REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 240 (julio-diciembre) 2016: 151-185 ISSN 0303-9986

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN: JUSTIFICACIÓN NORMATIVA Y SOCIO-LEGAL

THE CONSERVATION PROPERTY RIGHT: NORMATIVE AND SOCIO-LEGAL JUSTIFICATION

JAIME UBILLA FUENZALIDA*
Abogado
Universidad de Chile
Santiago - Chile

RESUMEN

El presente artículo se refiere a la justificación normativa y socio-legal del derecho real de conservación. En la primera parte, explicaré cómo este nuevo derecho real se relaciona con un nuevo paradigma del derecho privado en el contexto de la sociedad post-industrial o post-moderna. En la segunda parte, abordaré propiamente la justificación normativa de esta nueva institución en base a la teoría contemporánea del interés en cuyo contexto observaré, sin embargo, la necesidad de agregar consideraciones socio-legales que permitan explicar las distintas dimensiones sociales del interés y la libertad. En la tercera parte, me referiré propiamente a la justificación socio-legal de este derecho real, tanto para explicar la creación de esta nueva institución como para explicar y dar sustento a su forma legal.

Palabras clave: Derechos reales, derecho real de conservación, justificación, derecho privado.

* Abogado de la Universidad de Chile. Doctor en derecho por la Universidad de Edimburgo, Master of Arts in Law, Universidad de Waseda, Tokyo. Correo electrónico jubilla@ub-co.com.
Artículo recibido el 27 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 21 de Noviembre de 2016.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ABSTRACT

The present article refers to the normative and socio-legal justification of the conservation property right. In the first part, I will explain how this new property right relates to a new paradigm of private law in the context of the post-industrial or post-modern society. Then, in the second part, I will deal with the normative justification of this new institution based on the contemporary interest theory and I will observe the need to add socio-legal considerations to explain the various social dimensions of interest and freedom. In the third part, I will properly refer to the socio-legal justification of this new property right, both to explain the creation of this institution and also to explain and provide the basis for its legal form.

Keywords: Property rights, conservation property right, justification, private law.

En memoria de Enrique Ubilla Ahumada,
Ex-Ministro de la Corte del Trabajo de Concepción, Chile.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. CONTEXTOS NORMATIVOS Y DERECHO PRIVADO

El derecho real de conservación es una nueva institución de derecho privado que luego de más de dos décadas de investigaciones legales ha visto la luz en el derecho chileno.[1]

El presente artículo pretende proveer un entendimiento general de la justificación normativa y socio-legal de este nuevo derecho real.

Uno de los aspectos que hace compleja la comprensión de esta institución es su vinculación a dos áreas distintas del derecho, esto es, el derecho civil y el derecho ambiental.

Claramente se trata de dos contextos normativos distintos, que obedecen a lógicas distintas pues, por un lado, el derecho civil se caracteriza por justificaciones normativas en base al interés privado donde el individuo y su libertad o autonomía juegan el papel central y, por el otro, el derecho ambiental se caracteriza por justificaciones en base al interés colectivo donde la sociedad y los objetivos de políticas públicas juegan el rol preponderante.

[1] Ley 20.930, Diario Oficial (Chile) de 25 de junio de 2016.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta posible dicotomía en la comprensión normativa de esta institución parece aún más problemática a la luz de la amplia variedad de casos o situaciones a los que se puede aplicar este nuevo derecho real, algunos más cercanos a la vida urbana en vecindad, otros más propios a actividades o proyectos económicos y, finalmente, otros relacionados a la conservación de ecosistemas propiamente tales.[2]

Estas distintas situaciones, y esos distintos contextos normativos, generan una aparente dicotomía en el entendimiento y análisis de este nuevo derecho real, dejándolo en una suerte de espacio transicional o híbrido.

A este respecto, una primera posible respuesta consistiría en simplemente sostener que estamos en presencia de una institución de derecho civil que solamente hace referencia a ciertas definiciones de la Ley de Bases del Medio Ambiente. Por lo tanto, desde esta perspectiva lo fundamental sería entender cómo este nuevo derecho real regula poderes normativos sobre los atributos ambientales de los bienes inmuebles a la luz de las normas de la Ley 20.930.

Sin embargo, desde otro punto de vista, esta aparente dicotomía podría estar poniendo de manifiesto asuntos más fundamentales. Así, por ejemplo, podría estar dejando en evidencia una contraposición entre dos visiones del derecho privado, una visión que podríamos denominar 'autonomista' propia del derecho moderno y una visión 'instrumentalista' propia del derecho regulatorio, intervencionista o del Estado de bienestar.[3] Asimismo, esta aparente dicotomía podría estar vinculada con un asunto previo a la mencionada contraposición, me refiero a la cuestión de la relación entre interés privado e interés público en el derecho privado, lo que, finalmente, podría a su vez estar vinculado con otra cuestión de fondo, la de la relación entre derecho privado y derecho público.

Respecto a estos temas de fondo no podemos acá extendernos sino simplemente hacer ciertos comentarios que se relacionan directamente con el tema de este artículo.

El significado de la distinción entre lo público y lo privado ha sido discutido profusamente en el último siglo.[4] Tradicionalmente, en el derecho

[2] De conformidad con el artículo 2 de la Ley 20.930 el derecho real de conservación "consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste".

[3] Willke, Helmut, "Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program", en: Teubner, Günther (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, W. de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 280-298; V. también a Dagan, Hanoch, "The Limited Autonomy of Private Law", *American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, p. 813.

[4] V. por ejemplo, Horowitz, Morton J., "The History of the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, 130, 6, pp. 1423 ss.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

moderno, la distinción se ha planteado como la diferencia entre la esfera social donde prevalece el interés y la consideración individual versus la esfera social en que prevalece la consideración del interés colectivo del grupo social.[5]

Sin embargo, en la sociedad contemporánea se ha producido, adicionalmente, una 'gran transformación' que ha llevado a esta dicotomía a tomar un nuevo énfasis: el de la tensión entre el interés individual, entendido como interés patrimonial o autonomía económica, versus el interés público entendido como aquel que deriva o se manifiesta en políticas públicas intervencionistas.[6] De esta manera las esferas económica y política se han transformado en las esferas prevalecientes dejando de lado las otras esferas de la sociedad, impidiendo un entendimiento más complejo del interés privado y del interés público.

