reales de conservación propenden o imponen prácticas sustentables. En ese sentido su denominación puede ser "servidumbres agrícolas o forestales sustentables".

En términos básicos, los derechos reales de conservación, como quiera que se les combine con los otros instrumentos de conservación, permiten:

- (a) La consecución del objetivo de conservación a un costo menor, pues permite el logro del objetivo de conservación de un predio o predios sin tener que recurrir a la adquisición total -de todas las facultades del derecho de propiedad- del predio o predios en cuestión.
- (b) La existencia erga omnes del derecho real, persiguiendo a futuros titulares del predio;
- (c) La transferibilidad del derecho real a terceros calificados como sujetos activos autorizados.
- (d) La continuación del uso, goce y disposición por parte del titular del predio. Este titular podrá desarrollar las actividades que sean congruentes con el destino de conservación del predio, incluidas actividades económicas sustentables. El tipo de actividad dependerá de la distinta intensidad de conservación que le sea aplicable según lo determinen, directamente, una designación o declaración pública, o, indirectamente, las normas de incentivos.
- (e) La obtención por parte del titular del predio de una fuente adicional³⁰ de financiamiento para su actividad dentro o fuera del predio;
- (f) La fijación de estatutos diversos de conservación de acuerdo a la categoría de área de conservación que se trate.
- (g) La realización de labores de monitoreo y control del estado de la biodiversidad en el predio correspondiente por el tercero titular del derecho real de conservación, eventualmente desencadenando un manejo ambiental adecuado del área en cuestión.³¹ Esto se logrará especialmente en caso que el sujeto activo del derecho real de conservación corresponda a una entidad cuyo objeto sea la conservación.

3. DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN. CIERTOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS.

a. Generalidades.

El planteamiento central del presente artículo es que un sistema regulatorio efectivo y eficiente de conservación privada debiera incluir la creación de la figura legal del derecho real de conservación. La creación de esta figura legal puede encontrar bases teóricas diversas pero destacamos a continuación una sociológica y una económica.

30 Esta fuente es adicional a: (a) los incentivos tributarios o financieros que puede proveer el Estado; (b) los posibles ingresos que deriven de los servicios ambientales que pueda proveer el predio, entre otros, la actividad turística sustentable –incluso hotelera limitada– la generación de información biomédica, la generación de información ecológica reproducible en sistemas de gestión que implementen la “biomimicry”, la generación de frutos naturales sustentables (v.g. miel), etc.

31 Este manejo puede generar nueva información y conocimiento y esto se verá especialmente estimulado en caso que: i) los terceros sean organizaciones de conservación; ii) los terceros y los titulares del predio reciban incentivos específicos al manejo sustentable y a la generación de información.

Desde la teoría social de sistemas aplicada al Derecho, puede sostenerse que la creación de este derecho real correspondería a la creación de un mecanismo³² dentro del derecho privado que facilitaría la “interacción” o “acoplamiento estructural”, o la “interferencia”³³ entre el Derecho y los otros subsistemas lingüísticos (subsistemas económico, político, moral, científico, educación) y las organizaciones.³⁴ Esto constituiría una estrategia viable para internalizar el interés ambiental en los distintos lenguajes sociales y generar “conocimiento”.³⁵ En términos concretos, el derecho real de conservación, posibilitará que las “observaciones” de la ciencia respecto al valor de ciertas áreas prioritarias se incorporen en las descripciones jurídico-privadas de los bienes, y con ello se posibilite, asimismo, que el mercado (el lenguaje económico) otorgue valor económico a los correspondientes atributos naturales de ellos. La operación a nivel de derecho de propiedad de la “conservación” permite que la comunicación social que se genera en torno al uso y goce de la tierra, incorpore contenidos de “conservación” lo que a su vez influirá en la internalización (observación) en los distintos lenguajes del interés en cuestión. La operación de este derecho real generará, asimismo, mayor conocimiento sobre los servicios ambientales (ciencia) que deriven o puedan derivar de los atributos naturales de estos bienes, lo que posibilitará la internalización de esos valores o “capital natural”³⁶ en el lenguaje económico, lo cual a su vez provocará el surgimiento de nuevas transacciones legales a su respecto.

Desde el análisis económico del Derecho,³⁷ y especialmente de la teoría neo-institucional

32 Este mecanismo corresponde en principio a un elemento “formal” (Weber Max, *Economy and Society*, Univ. of California Press, 1978, pág. 85, 655 y 656) porque facilita el ejercicio de la autonomía por medio de una estructura que permite la movilización de los recursos. Sin embargo, el contenido de conservación del derecho real y su conexión con otros instrumentos regulatorios, envuelven un mecanismo de observación recíproca entre diversos lenguajes de la sociedad y por tanto, en este sentido se puede hablar del carácter “reflexivo” del mismo. Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, “*Law & Society Review*,” Vol. 17. N°2, 1983, pág. 257.

33 Gunther Teubner, op. cit. 19, pág. 80.

34 Según Teubner, las organizaciones también pueden llegar a operar como sistemas autopoieticos, auto-referentes, autoregulatorios y autoorganizativos.

35 Farmer y Teubner, op. cit. 11, pág. 8.

36 Paul Hawken, Amory Lovins, L. Hunter Lovins, *Natural Capitalism. Creating the Next Industrial Revolution*. Little, Brown and Company, 1999, pág. 9 y ss. Estos autores muestran como la noción de “capital natural” está siendo internalizada en ámbito de la ciencia, la economía y las organizaciones, por medio de principios tales como “resource productivity”, “biomimicry”, “service and flow economy” e “investing in natural capital”.

37 En relación con los instrumentos económicos, y más generalmente con el análisis económico del Derecho, cabe decir, que no obstante que las bases epistemológicas de esta corriente difieren de las bases epistemológicas de la Teoría Social de Sistemas, Teubner sostiene que las descripciones del análisis económico sirven como descripciones de la “interacción” o de la “co-variación ciega del sistema legal y el económico”. Más aún, Teubner sostiene que los modelos generados por el análisis económico “implican que el sistema legal puede deliberadamente hacerse más sensitivo al ruido del exterior” (Gunther Teubner, *Law as..* 1993, pág. 81). La experimentación por medio de “prueba y error” de las interacciones de los sistemas legal y económico puede proveer descripciones recíprocas más “coherentes” y con ello facilitar la creación de instrumentos con mayor capacidad reflexiva en el proceso de permanente co-variación y acoplamiento estructural. Teubner, en cualquier caso, critica al análisis económico del Derecho, los presupuestos irrealistas respecto a la racionalidad de los agentes y la falta de consideración de los mecanismos selectivos del sistema legal.

económica y del análisis de los “property rights”³⁸ puede sostenerse que el establecimiento de esta figura legal: (i) reduce los costos de transacción –entre los propietarios de los predios y los sujetos interesados en su conservación– para el logro de acuerdos que se orienten a la conservación de los atributos naturales de los bienes; y (ii) posibilita la creación de “property rights” que permiten identificar y delimitar atributos naturales que no tienen una representación legal-privada en el mercado y que, por tanto, en términos económicos se encuentran en el “dominio público”, susceptibles a la captura por los privados en la conocida “tragedia de los comunes” (vid. *Infra*).