Siguiendo a Luhmann y Teubner[7] sostengo que esta distinción moderna entre interés privado e interés público, especialmente bajo el recién referido énfasis contemporáneo, es una visión extremadamente simplificada de la complejidad de la sociedad contemporánea.[8]

[5] Simmonds, Nigel, "The Possibility of Private Law", en: Tasioulas, John (Editor), *Law, Values and Social Practices*, Aldershot, Darmouth, 1997, 239 p.; Michelon, Claudio, "The Public, the Private and the Law", en: MacAmhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (Editores), *After Public Law*, Oxford Constitutional Theory, Edinburgo, 2013, pp. 94, 95 y 96.

[6] La expresión "gran transformación" viene de: Polanyi, Karl, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 1957. A este respecto cabe mencionar la visión de Günther Teubner, para quien la gran transformación ha implicado la prevalencia de dos discursos sociales: el discurso económico y el discurso político institucional. Esto habría dividido la sociedad en dos esferas de influencia. V. Teubner, Günther, "After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law", *Current Legal Problems*, 1998, 51, p. 393.

[7] Teubner, Günther, "State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan", *The American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, 3 (Special Symposium Issue: "Beyond the State: Rethinking Private Law"), p. 835.

[8] Existe una amplia tradición sociológica que se refiere a la *diferenciación de la sociedad* moderna en distintas *esferas sociales*. Esta "diferenciación social" ha sido entendida de distintas maneras por distintos acercamientos teóricos, por ejemplo, como procesos de autonomización u objetivación de ciertas esferas sociales (Simmel, Georg, *Simmel on Culture: Selected Writings*, SAGE Publications Ltd., Londres, 1997, p. 55; Wolff, Kurt H., *The Sociology of Georg Simmel,* Nabu Press, New York, 2011, p. 41; como procesos de racionalización de esferas de valor separadas (Turner, Bryan S. (Editor), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Routledge, New York, 2009, 1ª edición, pp. 138-9; Weber, Max, *Economy and Society* (Günther Roth, Claus Wittich, eds.), University of California Press, Berkeley, 1978, p. 656), como la diferencia entre géneros lingüísticos con diferentes gramáticas y prácticas de vida (Lyotard, Jean Francois, *The Differend: Phrases in Dispute*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988), como procesos de diferenciación funcional de la sociedad en distintos subsistemas (Parsons, Talcott, *The Social System*. Routledge, Londres, 1991 (nueva impresión de la 1ª edición); Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society* (trad. Thomas McCarthy), Beacon Press, Boston, 1985; Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action,* Volume 2*: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason* (trad. Thomas McCarthy), Beacon

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En consecuencia, también sostengo que no es posible entender el derecho privado en base a esta distinción simplificada. Un análisis del derecho privado que tome en consideración la complejidad de la sociedad contemporánea debe tomar en cuenta la diferenciación de esta sociedad en distintas esferas o subsistemas sociales.[9] Asimismo, un análisis que tome en cuenta la referida complejidad deberá también considerar distintas perspectivas observacionales, es decir, deberá al menos considerar que las prácticas sociales de las distintas esferas podrán ser observadas y entendidas tanto desde la perspectiva interna de las propias prácticas como desde la perspectiva externa de otras prácticas sociales pertenecientes a otras esferas sociales.[10]

Bajo este entendimiento, en primer lugar, se podrá comprender que desde una *perspectiva interna* el derecho privado no puede ser simplemente entendido como un conglomerado de instituciones que miran al interés privado de carácter económico, pues se encuentra sustentado en prácticas sociales en las que se integran inseparablemente elementos normativos que tradicionalmente han estado vinculados al interés colectivo (por ejemplo, la consideración y el *reconocimiento del otro* –que además se asocia a las expectativas normativas

Press, Boston, 1985; LUHMANN, Niklas, *Social Systems*, Standford University Press, Standford, 1995; o como la pluralidad de diferentes discursos de la vida.

[9] Habermas ha sido uno de los más enfáticos observadores de los procesos de objetivación social, y ha analizado cómo la filosofía política y la filosofía moral han hecho caso omiso de estos procesos al focalizarse solamente en la perspectiva normativa de la agencia individual. Es decir, según él, no se han tomado en consideración los procesos de objetivación o reificación social manifestados en esferas sociales autónomas, independientes de la acción comunicativa y de la vida-mundo. Sus énfasis tempranos al respecto en HABERMAS, cit. (n. 8), p.154. Este es además y justamente su punto de partida al tratar de combinar 'validez' y 'facticidad' en HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy,* MIT Press, Cambridge, Mass., 1998, p.57.

[10] Respecto a las perspectivas interna y externa ver, en general: TAMANAHA, Brian Z., "The Internal/External Distinction and the Notion of a ´Practice´ in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law and Society Review*, 1996, Vol. 30, Nº 1, pp. 163-204; TAMANAHA, Brian Z., "A Socio-legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications", *Fordham Law Review*, 2006, Vol. 75, 3, pp. 1255-1274. La distinción –y particularmente la referencia al 'internal point of view'– fue introducida a la teoría legal por HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, Oxford, 1961, 3a edición, 2012, pp. 89-90, 242-243. En cuanto a las bases de los planteamientos de Herbert Hart, v. también WINCH, Peter, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* [1958], Routledge Classic Series, Londres, 2008, reimpresión de la 1ª edición, p. 113. En la teoría social de Niklas Luhmann se consideran y relacionan tanto la perspectiva interna como la externa y para ello se plantea una teoría de la observación más compleja donde se distinguen y combinan: (i) observaciones de distintas perspectivas o esferas sociales; (ii) observaciones auto-referenciales y hetero-referenciales; y (iii) observaciones de primer y segundo grado. LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 426; LUHMANN, Niklas, *Art as a Social System*, Stanford University Press, Stanford, 2000, p. 61; LUHMANN, *Social systems,* cit., (n. 8), p. 443.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de las esferas moral y política).[11]

En segundo lugar, desde una *perspectiva externa* el análisis del derecho privado debe tomar en cuenta la diferenciación social y por tanto la interacción entre el sistema legal y las demás esferas de la sociedad. En consecuencia, bajo esta perspectiva, el derecho privado se podrá entender de manera pluridimensional en base a los criterios de sentido de las diversas esferas sociales.[12-13] Bajo este entendimiento se podrá entonces advertir que: (uno) los aspectos individuales del interés –tradicionalmente del interés privado– no podrán ser entendidos solamente desde la perspectiva de la esfera económica sino que deberán ser entendidos también desde las perspectivas de otras esferas sociales, dando origen a un entendimiento pluridimensional de esos intereses privados; y (dos) los aspectos individuales y colectivos del interés no se entenderán como dominios separados y binariamente contrapuestos, sino como un continuum indisoluble o *dominio social* en el que se intersectan e integran reflexivamente las observaciones de las distintas esferas sociales respecto de aquellos tradicionales aspectos individual y colectivo del interés.[14]

Una visión simplificada del derecho privado que no tome en cuenta estas consideraciones y, especialmente, el carácter pluridimensional del interés privado –visión que podríamos llamar la *visión simplificada o moderna*– tendrá una capacidad limitada para explicar no solo las instituciones tradicionales del derecho civil sino también las instituciones nuevas que vayan surgiendo en la sociedad post-industrial.