Este análisis económico permite, además, considerar el modo en que el derecho real de conservación, el cual importa una restricción de largo plazo o perpetua a las facultades de uso y goce del derecho de dominio, puede ser compatible con el principio de circulación de riqueza contenido en nuestro Código Civil.

Debido a que, en lo que respecta a la creación de esta figura legal, la interacción entre el sistema jurídico y el sistema económico aparecen como el tema central, a continuación aplicaremos ciertos conceptos fundamentales del análisis económico del Derecho.

b. El análisis económico del derecho

i) El Teorema de Coase

En su conocido artículo denominado “The Problem of Social Cost”,³⁹ Ronald H. Coase ha sostenido que todos los agentes involucrados en un problema de efectos externos⁴⁰ llegarán, en un momento dado, a negociar los efectos externos recíprocos,⁴¹ para alcanzar una solución eficiente. Esta solución negociada solamente sería posible si se dan dos condiciones:

-
- 38 Con respecto a las distintas escuelas del análisis económico del Derecho, y su evolución, ver: Nicholas Mercurio & Steven G. Medema, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997. En lo que respecta a la teoría de los “property rights”, ver especialmente *Neoinstitutional Law and Economics*, chapter 5, pág. 130. Para un análisis más acabado del *New Institutional Law and Economics* ver, Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990 (Premio Nobel, 1993); Eirik G. Furubotn and Rudolf Richter, *Institutions and Economic Theory, The Contribution of the New Institutional Economics*, Michigan, Paperback Edition, 2000. A fin de dejar clara la relación entre el análisis económico y los “property rights” es pertinente citar a Alchian A. A., “In essence economics is the study of property rights over scarce resources...The allocation of scarce resources in a society is the assignment of rights to uses of resources...[and] the question of economics, or of how prices should be determined, is the question of how property rights should be defined and exchanged, and on what terms.” Alchian A. A., *Pricing and Society*, occasional papers, N° 17, Westminster, Institute of Economic Affairs, citado por Furubotn y Richter en la obra antes mencionada, pág.72.
- 39 “*Journal of Law and Economics*” 1-3, 6-8, 13-19 (1960). Reproducido en *Perspectives on Property Law*, Robert C. Ellickson, Carol M. Rose, Bruce Ackerman, Aspen Law, 1995, pág. 200 y ss.
- 40 Según Pigou, las externalidades negativas se producen cuando el costo social es superior al coste privado. *The Economics of Welfare* (1920), citado por Pedro Mercado Pacheco, *El Análisis Económico del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994, pág.135.
- 41 En contraste con Pigou, Coase sostiene que el asunto debe ser planteado como uno de naturaleza recíproca en que la cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿Debe permitírsele a A dañar a B, o debe permitírsele a B dañar a A? En otras palabras: ¿Debe permitírsele que A realice su actividad impidiendo que B continúe normalmente con la suya, o debe permitírsele que B realice su actividad impidiendo que A continúe normalmente con la suya?

- Existencia de una asignación inicial precisa de derechos, sin la cual no pueden haber transacciones.⁴²
- Que los costos de transacción sean cero.⁴³

Dados estos supuestos, las partes debieran lograr el acuerdo más eficiente, cualquiera fuese la asignación inicial de derechos que el sistema jurídico hubiese hecho. Calabresi y Melamed agregan que “esto no querrá decir, sin embargo, que la misma asignación de recursos existiría sin importar la fijación inicial de derechos”.⁴⁴

En consecuencia, en un escenario de costos de transacción cero, la única función del Derecho consiste en crear y delimitar claramente los derechos de los agentes que concurren en un problema de efectos recíprocos.

Sin embargo, Coase reconoce que la suposición de costos de transacción cero es irreal pues casi toda operación de mercado trae aparejada estos costos. En el escenario de existencia de costos de transacción, según Coase, es claro que el acuerdo entre las partes para establecer un nuevo arreglo de sus derechos solamente se producirá cuando el aumento en el valor de la producción que resultaría de tal transacción fuese superior a los costos de ese nuevo arreglo, más los costos de transacción. Si en virtud de existir estos costos de transacción no se llegase a la más eficiente asignación de recursos por medio del mercado, entonces sí habrá sido relevante la atribución inicial de los derechos. Entonces, en virtud de esto, se torna relevante la decisión inicial que realiza el sistema jurídico respecto del sujeto a ser protegido. La situación teóricamente óptima será pues que el sistema jurídico establezca el arreglo de derechos que resulte en la asignación de recursos más eficiente, esto es, aquella asignación de recursos que habría resultado en un escenario de costos de transacción cero.

En consecuencia, en un escenario de costos de transacción positivos, la función del Derecho consistiría: (i) en crear y delimitar claramente los derechos de los agentes que concurren en un problema de efectos recíprocos; (ii) implementar mecanismos que reduzcan los costos de transacción; y (iii) en caso que la reducción de costos no llegue a posibilitar la transacción eficiente, establecer el arreglo de derechos que resulte en la asignación de recursos más eficiente.

ii) Normas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad

En cuanto a la función legal relativa a establecer el arreglo de derechos que resulte en la asignación de recursos más eficiente, Calabresi y Melamed⁴⁵ sostienen que el Estado no

42 Coase, op. cit. 40, sección 4, pág. 205.

43 El significado de “costo o coste de transacción” no está totalmente establecido en la literatura. Yoram Barzel lo define como “los costos asociados a la transferencia, captura y protección de los derechos” (traducción libre del autor), en *Economic Analysis of Property Rights*, second ed., Cambridge University Press, 1997, pág. 4. En términos concretos, entre estos costos pueden mencionarse aquellos envueltos en: identificar la contraparte, identificar la titularidad del derecho relevante, obtener la información relevante respecto a las consecuencias de las decisiones alternativas, e identificar el mecanismo contractual más adecuado para regular los intereses de las partes.

44 Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral*. “*Harvard Law Review*”, págs. 1089-1199, 1972. La asignación de recursos resultante dependerá de la distribución de la riqueza inicial.

45 Calabresi y Melamed, op. cit. pág.45.

solamente debe decidir a qué parte da protección,⁴⁶ sino también a través de qué medio la otorgará.⁴⁷ Se distingue aquí entre normas de propiedad, normas de responsabilidad y las de inalienabilidad.^{48,49} Estas normas pueden combinarse y coexistir en una misma situación.⁵⁰

Según Calabresi y Melamed, se utilizarán normas de propiedad cuando, a pesar de existir costos de transacción positivos, se tenga conocimiento de quién es el “cheapest cost avoider” (el sujeto que, encontrándose en situación de evaluar los costos y beneficios de las alternativas, es capaz de reducir la mayor cantidad de los costos recíprocos a lo mínimo posible).⁵¹ Si supiéramos quién es este “cheapest cost avoider” entonces debiéramos otorgar protección a su contraparte por medio de una norma de propiedad.⁵² El “cheapest cost avoider”, en presencia de costos de transacción, si bien no llegará a un acuerdo con la contraparte, implementará las medidas para reducir las externalidades de su actividad y si su actividad produce más beneficios que costos sociales, entonces continuará con ella.⁵³

46 Estos autores se refieren a entitlements, esto es a los tres tipos de entitlements. Según el diccionario legal Blacks Law Dictionary, Sexta ed., “Entitlement: right to benefits, income or property which may not be abridged without due process”. Esto es, se trata de una categoría genérica similar a derecho subjetivo.

47 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pág. 237.

48 Según estos autores las categorías no son total y absolutamente distintas pero revelan “razones que nos llevan a proteger ciertos entitlements de ciertas maneras.” op. cit. 45, pág. 238.

Un entitlement está protegido por una norma de propiedad (“property rule”), en la medida que si un tercero quiere remover ese entitlement, puede proceder a negociar con su titular para adquirirlo al precio que éste establezca. Un entitlement está protegido por una norma de responsabilidad (“liability rule”), en el caso en que se establezca que, si un tercero transgreda el entitlement, éste deberá compensar al titular de acuerdo a un monto fijado por un órgano del Estado. Un entitlement está protegido por una norma de inalienabilidad (“inalienability rule”) en caso que la transferencia a un tercero no esté permitida por el Derecho. Las normas de inalienabilidad se manifiestan a través de reglas prohibitivas o imperativas. En el Derecho Ambiental, el mecanismo característico es la prohibición de ciertas substancias o ciertas actividades, o su regulación por medio de norma de emisión, imperativos de registro, de declaración, de evaluación de riesgos o de impacto.

49 Cabe recordar aquí que, la cuestión de elegir el tipo de norma a utilizar para “establecer el arreglo de derechos” surge en el escenario de existencia de costos de transacción, pues en un escenario de ausencia de estos puede estimarse que será suficiente que el sistema jurídico opere solamente con normas de propiedad.

50 Así, por ejemplo, un inmueble puede encontrarse protegido por una norma de propiedad, en cuanto un tercero quiera apropiarse de él o en cuanto un tercero quiera adquirirlo; por una norma de responsabilidad. si un tercero le infiere algún daño o si el Estado quiere expropiarla (pues este caso no envuelve una transacción voluntaria y requiere compensación) y, por una norma de inalienabilidad, si existe una prohibición absoluta de enajenar, de realizar ciertos actos, o un imperativo de realizar otros tantos, que normalmente no estarían prohibidos o no serían obligatorios para el titular del dominio o para un tercero (como cuando se trata de bienes especialmente protegidos por razones históricas, culturales o naturales, por ejemplo, respecto de monumentos naturales o santuarios de la naturaleza).

51 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pág. 252. “...es probable que recurramos a las normas de responsabilidad toda vez que sea incierto si es el agente contaminante o el agente contaminado el que puede a menores costos evitar los costos de la polución. Probablemente, solamente usaremos normas de responsabilidad cuando no tengamos certeza, pues si la tenemos los costos de las normas de responsabilidad –esencialmente los costos de evaluar colectivamente los daños a todos los involucrados más el costo de coerción a todos los que no venderían al precio fijado colectivamente– son innecesarios. Son innecesarios porque los costos de transacción y barreras de negociación se tornan irrelevantes cuando estamos ciertos de quién es el cheapest cost avoider; la eficiencia económica se logrará sin transacciones por medio de la fijación inicial del entitlement “correcto”. Pág. 253.

52 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pág. 253.

53 Como vemos, el otorgar protección a la contraparte de este “cheapest cost avoider” viene a corresponder a lo que Coase refería como “el arreglo de derechos que resulte en la asignación de recursos más eficiente” –esto es, aquella asignación de recursos que habría resultado en un escenario de costos de transacción cero–.

Según estos autores, puede darse el paso de una norma de propiedad a una norma de responsabilidad si, al existir costos de transacción positivos, se desconoce quién es el “cheapest cost avoider”.⁵⁴ En este caso se utilizaría una norma de expropiación⁵⁵ o una norma de responsabilidad civil.⁵⁶ Calabresi y Melamed también notan que una razón muy común para emplear una norma de responsabilidad y no una norma de propiedad para proteger un interés es que la evaluación de mercado del derecho de propiedad a ser transado no es eficiente (costos de transacción), esto es, “o esa evaluación no está disponible o los costos de transacción le hacen muy cara en comparación con la evaluación colectiva”.⁵⁷ Entonces podemos decir que no solamente se puede pasar de una norma de propiedad a una de responsabilidad cuando se desconozca el “cheapest cost avoider” sino también cuando la evaluación de mercado del derecho de propiedad a ser transado no esté disponible –v.g. no haya precio– o los otros costos de transacción hagan que sea más alta que la evaluación colectiva (expropiación) o judicial ex-post (responsabilidad civil).

Calabresi y Melamed, luego, explican cómo puede llegarse a seleccionar una norma de inalienabilidad: “Si bien a primera vista las restricciones para entrar en transacciones que imponen las normas de inalienabilidad parecen debilitar el logro de objetivos de eficiencia, un análisis más detallado nos puede llevar a elegir una norma de este tipo para lograr el objetivo más eficiente. Esto puede suceder cuando las transacciones pueden crear externalidades o costos significativos para terceros”.⁵⁸ Este es el caso cuando el pago de la compensación bajo una norma de responsabilidad se torna imposible por su alta evaluación (el agente no podría nunca cubrirlo), o cuando la evaluación de la compensación es imposible por no existir parámetro de referencia o por tratarse de valores irremplazables o que no se prestan a evaluación objetiva y razonable (intereses no monetarizables).⁵⁹ Los intereses no monetarizables usualmente llevan al establecimiento de normas de inalienabilidad. Por lo tanto, se recurre a la inalienabilidad para evitar ocurrencia de contaminación de altos costos imposibles de cubrir (los autores utilizan como ejemplo un caso de contaminación), para evitar la pérdida o contaminación de valores invaluable o irremplazables. Respecto de estos valores, en este esquema, no es eficiente permitir transacciones al respecto (normas de propiedad) por los altos costos de transacción, ni es viable recurrir a norma de responsabilidad por no existir evaluación disponible.

54 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pág. 253.

55 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pág. 244. Con esta norma se evitan los costos de transacción derivados del “hold out” y “free load”. En teoría, si la sociedad puede realizar e imponer una evaluación estatal del valor del bien (expropiación), el problema de “hold out” (el sujeto que, en teoría, debiera transferir el bien a un cierto precio, decide utilizar la oportunidad para eventualmente enriquecerse pidiendo un precio mayor) desaparece, y si la sociedad avalúa estatalmente el valor para cada persona de ese bien y lo impone por medio de impuestos, el problema de “freeloader” (el sujeto que debiera pagar un cierto precio por el bien, elige tomar la oportunidad de negarse para obtener eventualmente un precio menor) desaparece.

56 Los costos de transacción envueltos en hacer que cada sujeto potencialmente dañado llegue a un acuerdo de transferencia de derecho ex-ante (antes del accidente) con todos los potenciales agentes causales, serían altamente prohibitivos. Por tanto, se pasa directamente a una norma de responsabilidad –civil en este caso– que se aplica una vez que los sujetos envueltos y el daño vienen de alguna manera “pre-determinados” (ya ha sucedido el accidente).

57 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, p. 246.

58 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, p. 247.