[11] Una forma de entender los aspectos del interés público que subyacen al derecho privado la plantea Claudio Michelon, que explica que la distinción moderna entre el imaginario social de lo privado y el imaginario social de lo público involucra una diferencia entre un dominio social, en que el sentido de la acción viene dado solamente por el interés y la consideración individual, versus un dominio social en que el sentido de la acción viene dado por la consideración y el reconocimiento de los otros miembros del grupo social. Michelon sostiene que esta distinción es errada pues entre otras cosas no toma en cuenta la relación entre la persona y las estructuras sociales, y por ello postula una visión de un dominio integrado de sentido social que tome en cuenta la función primaria del derecho como mediación en la vida política de una comunidad. Bajo esta visión, la consideración y *reconocimiento del otro* no es un mero límite a la autonomía privada, sino que es socialmente constitutiva de la acción social en la esfera privada. V. MICHELON, cit. (n. 5), pp. 94, 95, 96. Respecto al carácter político –y no neutro– del derecho privado, ver por ejemplo: KENNEDY, David, "Background Noise? The Underlying Politics of Global Governance", *Harvard International Law Review*, 1999, 3, 52.

[12] UBILLA FUENZALIDA, Jaime, "Reflexive Law and Reflexive Property Rights", Tesis Doctoral, Universidad de Edimburgo, Publicada en el repositorio de la biblioteca de la Universidad de Edimburgo, 2016, pp. 169 y ss.

[13] En este sentido también TEUBNER, cit. (n. 6), p. 393; y TEUBNER, cit. (n. 7), p. 835. Respecto al análisis de la reflexividad social de cada institución, v. notas 24 y 26 más abajo.

[14] V. la sección relativa a la justificación socio-legal del derecho real de conservación y especialmente lo relacionado a la nota 76. También ver lo señalado en la nota 25 respecto a la autonomía reflexiva.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta visión simplificada o unidimensional de la tensión entre la esfera privada individual y la esfera del interés colectivo ha sido también producto o manifestación de la distinción fundante del derecho moderno, esto es, la distinción Estado/individuo.[15-16] Esta última distinción ha implicado asimismo –entre otras cosas– una concepción individualista de la persona, un debilitamiento de la inclusión de los cuerpos intermedios en la estructura normativa del derecho privado y un desarraigo de las instituciones legales respecto de las correspondientes prácticas sociales,[17] que es justamente donde se manifiestan las prácticas normativas de distintas esferas sociales.[18]

Bajo esta visión simplificada, los intereses vinculados a esferas sociales no-económicas son excluidos o entendidos –a lo más– como límites externos a la autonomía privada (por ejemplo, a través de la teoría del abuso de derecho o de la función social de la propiedad).

Si utilizáramos esta visión simplificada para analizar el derecho real de conservación podríamos llegar a la conclusión apresurada de que este nuevo derecho es solamente el resultado del surgimiento de un nuevo interés privado de tipo económico respecto de la conservación de intangibles ambientales.[19] Ciertamente, esta perspectiva de la esfera económica también está presente en el contexto de una sociedad post-industrial en la que, por una parte, los procesos

[15] Luhmann, *Law as a Social System*, cit. (n. 10), p. 163. Esta distinción se manifiesta primeramente como una contraposición y tensión entre los poderes del Estado (soberano) y la protección de los derechos individuales.

[16] Nigel E. Simmonds explica de manera muy relevante que las teorías de los derechos que predominaron al inicio de la modernidad, esto es la teoría voluntarista clásica (Kantiana) y la teoría clásica del interés (Rudolf von Ihering) justamente se orientaban a dar sustento o legitimación al derecho en el contexto de la contradicción y tensión entre el interés privado y el interés colectivo. Simmonds, cit. (n. 5), pp. 115, 195.

[17] Respecto al desarraigo o 'disembedding' en la modernidad ver especialmente a Taylor, Charles, "Modern Social Imaginaries", *Duke University Press*, 2004, p. 49.

[18] Es justamente en estas prácticas sociales que se van construyendo nuevos órdenes espontáneos de cooperación, interacción, deliberación y auto-organización. Al respecto también ver: Bauman, Zygmunt, *Postmodern Ethics*, Wiley-Blackwell, Oxford, 1993, 1ª edición, 262 pp.; De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization and Emancipation*, Butterworks, Londres, 2003, cap. 6.

[19] Cabe observar que en el sistema tradicional de los derechos reales no solo no existía un *ius in re aliena* que otorgara facultades normativas para conservar aspectos intangibles de los inmuebles, sino que en general los derechos reales tradicionales han sido entendidos y aplicados fundamentalmente en relación con aspectos tangibles de los bienes pues han sido estos aspectos los considerados por el uso o explotación tradicional de bienes en las economías extractivas e industriales. Respecto a la historia de los derechos reales ver por ejemplo: Rigaud, Luis, *El Derecho Real. Historia y Teorías. Su origen institucional*, Traducción de JR. Xirau, Reus, Madrid, 1928, 342 pp.; Cogliolo, Pietro, *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto Privado,* Fratelli Bocca, Turín, 1885, 138 pp.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de urbanización han ido tornando más escasos los intangibles ambientales y, por otra, los procesos de desarrollo de información y conocimiento –sobre tales intangibles– han ido generando mercados diferenciados y una 'nueva riqueza' a veces denominada 'capital natural'.[20] En este contexto post-industrial entonces, y bajo la referida visión simplificada, el derecho real de conservación podría ser entendido solamente como el resultado del surgimiento o reconocimiento de un nuevo interés privado también de naturaleza económica, que podría también sustentarse normativamente en la libertad o la autonomía privada. Desde esta perspectiva, por lo tanto, se podría sostener que esta nueva institución no sería contraria a la visión autonomista del derecho privado ni tampoco involucraría un mecanismo de instrumentalización del derecho privado.