59 Calabresi y Melamed, op. cit. 45, pp. 247 y 248.

Como vemos en el esquema general de Calabresi y Melamed, la utilización de normas de propiedad queda restringida en general a: (i) casos en que los costos de transacción (incluidos los de evaluación del derecho en el mercado) no impedirían la negociación de las partes involucradas; o (ii) casos en que exista conocimiento de quién es el “cheapest cost avoider”.

iii) Aplicación a un caso de áreas de interés ecológico.

En un caso hipotético en que, en virtud del carácter prioritario o ecológicamente irremplazable de un predio, se estimase que el costo privado y social de explotar comercialmente el mismo sería muy superior al beneficio privado y social de tal explotación, el Estado deberá decidir el arreglo de derechos que conduzca a esta asignación eficiente de los recursos (en este caso, la no explotación del predio).⁶⁰

En este escenario, el esquema de Calabresi y Melamed se podría aplicar del siguiente modo:

- (a) Los costos de transacción podrían impedir el acuerdo entre el Estado o la comunidad en términos, por ejemplo, que el dueño del predio podría llegar a subir el precio del mismo exageradamente (“hold out”) y, por tanto, el Estado o la comunidad no serían capaces de pagar su precio;
- (b) En caso que los costos de transacción impidieran la transferencia del predio, quedarían dos caminos:
 - (i) si estimamos que el “cheapest cost avoider” es el titular del predio,⁶¹ deberíamos establecer una norma de propiedad en favor del Estado en términos tales que éste pueda exigir al titular del predio la no explotación del mismo.^{62 63}

60 Debe hacerse presente que, además de esta consideración de “eficiencia”, podrían agregarse razones de “justicia distributiva” y “justicia ambiental” que no abordaremos aquí.

61 No necesitamos analizar la hipótesis del caso en que se estime que el “cheapest cost avoider” es el Estado o la comunidad, pues en ese caso simplemente deberíamos mantener el derecho de propiedad del titular incólume, y ello normalmente conduciría a la explotación comercial del predio. Debe recordarse que en el esquema que estamos aplicando, si se estima que un sujeto es el “cheapest cost avoider” (y estuviésemos en lo cierto) bastará una norma de propiedad otorgada a su contraparte (sin utilizar otras normas de responsabilidad o inalienabilidad) para lograr la más eficiente asignación de recursos. En otras palabras, para el caso bajo análisis, la hipótesis de que el Estado o la comunidad son los “cheapest cost avoiders” es errada.

62 No parece plausible, en este caso, establecer una norma de propiedad en favor de un sujeto privado. Así, sería muy difícil justificar, por ejemplo, el establecimiento de una acción interdictal (“injunction” en derecho anglosajón), pues estas suponen normalmente un perjuicio a la esfera privada de un o unos sujetos particulares. Sin embargo, en el caso de un área de interés ecológico, los perjudicados son todas las personas. (Nótese que la acción interdictal, según el concepto de Calabresi y Melamed, sólo corresponderá a una norma de propiedad si se trata de una acción privada que solamente puede ejercer el perjudicado y que por lo tanto puede ser objeto de negociación). Una forma distinta e indirecta de constituir una norma de propiedad en favor de un sujeto privado, sería el proceder primeramente a expropiar los derechos (o haces de derechos) para luego otorgar en concesión (o un derecho real de conservación) a un privado el “uso” o “goce” de tales derechos (o incluso la “disposición” en el caso del derecho real de conservación). Sin embargo, como vemos, esto presupone una norma de responsabilidad.

63 Si se estableciera una acción con sujeto activo público o acción popular por medio de la cual cualquier miembro de la sociedad pudiese prevenir o detener la explotación del predio, estaríamos en presencia de una norma de inalienabilidad (suponemos que el titular del predio no recibiría compensación). Esta norma de inalienabilidad parece poco plausible en el actual incipiente desarrollo del derecho subjetivo ambiental (privado y público) (en Chile, este derecho subjetivo es fundamentalmente de naturaleza pública –como opuesto a derecho subjetivo de derecho privado– y se encuentra protegido por el recurso de protección constitucional, denominándosele “derecho fundamental a protección del medio ambiente”). Además, una norma de inalienabilidad de ese tipo se encontraría fuertemente confrontada con el derecho de propiedad del titular del predio. En cualquier caso, una norma de inalienabilidad de este tipo envolvería altísimos costos judiciales por lo que, en nuestro análisis, no aparecería como una opción eficiente.

Si nuestro Derecho otorgase esta protección por medio de una norma de propiedad, indefectiblemente tal norma sería tratada como una norma de responsabilidad (expropiación parcial –de ciertos haces– del derecho de propiedad) o como una norma de inalienabilidad (una prohibición de realizar los actos de explotación en cuestión). Sin embargo, esta última norma de inalienabilidad sería –o debiera ser– considerada una norma expropiatoria y por tanto caeríamos nuevamente en la norma de responsabilidad. Esto es, deberíamos recurrir a la avaluación colectiva (estatal) del valor del derecho expropiado.

- (ii) si desconocemos quién es el “cheapest cost avoider”, podremos derechamente proceder a utilizar ya sea la norma de responsabilidad o la norma de inalienabilidad. La aplicación de estas normas conllevará, al igual que en el caso anterior, actos de expropiación (total o parcial), y en caso que posteriormente se decida entregar a entes privados el manejo del área prioritaria, deberá procederse vía concesión, convenios, o eventualmente derechos reales de conservación.

Como vemos, dentro de este esquema, la conservación de un predio privado envuelve la expropiación de derechos. Esto es, se requeriría pagar el precio de estos derechos o haces de derechos del predio, en su avaluación colectiva o estatal. En el ejemplo referido, si queremos que sean sujetos privados y no el Estado los que finalmente tengan un derecho protegido con norma de propiedad respecto de la conservación del predio, se deberá: (i) transferir la propiedad u otro derecho real sobre los derechos expropiados a los privados, por parte del Estado; (ii) reconocer ya sea una acción interdictal o establecer un derecho real de conservación a su favor a ese respecto. En nuestro lenguaje normal, hablaríamos de conservación privada, aunque en un sentido débil (pues primero habría operado la expropiación del Estado), solamente en el caso que: (i) el Estado transfiera el derecho expropiado o un derecho real sobre el mismo a un privado; o (ii) el Estado constituya especialmente un derecho real como el derecho real de conservación en favor de un sujeto privado.

El esquema descrito tendría altos costos fiscales (indemnización de expropiaciones), administrativos (procedimiento de expropiaciones y transferencia de derechos o establecimiento de derechos especiales) y/o judiciales (litigios con el titular del predio).

Estimamos que, para la conservación privada, es posible establecer un sistema más eficiente, el que pasamos a describir a continuación.

iv) Otro modelo de combinación de los distintos instrumentos. Función del derecho de propiedad. Nuestra propuesta.

Como vimos anteriormente, a la luz del Teorema de Coase, la función del Derecho, en un contexto de costos de transacción positivos, incluye la creación de derechos, la reducción de los costos de transacción y, en el caso que los costos de transacción impidan la negociación de los derechos, el establecimiento de un arreglo inicial eficiente de los mismos.

En este contexto, puede estimarse que la utilización de normas de propiedad no se restringe a los casos en que: (i) los costos de transacción (incluidos los de avaluación del derecho en el mercado) fuesen suficientemente bajos para posibilitar (o no impedir) la negociación de las partes involucradas; o en que (ii) exista conocimiento de quién es el “cheapest cost avoider”. Las normas de propiedad y los derechos de propiedad resultantes no solamente pueden ser concebidos como un modo de establecer el arreglo eficiente de los derechos, sino también como un mecanismo para reducir los costos de transacción.

Así, puede estimarse que los costos de transacción, que tornan ineficiente la utilización de normas de propiedad, pueden ser reducidos por medio de la creación de derechos de propiedad especiales o por medio de la división de los derechos en distintos haces, según analizaremos más abajo.

En este sentido, puede concebirse la creación de una figura de derecho real (norma de propiedad) sobre aquellos haces del derecho de dominio que dicen relación con la conservación del mismo (contrario sensu, que dicen relación con el derecho a evitar la explotación no sustentable del mismo). Este derecho (o haz del derecho), que en principio estaría radicado en el patrimonio del titular original del predio (aunque no separado del derecho de dominio total por encontrarse todos los haces de derechos en una sola mano) podría ser transferido a (–constituido en favor de–) quien estuviese dispuesto a adquirir el mismo. Esto posibilita a terceros privados el obtener los atributos de conservación del derecho sin tener que recurrir a la adquisición de todos los derechos sobre el predio. En otras palabras, esto reduce los costos de transacción para los terceros privados.

Por otra parte, los costos de transacción pueden ser “reducidos” vía compensación por medio de incentivos económicos a la negociación (norma de responsabilidad)⁶⁴ y de ese modo hacer viables transacciones respecto de los derechos de propiedad creados. Estos instrumentos pueden dirigirse a incentivar la venta del derecho de conservación (incentivo al titular del predio) o la compra del mismo (incentivo al tercero privado). Estos instrumentos compensarían los costos de transacción en que podrían incurrir tanto el vendedor como el comprador, y con ello facilitarían la negociación. Estos instrumentos también evitarían en gran medida los fenómenos de “hold out” y “freeload”.

Asimismo, la disponibilidad a explotar comercialmente el predio del titular, puede ser desincentivada (y de ese modo incentivar la disponibilidad del titular del predio a conservar el mismo o a transferir el derecho real de conservación a un tercero), y con ello reducir los costos de transacción para un eventual comprador privado, por medio de normas de responsabilidad e inalienabilidad. Por ejemplo, entre las normas de inalienabilidad a considerar se encuentran ciertas limitaciones o restricciones sobre el uso no sustentable del predio (que no deben llegar a constituir una “privación” pues ello daría lugar a una indemnización por expropiación, con los costos fiscales correspondientes). Entre estas restricciones incluso pueden proponerse algunas de tipo procedimental como sería el establecer que toda vez que se intente realizar la explotación forestal de una zona clasificada como prioritaria (designada) se requerirá la evaluación de impacto ambiental correspondiente, sin importar la magnitud del proyecto. Entre las normas de responsabilidad a considerar se pueden establecer ciertas cargas o impuestos adicionales a la explotación de zonas prioritarias y, en materia de responsabilidad civil, nuestro sistema legal podría comenzar a utilizar la figura de daño ambiental en caso de explotación intensiva o en caso de incumplimiento de las demás normas procedimentales eventualmente impuestas.

64 Entre las normas de responsabilidad podrían también incluirse normas de incentivo tributario o económico, en general, pues de alguna manera vendrían a compensar el esfuerzo que envolvería la actividad que se pretende incentivar. Calabresi y Melamed sí hacen referencia al carácter de norma de responsabilidad de los impuestos a actividades que producen externalidades, pero no hacen referencia a los incentivos. Estimamos, sin embargo, que la lógica en ambos casos es similar: (i) se busca incentivar o desincentivar una actividad; (ii) existe una evaluación pública –al menos como límite máximo del monto del incentivo o carga– de las externalidades que se busca internalizar.

Nuestra proposición básica es entonces:

- (a) Crear un sistema de “designación pública” sobre cuya base opere la “declaración pública”.
- (b) Crear la figura jurídica de un derecho real de conservación que el titular del dominio podrá transferir a terceros (norma de propiedad).
- (c) Crear los incentivos y desincentivos que conduzcan al titular del predio y a terceros a negociar la constitución de este derecho, por medio de normas de responsabilidad e inalienabilidad.
- (d) Crear los incentivos o mecanismos que induzcan al titular del predio o al titular del derecho real de conservación a manejar adecuadamente el predio, a monitorearlo y, en general, a crear conocimiento sobre sus atributos ecológicos. Serán estos atributos los que generen servicios ambientales y con ello una mayor autosustentabilidad económica del área protegida.

v) La “tragedia de los comunes” y el derecho de propiedad

El asunto que plantea la conservación de áreas de interés ecológico también puede ser analizado como una “tragedia de los comunes”.

Garrett Hardin,⁶⁵ en un artículo ya clásico, presenta la tragedia que enfrentan los bienes comunes –a todas las personas– cuando son objeto de sobreutilización por parte de diversos agentes. Los agentes que tienen un acceso abierto a la utilización de los recursos procederán a sobreutilizar los mismos, pues el impacto negativo no será absorbido por quien lo genera, sino que será compartido por todos los agentes que hacen uso del mismo. En contraste, la utilidad que se genera por esa utilización excesiva irá en directo y único beneficio de quien la realiza.

En término de los derechos involucrados se puede destacar que la “tragedia de los comunes” se produce donde no existe ningún derecho creado ni por tanto se ha asignado a ninguna de las partes involucradas. En este mundo, las partes no pueden siquiera intentar negociar los efectos externos de sus actos pues los derechos no existen.

En este contexto entonces, Garrett Hardin sostuvo que la solución a esta tragedia puede ser alternativamente la creación de derechos de propiedad o el establecimiento de “leyes coercitivas” respecto de los usos correspondientes. Lo mismo plantea Posner.⁶⁶

Esto es consistente con las categorías de normas de propiedad, de responsabilidad e inalienabilidad, en cuanto las “leyes coercitivas” comprenderían los dos últimos tipos de normas.

En el caso planteado anteriormente relativo a áreas de interés ecológico, el elemento “comunes” viene dado por el valor global de ciertos atributos de los bienes sobre los que recae el derecho de dominio. Estos atributos dicen relación, por ejemplo, con el valor ecológico irremplazable de ciertas especies, con el valor ecológico global de ciertos servicios (captura de CO₂), etc. Se puede sostener que estos atributos, en cuanto tales atributos de bienes

65 Garrett Hardin, 162 “Science” 1243 (1968). American Association for the Advancement of Science. Reimpreso en “Foundations of Environmental Law and Policy.” Richard L. Revesz. Foundation Press, 1997, pág.4.