Sin embargo, una visión que sí tome en cuenta las consideraciones previas relativas a la complejidad social y al carácter pluridimensional del interés privado –que puede llamarse la *visión compleja o post-moderna*– permitirá observar que el derecho real de conservación envuelve algo más que el mero surgimiento de un nuevo interés privado de tipo económico. Podremos observar que se trata más bien de un nuevo paradigma, propio al derecho post-industrial o post-moderno, pues esta nueva institución envuelve un entendimiento del interés privado que va más allá de la esfera económica tradicional y que considera las observaciones –o aspectos del interés privado– que derivan de otras esferas sociales como las esferas estética, moral, cultural, religiosa, científica, comunitaria, etc., en cuanto estas esferas generan requerimientos normativos relativos a la conservación del medio ambiente.[21] Es decir, se trata de una reconfiguración de lo que se ha de entender por interés privado a la luz de la pluralidad de esferas sociales relevantes.[22]

De esta manera, se puede sostener que el derecho real de conservación representa un nuevo paradigma en la comprensión del derecho privado en el contexto de una sociedad funcionalmente diferenciada. Esta nueva comprensión del derecho privado implica, en consecuencia, considerar el interés privado de manera pluridimensional, para facilitar la integración reflexiva de

[20] Hawken, Paul; Lovins, Amory; Lovins, L. Hunter, *Natural Capitalism: Creating the Next Industrial Revolution*, Back Bay Books, Boston, 2000, 396 pp.

[21] A modo de ejemplo, se podrá hablar en términos amplios de interés privado respecto de aspectos estéticos o paisajísticos, socio-culturales, sostenibilidad ecológica, seguridad alimentaria, sostenibilidad de ciertas formas de vida o de ciertas prácticas comunitarias, etc.

[22] Esto envuelve también una nueva comprensión del carácter 'individual' del interés en cuanto la persona ya no es simplemente entendida como un ente desarraigado y atomizado, sino que es entendida de manera pluridimensional en su relación e interacción con distintas esferas sociales en las que la consideración y *reconocimiento del otro* subyace a las prácticas sociales relevantes.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

consideraciones normativas provenientes de diversas esferas sociales.[23] Es en esta dirección que me he referido a la *forma reflexiva del derecho* y al paradigma del *derecho reflexivo*[24] todo lo cual daría sustento también a la que he llamado una visión reflexiva de la autonomía privada.[25]

En este sentido, se puede sostener que el derecho real de conservación (así como la referida nueva comprensión del derecho privado) no envuelve ni una contradicción a la visión autonomista del derecho privado, ni involucra una instrumentalización del derecho privado. El *derecho reflexivo* justamente busca facilitar la integración de distintas esferas sociales por medio de la auto-regulación de los sujetos y esferas reguladas.[26]

Desde esta perspectiva, se puede estimar que es más bien el derecho privado moderno –tradicional– el que al considerar solamente la perspectiva económica del interés privado ha permitido la "instrumentalización" del derecho civil por parte de la esfera económica. Desde una perspectiva socio-legal esto implica que el derecho civil ha dado predominancia o ha permitido la colonización de la esfera privada por el discurso económico.[27-28]

[23] En este sentido también Teubner, cit. (n. 6), p. 835.

[24] Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12), p. 207 y ss. La consideración de la diferenciación social hace posible evaluar las distintas instituciones legales en cuanto a cómo y en qué grado facilitan la interacción entre el derecho y la sociedad. Esto es lo que he denominado la '*reflexividad social*' de las formas o instituciones legales, y para su evaluación he propuesto una *teoría de la forma reflexiva del derecho* –en base a las teorías de Niklas Luhmann y Spencer Brown–. V. ideas seminales respecto al derecho reflexivo en: Teubner, Günther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review,* 1983, 17, 2, pp. 239-285.

[25] Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12), pp. 207 y ss. El entendimiento reflexivo de la autonomía privada envuelve entender a ésta desde la perspectiva de las diversas esferas de sentido en las que se sitúa el individuo. Bajo esta comprensión, la autonomía comienza a operar también con orientaciones normativas tradicionalmente relacionadas a la heteronomía de lo público, como se puede observar en el caso del derecho real de conservación que se orienta a la conservación del medio ambiente. Esto además confirma el entendimiento de un *dominio social* en que se intersectan e integran reflexivamente lo que tradicionalmente ha sido propio al interés individual y al interés público.

[26] Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12), pp. 207 y ss. La perspectiva del derecho reflexivo se sustenta normativamente en asegurar la libre interacción entre esferas sociales evitando, de este modo, que una o más esferas tomen posiciones predominantes o de colonización o exclusión de otras esferas. Esto involucra, en sí mismo, la protección del interés colectivo, esto es, la protección del interés en que las instituciones generen procesos reflexivos de interacción entre las diversas esferas sociales.

[27] Habermas, Jürgen, "Law as Medium and Law as Institution", en: Teubner, G. (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, European University Institute - Series A, Nº 3, Eds. W. de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 203-220. Esto es especialmente evidente en el ámbito del derecho patrimonial.

[28] Habermas solamente aplica la noción de colonización a la vida-mundo y no a las relaciones inter-sistémicas. Teubner sostiene que la idea ha de expandirse y aplicarse a todas las relaciones inter-sistémicas, Teubner, Günther, "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", *International Journal of the Sociology of Law,* 1984, 12, Nº 4 (Nov), pp. 375-400.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Un entendimiento reflexivo del derecho privado coloca las relaciones jurídico-privadas en un horizonte más rico donde se considera el entramado normativo de las prácticas sociales en un contexto social más amplio.[29]

Entonces, de manera general y a modo de conclusión, se puede estimar que en una sociedad post-moderna funcionalmente diferenciada el derecho privado debe proveer mecanismos o formas legales que hagan posible la manifestación jurídica del interés privado en sentido amplio, esto es, de intereses que deriven de procesos descentralizados, espontáneos y autónomos provenientes de distintas esferas sociales.[30]

II. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN

Con las anteriores consideraciones generales como telón de fondo, a continuación proveeré una justificación tanto normativa como socio-legal del derecho real de conservación.