66 Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, fourth ed., 1992, pág. 36.

globales, no forman parte del derecho de propiedad individual del dueño del predio, sino que serían bienes globales.⁶⁷ Sin embargo, en el caso de los ecosistemas es imposible hacer la distinción si se considera que los bienes que poseen esos atributos tienen, a su vez, un valor patrimonial privado (por ejemplo, los árboles-la madera). El aspecto global y el aspecto privado, son difíciles (sino imposibles) de separar en estos casos. En consecuencia, toda regulación que propenda a evitar la explotación excesiva de tales recursos cruzará, probablemente, los límites del derecho de propiedad, y envolverá por tanto una “expropiación”. En consecuencia, la estrategia de conservación de esos recursos necesariamente pasa por reconocer la existencia de ese derecho de propiedad. La utilización de normas de propiedad, de responsabilidad e inalienabilidad, descrita en el número 3.2.4. anterior, es justamente una estrategia que, reconociendo tal derecho de propiedad, busca orientar a los sujetos privados hacia la conservación de los recursos. Esta estrategia, asimismo, es socialmente más eficiente pues: (i) el costo de su realización es menor que el de la expropiación total del bien; y (ii) crea, o es capaz de crear, una estructura de manejo de los recursos que redunde en autosustentabilidad y generación de conocimiento.

Desde otro punto de vista, la proposición general de Garrett Hardin, en torno a que las alternativas son el “derecho de propiedad” o “leyes coercitivas”, es también aplicable a nuestra estrategia, pues el derecho real de conservación envuelve la creación de un derecho de propiedad sobre aquellos aspectos o atributos del bien sobre el que recae el derecho de dominio que corresponden a “global commons”. Es la creación de este derecho real de conservación (derecho de propiedad), más los otros incentivos y desincentivos (normas coercitivas) lo que evita la tragedia de los comunes.

Normalmente los derechos de propiedad se formarán cuando el valor de los bienes aumente y esto sucederá, a su vez, cuando los recursos en cuestión se tornen escasos (esto es, cuando la tragedia de los comunes se haya consumado o se esté consumando).

Douglas North explica que los cambios de cualquier tipo en los precios relativos o en la escasez relativa llevan a la creación de derechos de propiedad, cuando vale la pena incurrir en los costos de desarrollar esos derechos.⁶⁸

Yoram Barzel explica que, mientras el valor de los bienes que están en el dominio público aumenta, las personas realizarán más esfuerzos por capturarlos y hacerse dueños de ellos. La misma lógica se aplica con cada uno de los atributos de los mismos.⁶⁹

Se reconocen normalmente las virtudes del derecho de propiedad en cuanto es capaz de incentivar a su titular a ser diligente en el cuidado del bien sobre el que recae. Carol M. Rose sostiene que “el derecho de propiedad tiene por supuesto la ventaja de incentivar a las personas a ser cuidadosas con los recursos bajo su control”.⁷⁰

67 Según Michael A. Heller el Estado puede limitar el acceso abierto a los “commons” y con ello delimitar e incluso limitar el derecho de propiedad. Esto, que él denomina “el límite del derecho de propiedad con los “commons” viene a conformar un ámbito dentro del cual el Estado puede actuar sin que se entienda que hay expropiación de derechos. Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 *Yale Law Journal*, Abril 1999, pág. 1163. Esta posición debe ser contrastada con aquella de Richard Epstein, quien más bien toma una posición fuerte respecto a la protección de todos los fragmentos del derecho de propiedad. Richard Epstein, *Takings, private property and the power of eminent domain*. Cambridge, (Mass): Harvard University Press, 1985.

68 Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, pag. 51. También ver Furubotn y Richter, *op. Cit.* 39, pág. 105.

69 Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, 1997, pág. 103 y 104.

70 Carol M. Rose. *Property Rights and Responsibilities*, en “Thinking Ecologically, The Next Generation of Environmental Policy,” edited by M.R. Chertow and D.C. Esty, Yale University Press, 1997, pág. 50.

En otras palabras, también se sostiene que la creación de derechos de propiedad produciría la internalización de los costos externos provocados por el actuar de los agentes respecto de los bienes comunes.⁷¹

Yoram Barzel⁷² explica que el titular del derecho de propiedad intentará, cada vez que sea eficiente, delinear con mayor claridad su derecho a fin de aumentar su valor. El delinear su derecho evitará que terceros quieran apropiarse de parte de sus atributos (lo que él denomina “captura en el dominio público”). Este autor explica que esta delimitación envuelve general y normalmente la generación de “conocimiento” respecto de los atributos de los bienes. Mientras mayor sea este conocimiento, menores serán los costos de transacción envueltos en defender o transferir los derechos.

Carol M. Rose, en todo caso, ha sostenido, siguiendo a Elinor Ostrom y otros, que las alternativas que plantea Hardin para enfrentar la tragedia de los comunes son limitadas, pues existirían otras estrategias que denomina “híbridas”, como los regímenes de propiedad común (que operan como propiedad privada respecto del exterior y como propiedad común en el interior) y los permisos de emisión transables,⁷³ instrumentos híbridos que combinan la propiedad privada con sistemas públicos de fiscalización, monitoreo, asignación de cuotas, etc.

Nuestra proposición básica respecto de la conservación privada, ya delineada en términos generales en el 3.2.4. anterior, es también una estrategia que combina distintos tipos de normas.

vi) La teoría de los “property rights”. La división de los derechos de propiedad

La creación de derechos de propiedad, como hemos visto, no solamente puede permitir una eficiente asignación de recursos y reducir los costos de transacción, sino también generar esfuerzos de manejo adecuado de los recursos por sus titulares.

La teoría de los “property rights”⁷⁴ aplica el Teorema de Coase a los distintos atributos de los bienes, en términos tales que plantea que distintos agentes estarán dispuestos a adjudicarse o apropiarse distintos atributos de estos, dependiendo de su mejor posición (ventajas comparativas) para explotar los mismos.

71 Furubotn y Richter, op.cit. 39, pág. 89.

72 Yoram Barzel, op. cit. 70, págs. 3 y 7.

73 Carol M. Rose. From Local to Global Commons: Private Property, Common Property, and Hybrid Property Regimes. Expanding the Choices for Global Commons: Comparing Newfangled Tradable Allowance Schemes to Old-fashioned Common Property Regimes. 10 Duke Environmental Law and Policy Forum F 45, Fall 1999, pág. 5.

74 La noción de “Property rights”, como la utilizaremos en esta sección siguiendo a Yoram Barzel, es una noción económica que consiste en la habilidad de consumir los servicios de un activo directamente o indirectamente a través del intercambio. Justamente debido a la particularidad del concepto es que utilizaremos en adelante la expresión inglesa “property rights” para distinguirla de los derechos de propiedad. Yoram Barzel, op. cit. 69, págs. 4 y ss. El término “property right” puede tener distintos significados: (i) property rights en el sentido tradicional del derecho civil continental, esto es, fundamentalmente sobre bienes físicos; (ii) property rights en el sentido del derecho anglosajón, que incluye no solamente los derechos sobre bienes físicos sino también sobre intangibles; (iii) property rights en el sentido en que se concibe en distintas constituciones, como la alemana y la chilena, que incluye como su objeto posible a los tangibles, intangibles y a los derechos –incluyendo los créditos–; (iv) property rights derivados de “costumbres y prácticas sociales”. La visión más amplia dentro del Neo Institutional Economics es incluir dentro del término “property right” a todas las categorías referidas. Eirik G. Furubotn y Rudolf Richter, op. cit. 39, pág. 76.