La justificación normativa se llevará a cabo en base a una de las teorías de los derechos contemporáneas más reconocidas, la teoría del interés de Joseph Raz. Esta teoría, como es sabido, forma parte de la tradición analítica que toma como punto de partida la *perspectiva interna* del derecho.[31]

Por otra parte, la justificación socio-legal se llevará a cabo en base a la teoría social de Niklas Luhmann, la que nos permitirá entre otras cosas tomar en consideración la *perspectiva externa* de la relación entre el derecho y las demás esferas sociales.[32]

Justificación Normativa

Joseph Raz ha sostenido que una persona es titular de derecho toda vez que un aspecto de su bienestar (su interés) es una razón suficiente para imponer una obligación a un tercero.[33] En otras palabras, un derecho existe cuando una

[29] Esto también es de alguna manera coherente con la visión realista de DAGAN, cit. (n. 3), p. 813. Aquí este autor enfatiza que "the rich social fabric that serves as the inevitable context for the parties relationship".

[30] UBILLA FUENZALIDA, cit. (n. 12), pp. 207 y ss.

[31] V. la nota 10. Cabe observar que, desde el punto de vista de la teoría social, y particularmente de la *teoría social de sistemas* de Niklas Luhmann, planteamientos de teoría legal como los de la tradición analítica a la que pertenece Joseph Raz son totalmente aceptables como modos de auto-observación del sistema legal –es decir, como observación auto-referencial de segundo grado. LUHMANN, cit. (n. 15), p. 426.

[32] LUHMANN, cit. (n. 8), p. 443.

[33] RAZ, Joseph, "On the Nature of Rights", *Mind* [Oxford], 1984, 93, p.195.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obligación es impuesta para servir o proteger el interés del titular.

Para Raz, se justifica la declaración de que alguien tiene un derecho indicando o apuntando al interés de ese alguien y a las razones por las cuales ese interés debe ser tomado en serio.[34] En este sentido se observa también que es el 'interés' y no el 'beneficio' lo que constituye la razón para imponer la obligación.[35] Así, si una obligación específica de no interferir con la propiedad privada se impusiera a todas las personas en general para proteger el interés del propietario estaríamos a este respecto ante un derecho del propietario respecto de su propiedad, pero si tal obligación general se impusiera para proteger aspectos de sanidad o salubridad, entonces el propietario simplemente sería beneficiario de tal obligación pero no detentaría un derecho de propiedad a este respecto, o dicho de otra manera, tal obligación no se habría establecido para proteger el interés del propietario en cuanto tal.[36]

Bajo la teoría del interés, los derechos no implican a las obligaciones en términos lógicos, y en tal sentido los derechos no son considerados como correlativos de las obligaciones, o dicho de otra manera, las declaraciones de derechos no son equivalentes a las declaraciones de obligaciones.[37] Esto tiene varias implicancias, entre otras, que esta teoría es flexible o dinámica (open-ended) respecto a las obligaciones a que un derecho puede dar origen, pues:

> "*The existence of a right often leads to holding another to have a duty because of the existence of particular facts peculiar to the parties* (…). *A change in circumstances may lead to the creation of new duties based on the old right. ... This dynamic aspect of rights, their ability to create new duties, is fundamental to any understanding of the nature and function in political thought*".[38]

[34] Raz, Joseph, "Legal Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, 4, p. 5.

[35] Raz, cit. (n. 33), p. 199. Cabe observar que en el contexto de la teoría general de Raz, los derechos sirven como 'razones' en el razonamiento práctico, lo cual implica que cuando existe un derecho esto indica que otra persona tiene una "razón exclusionaria" [*exclusionary reasons*] para actuar (ej., una obligación).

[36] Penner, James, *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 13.

[37] Esto quiere decir que, según esta teoría, los intereses solamente justifican la imposición de obligaciones, pero no están lógicamente implicados al modo en que la permisibilidad y la inviolabilidad estaban lógicamente relacionados en Kant. Uno de los efectos más importantes de la teoría de Hohfeld fue justamente plantear la distancia lógica entre derecho y obligación, lo que queda representado en su teoría en la diferencia entre derecho (claim-right) y libertad (privilegies). En lo relativo a la teoría de Hohfeld, v. nota 40, y en lo relativo a la teoría kantiana, v. Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals* [1785], Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 55.

[38] Raz, cit. (n. 33), pp. 199, 200. "*La existencia de un derecho a menudo lleva a imponer a otro una obligación por la existencia de hechos particulares que son peculiares a las partes* (….) *Un cambio de circunstancias puede llevar a la creación de nuevas obligaciones basadas en el antiguo derecho* (…) *Este aspecto dinámico de los derechos, su habilidad para crear nuevas obligaciones, es fundamental a todo entendimiento de la naturaleza y función de los derechos en el pensamiento político*". La traducción es mía.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Como sostiene Waldron, esto explicaría que el derecho de propiedad en distintas circunstancias puede justificar distintas obligaciones o requerimientos institucionales para asegurar el derecho de propiedad contra distintas formas de afectación.[39]

Por otra parte, esto también explicaría que la teoría del interés puede co-existir con la teoría de Hohfeld[40] pues las distintas categorías propuestas por este último autor no serían sino formas de relaciones jurídicas que podrían ser justificadas por la teoría del interés, de modo que esta última permitiría mantener un concepto unitario de los 'derechos'.[41]

Es importante notar que bajo la teoría del interés, la existencia de un derecho puede resultar de un balance de intereses contrapuestos donde aquel que sustenta la existencia del mismo es ´normalmente suficiente´ para contrarrestar las consideraciones contrarias.[42] Bajo esta misma lógica, es posible que un derecho exista *prima facie* –por ejemplo por disposición legislativa expresa–, pero que en un caso concreto por la contraposición de intereses respecto de ciertos efectos específicos del mismo, se deniegue una consecuencia u obligación específica para el caso particular.[43]

Cabe observar que pueden haber distintas concepciones de lo que se entiende por 'interés', pero acá siguiendo a Raz dejamos abierta la noción a cualquier aspecto del bienestar de las personas consideradas en su individualidad. Para los efectos del análisis que llevamos a cabo acá, es importante notar con Waldron –que desarrolla estas ideas en base a la teoría de Raz– que si bien esta teoría no se compromete con la idea de libertad o autonomía, es sin embargo capaz de acomodar el argumento de que el *interés en la libertad* es suficientemente importante para constituir la base de algunos derechos.[44] Más tarde, Waldron agrega las siguientes consideraciones respecto

[39] WALDRON, Jeremy, *The Right of Private Property*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 85.

[40] La referencia acá es a las categorías propuestas por HOHFELD, Wesley Newcomb, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1917, 26, pp. 710-770.

[41] SIMMONDS, Nigel E., "Rights at the Cutting Edge", en Kramer, M.H.; Simmonds, N.E.; Steiner, Hillel (eds), *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 218. Claramente la teoría de Hohfeld en términos analíticos conduce a la fragmentación de la noción de 'derecho' en las distintas categorías referidas. La teoría del interés es un intento de evitar tal fragmentación a un nivel más profundo, pues la noción de interés permitiría mantener un concepto general de derecho, y en base a este concepto general se justificaría la imposición de obligaciones, poderes, inmunidades, etc. Es decir, las categorías de Hohfeld no serían sino distintos modos de proteger el interés en cuestión.

[42] RAZ, cit. (n. 33), p. 211.

[43] WALDRON, cit. (n. 39), p. 86.

[44] WALDRON, cit. (n. 39), p. 291.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la importancia de la libertad para la propiedad privada: primero, sostiene que en general en un sistema de propiedad privada hay tres derechos o poderes que protegen ciertas libertades importantes: el derecho exclusivo a determinar el uso de una cosa; el derecho a excluir a terceros en el uso de la cosa, y el derecho a enajenar la misma. Y luego hace dos aseveraciones especialmente relevantes para nuestro análisis. Primero, indica que la libertad en el ámbito económico es de extraordinaria importancia para justificar el derecho de propiedad,[45] y segundo, indica además que considerando que el medio ambiente material es tan importante para la vida humana como el medio ambiente político, el libre control de y la libertad para manipular y arreglar elementos del medio ambiente son tan importantes como las libertades políticas tradicionales para justificar el derecho de propiedad.[46]

James Penner, por su parte, ha sostenido que el interés en la propiedad es el interés en determinar de manera exclusiva el uso de las cosas.[47] Y ha agregado que la libertad de determinar el uso de las cosas es parte de nuestro interés por la libertad que esto nos provee para dar forma a nuestras vidas. Y ha sostenido además que si creemos en alguna forma robusta de interés en la autonomía, entonces el interés en determinar el uso de las cosas es también un interés en la persecución del logro de distintos objetivos.[48]

El "interés en determinar de manera exclusiva el uso de las cosas" puede también ser entendido, desde el lado pasivo, como el derecho a excluir a otros de la determinación de tal uso.[49] Mi entendimiento y posición respecto a esto es similar al de Larissa Kats en cuanto a que el derecho de propiedad debe entenderse exclusivo en el sentido de que el titular está en una posición especial

[45] WALDRON, cit. (n. 39), p. 294.

[46] WALDRON, cit. (n. 39), p. 295.

[47] PENNER, cit. (n. 36), p. 49. Sostiene: "The interest in property is the interest in exclusively determining the use of things".

[48] PENNER, cit. (n. 36), p. 49. Sostiene: "...the freedom to determine the use of things is an interest of ours in part because of the freedom it provides to shape our lives. If we believe in any fairly robust interest in autonomy, then the interest in determining the use of things is in part an interest in trying to achieve different goals…", y termina haciendo referencia a RAZ, Joseph, *The morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 407-412.

[49] En este sentido también PENNER, cit. (n. 36), p. 49. Penner ha sostenido que el derecho de propiedad se encuentra guiado por un análisis que toma la perspectiva de la exclusión más que la perspectiva del derecho a usar o manejar las cosas. En mi opinión, en línea con lo indicado en la nota anterior y a lo largo de este artículo, ambos aspectos deben ser considerados pues ellos podrán tener justificaciones normativas y socio-legales separadas. En cualquier caso, vale la pena enfatizar que parece extremadamente relevante 'observar' el derecho de propiedad y los derechos reales desde la perspectiva de la 'obligación in rem' pues nos orienta o guía hacia la necesidad de entender la justificación normativa de estos deberes generales.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que otros no comparten, una posición exclusiva para *establecer la agenda* para el uso de un bien.[50]

A la luz de estas consideraciones generales, es posible desde ya presentar una idea general de la justificación normativa del derecho real de conservación, para luego proseguir con ciertos aspectos teóricos relevantes de tal justificación. En el caso de este derecho digamos primero que el análisis de la justificación normativa debe distinguir dos momentos distintos: en primer lugar, la justificación del poder normativo que se otorga tanto al propietario como al tercero – 'poder' en el sentido de Hohfeld –[51] para crear o establecer de común acuerdo este derecho real y, en segundo lugar, la justificación normativa del derecho real propiamente tal, esto es, la justificación del derecho a ejercer la 'facultad de conservar'[52] respecto del objeto del derecho real, que viene a ser a su vez la razón suficiente para el establecimiento de las obligaciones que surgen para el propietario y para terceros.

Respecto del establecimiento del 'poder normativo' de crear el derecho real de conservación se puede estimar que éste representa o protege el interés de las partes de normar libremente la conservación de aspectos ambientales de un inmueble propio o ajeno. Este 'poder normativo' es otorgado por el legislador desde ya y no queda sujeto a la condición de un hecho contingente futuro alguno.

Respecto del derecho real de conservación propiamente tal, la justificación normativa estaría, a mi juicio, en el interés en determinar exclusivamente la conservación de aspectos ambientales de los bienes en base a la concurrencia de voluntades del titular del derecho y el propietario del inmueble.[53] Como se puede

[50] Katz, Larissa M., "Exclusion and Exclusivity in Property Law", Legal Studies Research Paper Series Nº. 08-02, Universidad de Toronto, abril 1, 2008, 67 pp., p. 4; disponible en línea: https://ssrn.com/abstract=1126674.

[51] V. nota 40.

[52] Como veremos a lo largo de este artículo, la 'facultad de conservar' es el elemento central de la definición del derecho real de conservación en cuanto le confiere su carácter activo. Esto es abordado acá tanto en la justificación normativa como también en la justificación socio-legal. Respecto a la noción de 'facultad' ver un análisis histórico en Guzmán Brito, Alejandro, "Historia de la Denominación Derecho-Facultad como Subjetivo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso, Chile), 2003, XXV, pp. 407-443.