Según Yoram Barzel, “el principio general que encontramos en la eficiente asignación de propiedad es que mientras mayor sea la inclinación de una parte a afectar la utilidad que un activo puede generar, mayor será la porción de propiedad que esa parte deba asumir”.⁷⁵

La aplicación de la racionalidad de la asignación eficiente de recursos a los distintos atributos de los bienes conduce entonces al surgimiento de distintos “property rights” sobre un mismo bien. Las mismas ventajas comparativas para afectar los ingresos que derivan de un atributo llevan a los distintos sujetos a “asumir más responsabilidad por la variabilidad asociada”,⁷⁶ esto es, a asumir más riesgo económico pues el riesgo envuelve también una posibilidad de ganancia.

Estas consideraciones relativas a las razones del surgimiento y división de los “property rights” podrían explicar, en el caso de las áreas de valor ecológico, el intento de los privados interesados de adquirir el derecho real de conservación.

El titular del derecho real de conservación y el titular del derecho de dominio, concurrirían en distintos haces de derecho y, por tanto, sus facultades y responsabilidades serán diferenciadas.⁷⁷ El arreglo de estos haces que imponga el derecho real de conservación debiera ser consistente con la habilidad de cada uno de estos titulares para afectar el valor del bien y de los productos que puede generar (servicios ecológicos). En ciertos casos, será el titular del derecho real de conservación quien asuma mayores obligaciones de manejo, y en otras, será el titular del derecho de dominio quien lo haga. Estas obligaciones de manejo irán normalmente asociadas al derecho de beneficiarse de los servicios ambientales que genere el área protegida y de los incentivos fiscales al manejo.

La mejor capacidad de ciertos privados, o de entidades sin fines de lucro, para manejar adecuadamente los bienes protegidos y para desarrollar estrategias de actividades sustentables (servicios ambientales), debieran conducir a que el derecho real de conservación incluya como contenido (o como convenios paralelos al derecho real) ciertas obligaciones de manejo del titular de este derecho, así como ciertos derechos de beneficiarse de las utilidades que deriven de los servicios ambientales.

Los “property rights” respecto de cada atributo pueden manifestarse, en sentido legal, tanto por medio de derechos reales como por medio de derechos personales. Así, el “property right” del arrendatario tiene como contenido todas las facultades que derivan del contrato de arriendo. Sin embargo, puede estimarse que los derechos personales normalmente son más inestables en cuanto no recaen sobre los bienes, no son necesariamente oponibles erga omnes o libremente alienables, se encuentran sujetos a causales de terminación contractual y normalmente a una duración restringida, todo lo cual incide en que su titular no necesariamente lleve a cabo todos los esfuerzos destinados a obtener una mayor utilidad del bien a que se refieren, especialmente cuando se trata de utilidades que habrían de manifestarse a largo plazo. En cualquier caso, puede estimarse que los derechos personales pueden ser mecanismos eficientes de asignación de “atributos” cuando el régimen de administración de los atributos en cuestión no requiera de la estabilidad referida.

75 Yoram Barzel, op. cit. 70, pág. 9.

76 Yoram Barzel, op. cit. 70, pág. 55.

77 Cada haz de derecho tiene como contenido las facultades de usar (gozar, disponer, etc. en el caso de los derechos reales) el atributo específico del bien correspondiente. En consecuencia, sobre un mismo bien se pueden ejercer varios haces de derechos y cada uno de esos haces (y sus facultades) se ejercerán sobre ciertos atributos del bien. Cuando nos referimos a “facultades” la referencia es a lo que normalmente en derecho civil se denomina “atributo”. Cuando nos referimos a “atributos” la referencia es a la característica correspondiente del bien.

Bajo este análisis, y para el caso de áreas de valor ecológico, la utilización de un derecho real es más eficiente, pues la relación estable y directa con el bien, su oponibilidad erga omnes y cesibilidad (aunque una restricción relativa a "titulares autorizados" es viable), son esenciales para lograr un estatuto estable de conservación y para incentivar la generación de nuevo conocimiento y nuevas estrategias de uso sustentable. Es esa conservación y estas estrategias las que permiten la obtención de mayor utilidad social y privada.

vii) La "tragedia de los anti-comunes". Límite a la división de los derechos

Cuando coexisten derechos sobre un mismo bien, debe tenerse presente que la administración de los bienes con propiedad dividida requiere organización. Esto es especialmente importante para evitar que los distintos titulares no intenten "capturar" atributos que no han sido asignados expresamente a nadie y de ese modo afectar la capacidad de obtener ingresos de los demás.⁷⁸ Esta sería una especie de "micro-tragedia de los comunes".

Esto está relacionado con lo que Michael A. Heller ha denominado la tragedia de los "anti-commons";⁷⁹ que pasamos a revisar a continuación.

Esta tragedia sucede cuando los derechos sobre un mismo bien llegan a estar tan fragmentados o divididos, física o legalmente, que los distintos sujetos que concurren sobre el mismo bien tienden a obstaculizar o excluirse recíprocamente, generándose ineficiencias en el uso de ciertos o de cada uno de los haces. En otras palabras, puede suceder que por fragmentación excesiva se desperdicie el uso de recursos por no ser posible un uso a escala adecuada o eficiente de los mismos. Las normas de organización transparente entre los derechos normalmente evitan esta tragedia.⁸⁰ Esta tragedia también puede constituir una razón de eficiencia para impedir regulatoriamente o en los hechos (decisión de las partes) la división de los derechos, pues los costos de transacción de reunir la propiedad son normalmente superiores a los de dividirla.⁸¹

La prevención de la tragedia de los anti-comunes, la realiza el Derecho por muy diversas vías: restricciones a la subdivisión física, restricción a la creación libre de derechos reales (numerus clausus), limitaciones a la duración temporal de los derechos-gravámenes, etc.

Según Bernard Rudden, la explicación del numerus clausus es que si los derechos sobre un bien se encuentran ampliamente dispersos, habrá problemas de "hold out" y "free ride", es decir, existirán costos de transacción en la interacción entre los distintos titulares.⁸²

Esto es, la explicación del numerus clausus se encuentra en el problema de la "tragedia de los anti-comunes".

Cuando nuestro Código Civil establece en su Mensaje que: "Es una regla fundamental de este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida

78 Yoram Barzel, op. Cit. 70, pág. 57.

79 Michael A. Heller, The Boundaries of Private Property, 108 "Yale Law Journal", April 1999, pág. 1163; The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, "Harvard Law Rev", January 1998.

80 Michael A. Heller, op. cit. 80, pág. 1196.

81 Michael A. Heller, op. cit. 80, pág. 1196.

82 Citado por Michael A. Heller, op. cit. 80, pág. 1178.

y movimiento a la industria”;⁸³ (lo que se ha denominado el principio de “circulación de la riqueza”), lo que intenta es prevenir fragmentaciones ineficientes del derecho de propiedad, es decir, prevenir la tragedia de los anti-comunes. Por lo tanto, estimamos que el principio de la circulación de la riqueza no envuelve en sus fundamentos una prohibición absoluta de crear nuevos derechos reales. El fundamento de ese principio es la eficiencia, y toda vez que la división de los derechos sea eficiente, se podrá justificar exactamente en virtud de tal circulación de la riqueza.