[53] En principio uno podría entender el interés que sustenta al derecho real de conservación de dos formas: (uno) que el interés en cuestión es el mismo que sustenta al poder normativo –poder de crear el derecho real de conservación– es decir 'interés de las partes de normar libremente la conservación de aspectos ambientales de un inmueble' y de esta manera –en esta lectura– la necesidad de un acuerdo entre las partes sería simplemente un requisito que especifica la forma de proteger ese interés; o (dos) que el interés es distinto e incluye la protección del acuerdo de las partes. Acá he adoptado esta segunda forma, según queda de manifiesto en el texto de arriba.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

notar, la justificación de la existencia de este derecho real supone la ocurrencia de un hecho contingente futuro[54] consistente en el acuerdo de las partes.

Ahora bien, respecto de esta justificación normativa del derecho real de conservación, la pregunta siguiente es cómo podemos entender la *libertad* involucrada en tal justificación. En línea con lo indicado anteriormente, y en base a otras consideraciones adicionales posteriores, estimo en primer lugar que la justificación del derecho real de conservación debe encontrarse en algo más que la libertad negativa –asociada a la ausencia de obstáculos externos[55] y que debe involucrar, utilizando el lenguaje de Waldron, algo positivo que debe llegar a existir y que puede ser entendido de diversas maneras. A este respecto, cabe distinguir entre, por un lado, perspectivas asociadas a la 'libertad individual', es decir, aquellas asociadas entre otras a la independencia, autonomía, auto-afirmación o reconocimiento del individuo[56-57] y, por el otro, aquellas perspectivas asociadas a la 'libertad colectiva o política', es decir, aquellas en que la libertad está vinculada o consiste en la participación en la búsqueda de propósitos colectivos.[58] Acá, como vemos, surge una disyuntiva y

[54] Acá estamos utilizando la distinción entre derechos generales y derechos especiales, desarrollada por Herbert L.A. Hart, y que es utilizada por Waldron para distinguir los 'General rights-based arguments' de los 'Special rights-based arguments'. V. HART, Herbert L.A., "Are There Any Natural Rights?", en: Waldron, Jeremy (Editor), *Theories of Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 84; WALDRON, cit. (n. 39), p. 106.

[55] Respecto a la distinción entre libertad positiva y negativa: BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, p. 118.

[56] BERLIN, cit. (n. 55), p. 131: "*The positive sense of the word liberty derives from the wish on the part of the individual to be his own master*".

[57] WALDRON, cit. (n. 39), pp. 299, 300, 303, 305. Las perspectivas de la libertad individual pueden, por ejemplo, entender la libertad positiva como *independencia*, con lo cual estaríamos argumentando que el derecho real de conservación provee seguridad e independencia al titular al reconocerle un poder de incidir en los atributos ambientales de un entorno determinado. Asimismo, se puede entender esa libertad positiva como *auto-afirmación,* con lo cual estaríamos argumentando, por ejemplo, que por medio del derecho real de conservación se reconoce la voluntad libre del titular para participar tanto en la conservación de los atributos ambientales del entorno natural como en el arreglo o conformación de las relaciones con terceros respecto de ese entorno, o se puede entender asimismo como una forma de *reconocimiento* al titular en tanto locus de respeto en cuanto a su relación con el entorno o con otros, o finalmente, también se puede entender esa libertad positiva como la *autonomía* para elegir y tomar decisiones respecto del medio ambiente, entre otros posibles entendimientos.

[58] Sobre esta distinción ver WALDRON, cit. (n. 39), p. 313. Las perspectivas de la libertad colectiva o política pueden ser de diverso tipo, pero acá parece interesante referirse a la posición de Hannah Arendt, para quien lo esencial para la libertad es la participación política, para lo cual se requeriría el derecho de propiedad en cuanto éste proveería una localización física en el mundo. También se podría considerar que para ejercer esa libertad política se requeriría el derecho a conservar el medio ambiente puesto que el entorno ambiental constituye el medio físico indispensable para vivir y actuar en el mundo.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una dicotomía que es reminiscente de lo que discutiéramos en la primera sección respecto a la relación entre interés privado e interés colectivo –y respecto a las distintas visiones del derecho privado–. De manera consistente con lo ya indicado en esa sección y adelantando un aspecto de la justificación socio-legal que se abordará en la próxima sección, estimo que la idea de libertad que puede justificar al derecho real de conservación es una en que la libertad individual –sea como independencia, autonomía, auto-afirmación o reconocimiento o en otra forma– ha de ser entendida en su relación con distintas esferas sociales de sentido. En otras palabras, la libertad individual en cuestión involucrará una pluralidad de libertades discursivas[59] derivadas de las distintas esferas sociales (ej. esfera moral, estética, política, religiosa, científica, educacional, etc.).[60]

Acá quisiera enfatizar que esta justificación del derecho real de conservación sustentada en la libertad puede encontrarse o advertirse justamente en la *forma* dada al derecho real de conservación que, a través de su elemento central que es la 'facultad de conservar', se estructura en torno a la acción del titular, lo cual se orienta a hacer posible la libertad positiva de este último. Respecto a esto, estimo importante notar con Penner, que si bien distintas formas de derecho, inclusive aquellos que no protegen ninguna acción de su titular (por ejemplo aquellos que simplemente protegen negativamente al titular contra acciones de terceros –es decir, derechos de protección negativa) son derechos en sentido normativo, los derechos que son *derechos a hacer algo*, es decir, los derechos que se refieren a la acción de su titular, son normativos en un sentido más importante. Estos son derechos a *libertades* y son normativos en el sentido que las normas permisivas son normativas. Es decir, son normativas en el sentido no de requerir una decisión o una acción, sino de permitir al titular

[59] En este sentido, el derecho real de conservación es también un 'derecho discursivo' en la esfera privada, según la terminología de Teubner: v. Teubner, Günther, "Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law", *Social & Legal Studies*, 2000, 9, N° 3, pp. 399-417, p. 413.

[60] Desde la perspectiva del derecho real de conservación, en la medida que este derecho facilite –según argumentaremos en la justificación socio-legal– el ejercicio de la libertad desde distintas esferas sociales y no solo desde la esfera económica, estaremos ante un derecho socialmente reflexivo. En esta medida, la libertad en cuestión tendrá también una connotación de tipo colectivo, puesto que al asegurar la reflexividad de una institución estaremos al mismo tiempo asegurando la libre interacción entre esferas sociales, con lo cual estaremos evitando procesos de predominancia o colonización por parte de ciertas esferas sociales. Dicho de otra manera y en referencia al pensamiento de Hannah Arendt, bajo esta concepción no solo interesará la participación política sino la participación –interacción– de las diversas esferas sociales. Corresponde explicar que acá nos referimos a ´política institucional´ y no a una noción ampliada de política que bien podría derivar de la interacción reflexiva entre distintas esferas sociales. Esta es también la distinción de Teubner entre '*la politique and le politique*' en Teubner, Günther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 114.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el alterar el balance de las razones que correspondan –en el razonamiento práctico– cuando decida cómo actuar, usualmente excluyendo otras razones normalmente relevantes.[61] Este autor agrega, de manera importante a mi juicio, que estas normas permisivas son normalmente utilizadas o aplicadas a situaciones donde quien toma la decisión debe tomar una variedad de razones complejas en consideración antes de decidir o ejercer el derecho.