Estimamos, y entendemos haber fundado, que la estrategia descrita en los números 3.2.4. y 3.2.5. anteriores, en especial lo que se refiere a la creación de la figura legal del derecho real de conservación, es capaz de generar un eficiente arreglo entre los derechos de dominio y el derecho real de conservación. Además de lo ya expresado cabe observar que la regulación particular de cada derecho real de conservación cumplirá una función importante en la fijación de normas de coordinación de intereses.

Más aún, como explica Yoram Barzel, incluso las restricciones (como las que importan el derecho real de conservación respecto del derecho de dominio del titular del predio) “sirven a hacer el derecho más claro, de ese modo aumentando su valor, aunque superficialmente parezca que disminuyen su valor”.⁸⁴ En el caso del derecho real de conservación, será justamente su existencia la que otorgue el status de área con valor ecológico asegurado al predio en cuestión, y ello dará origen a una más fácil presentación en el mercado de los servicios ambientales que este genere.

viii) Los regímenes de co-propiedad y comunidad.

El derecho real de conservación puede operar en áreas en que concurren simultáneamente varios titulares de predios (co-propiedad). En tales casos, las relaciones entre los distintos titulares deberá estar regulada por un estatuto propio,⁸⁵ y tal estatuto puede contener o coexistir con el derecho real de conservación.

Además, puede considerarse que los distintos titulares, o quien originalmente desarrolla el proyecto, destinen cierta parte del área en cuestión o la totalidad de ella a “propiedad en comunidad” (comunidad) lo que “coloca todos los elementos de un recurso natural bajo un sistema de manejo unitario y exclusivo”.⁸⁶ Se trata de un régimen que opera como bienes comunes hacia el interior (ninguno de los titulares lo es de ninguna porción en particular) y como propiedad privada respecto del exterior.

En este contexto nuestra perspectiva es que el derecho real de conservación puede asegurar o facilitar el manejo sustentable de áreas bajo co-propiedad o bajo comunidad.

Las normas que regulan la relación de los copropietarios o comuneros pueden ser fortalecidas por la existencia del derecho del derecho real de conservación. La estructura de monitoreo y manejo que el derecho real de conservación debe generar, puede ser esencial para evitar ineficiencias o “tragedia de los comunes” dentro de las comunidades.

83 Código Civil de la República de Chile, edición según Decreto N° 803 de 29 de agosto de 2000, del Ministerio de Justicia, pág. 21.

84 Yoram Barzel, op. Cit. 70, pág. 127.

85 Richard Epstein, describe estas regulaciones como “common building plans” que benefician y obligan a un gran número de propietarios reduciendo los costos de transacción de las negociaciones separadas de todas las partes. Richard Epstein, *Covenants and Constitutions*, 73, “Cornell L. Rev.”, 1988, págs. 906-24.

86 Carol M. Rose, op. cit. 74, pág. 47.

Asimismo, tales estructuras deben evitar la tragedia de los "anti-comunes", lo cual es especialmente aplicable a aquellas categorías de áreas protegidas que permiten un mayor grado de actividad económica productiva (áreas de protección menos intensiva).

Se ha propuesto también el uso de estos regímenes de propiedad en comunidad para pueblos indígenas respecto del manejo de ecosistemas.⁸⁷

Lee P. Breckenridge, plantea que los hechos y distintos instrumentos ambientales internacionales, reconocen "el rol de la comunidad local en la protección de la biodiversidad local...", así como el hecho de que "la protección de la diversidad biológica ha llegado a estar inseparablemente unida a la protección de la diversidad cultural", y el que esto se encuentra íntimamente ligado a la protección de los derechos humanos de las comunidades locales e indígenas.⁸⁸ Así, este autor explica la relación clave entre el desarrollo sustentable local y el global, y la función que los regímenes de propiedad común pueden cumplir en el desarrollo sustentable.

4. CONSIDERACIONES GENERALES FINALES SOBRE EL SAPP Y EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN.

a) El SAPP debiera estructurarse en términos de reducir no sólo sus costos operativos sino también los costos privados de ingresar al mismo. Esto facilitará la decisión de los sujetos privados y, por tanto, envolverá menores costos de transacción para establecer el derecho real de conservación.

Entre los factores que influirán decisivamente para reducir los costos mencionados se encuentran la existencia de planes nacionales de conservación y planes nacionales de manejo. Esto reduciría los costos de negociación entre las partes, los costos de negociación con la autoridad, y los costos administrativos del sistema.

b) En cuanto a la creación de conocimiento, que es uno de los objetivos esenciales del SAPP, deberán regularse las obligaciones activas de llevar a cabo el manejo, reporte y monitoreo de cada APP. El SAPP también otorgará facultades de fiscalización a las autoridades competentes.

c) En cuanto el SAPP generará nuevo conocimiento, su estructura deberá ser flexible para absorber y transferir ese conocimiento al diseño y actualización o modificación del plan nacional de conservación y plan nacional de manejo.

d) Finalmente, las normas que regulen el derecho real de conservación debieran considerar diversas materias, entre otras, "su constitución, su alienabilidad, su objeto, restricciones y obligaciones que puedan contener, titulares posibles, duración, modificación, terminación,

87 Lee P. Breckenridge, *Protection of Biological and Cultural Diversity: Emerging Recognition of Local Community Rights in Ecosystems under International Environmental Law*, 59 *Tenn. L. Rev.* 735", 1992, pág.4.

88 Lee P. Breckenridge, *op. cit.* 88, pág. 4.

y otras”.⁸⁹ ⁹⁰ Basta aquí decir que la forma en que se regule, o se deje a los principios generales estas diversas materias, debiera ser analizado a la luz de las nociones de “eficiencia” y de “capacidad de generación de conocimiento”.

89 A modo de ejemplo, puede considerarse que restringir la titularidad de los derechos reales de conservación a entes legales sin fines de lucro dedicados a la conservación, hará más eficiente el manejo y monitoreo de la áreas protegidas y, por tanto, más viable la generación de conocimiento.

90 En cuanto a estas materias ver: Janet Diehl, Thomas S. Barrett, Russell L., Breneman et al. *The Conservation Easement Handbook: Managing Land Conservation and Historic Preservation Easement Programs*, San Francisco, Calif.: Trust for Public Land; Alexandria, Land Trust Exchange, c1988. Thomas S. Barrett, Stefan Nagel, *Model Conservation Easement and Historic Preservation Easement*, Land Trust Alliance, Washington DC, 1996; Brenda Lind, *The Conservation Easement Stewardship Guide: Designing, Monitoring, and Enforcing easements*, Land Trust Alliance, Concord, N.H., Trust for New Hampshire Lands with Assistance from the National Trust for Historic Preservation, 1991. CEDA, TNC/UTR, Ecodecisión. *Instrumentos Legales de Conservación. Manual de Servidumbres Ecológicas*. Quito, Ecuador: CEDA, 1999; Mack, Stephen A. J. D. *Las Servidumbres Ecológicas en América Central-Conservation Easements in Central América*. Costa Rica, The Nature Conservancy, 1997; Wright, John B, *Conservation Easements: An Analysis of Donated Development Rights*. “*Journal of the American Planning Association*” 59, N°4, 1993; Baldwin, M. Waller, *Conservation Easements: A Viable Tool for Land Preservation*. “*Land and Water Law Review*” 32, N° 1, 1997.