El carácter positivo o activo del derecho real de conservación fue también enfatizado en la historia de la Ley 20.930, donde hubo repetidas alusiones al mismo así como a su sustento en el interés ambiental y en la autonomía de las personas para establecer criterios de conservación en base a acuerdos voluntarios –así como también hubo repetidas alusiones al carácter reflexivo de este derecho–.[62] Más aún, la propuesta original de la nueva definición del derecho real de conservación que contiene la 'facultad de conservar', y que fue finalmente aprobada, explícitamente se refiere a estos intereses protegidos y también a los argumentos socio-legales que presentaremos en la sección siguiente.[63]

Ahora bien, en lo que respecta a esta 'facultad de conservar' debe tenerse presente, como lo enfatiza Penner, que la institución del derecho de propiedad y los derechos reales son una práctica normativa.[64] En consecuencia, del mismo modo como sucede con las facultades generales del derecho de propiedad o dominio (las facultades de uso, goce y disposición), el contenido normativo de la 'facultad de conservar' se irá definiendo tanto por medio de la aplicación

[61] Penner, cit. (n. 36), p. 15. Merece ser observado que acá Penner parece tomar distancia de la noción estricta de 'exclusionary reasons' de Raz.

[62] Senado de Chile, "Segundo Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el derecho real de conservación" (Boletín N° 5.823-07, 2015), en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Editor), *Historia de la Ley nº 20.930*, BCN, Santiago, 2016, pp. 29, 30 y 31; disponible en línea: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5077/ .

[63] Ubilla Fuenzalida, Jaime, *Propuesta de Indicaciones al Proyecto de Ley del Derecho Real de Conservación*, Centro de Derecho de Conservación, Santiago (Chile), 9 de junio, 2014, disponible en http://www.centroderechoconservacion.org/documentos/indicaciones-proyecto-derecho-real-de-conservacion-06092014.pdf. Por otra parte, cabe observar que la *denominación* misma de este nuevo derecho real –que apunta al carácter activo del mismo– fue propuesta el año 2003 en: Ubilla Fuenzalida, Jaime, "La Conservación Privada de Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile*, 2003, Nº 1, pp. 72. Esta denominación se propuso con el fin de tomar distancia de la idea de servidumbre o gravamen, es decir, se evitó la denominación 'servidumbre ambiental' o 'servidumbre de conservación', aunque al tiempo de aquel artículo aún no era clara la *forma* diferenciadora que debía tener el derecho real de conservación.

[64] Penner, cit. (n. 36), p.137.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

práctica de esta institución, como por la jurisprudencia y la doctrina.[65] Sin embargo, existen ciertos contenidos que ya son de alguna manera explicitados en la ley. Por ejemplo, en virtud del artículo 1 de la Ley 20.930, se hacen aplicables ciertos artículos que tienen relevancia al efecto: el artículo 828 del Código Civil, en virtud del cual se debe entender que quien tiene un derecho real de conservación, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerlo. Asimismo, por aplicación del artículo 829 del Código Civil, se debe entender que el que goza de un derecho real de conservación, puede hacer las obras indispensables para ejercerlo. Sin embargo, más allá de estos contenidos normativos explícitos, debe entenderse que –de la misma manera como sucede respecto de otros derechos reales– la facultad de conservar incluirá todos aquellos derechos que aseguren al titular la tutela y ejercicio del derecho real de conservación. Esto también se puede deducir de manera general del inciso sexto del artículo 6 de la Ley 20.930 que dispone: '*No es lícito al propietario impedir, obstaculizar o perjudicar el ejercicio de este derecho*'. Por lo tanto, se puede entender que la facultad de conservar incluirá tanto los derechos que las partes acuerden expresamente como también aquellos indispensables o necesarios para llevar a cabo o ejercer el derecho real de conservación. Entre estos últimos, a modo ejemplar, estimo se podrían entender generalmente incluidos los siguientes: (i) el derecho a prevenir, reparar o restaurar todo deterioro o perjuicio al patrimonio ambiental que sea objeto del derecho real de conservación; (ii) el derecho a información relevante respecto al estado del correspondiente patrimonio ambiental; (iii) el derecho a realizar auditorías periódicas respecto del patrimonio ambiental conservado; (iv) el derecho a acceso al inmueble conforme a normas acordadas por las partes.[66]

Ahora bien, el interés que sustenta normativamente el derecho real de conservación según lo hemos planteado anteriormente, es justamente el que justifica la imposición de obligaciones tanto al propietario como a terceros.

[65] Debe evitarse el error de entender que con el establecimiento de la 'facultad de conservar' se ha agregado una nueva facultad al derecho de dominio. La facultad de conservar se ha establecido en la definición del derecho real de conservación y no viene a constituir una nueva facultad del derecho de dominio. Un asunto distinto es que se pueda entender que ciertos haces de derecho del derecho de dominio –generalmente propios a la facultad de disposición como es el derecho a conservar (o restaurar) la cosa propia– han sido reunidos para crear o tipificar esta nueva facultad de conservar en orden a dar origen a un derecho separado y autónomo que se otorga a un tercero: el derecho real de conservación.

[66] Cabe notar que éste ha sido justamente el contenido otorgado a la facultad de conservar en el primer derecho real de conservación constituido en Chile. Este derecho fue otorgado por "La Bella Eco-Aldea SpA" por escritura pública de fecha 18 de julio de 2016, y fue inscrita en el conservador de Bienes Raíces de Linares el 25 de julio del mismo año.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las obligaciones que se imponen al propietario están reguladas en el artículo 6 de la Ley 20.930 que se titula 'Efectos' y que se refiere a distintas obligaciones, restricciones o prohibiciones que han de establecerse de manera alternativa –no conjunta o copulativa–, lo cual deja de manifiesto la forma en que el derecho real de conservación puede justificar distintos tipos de contenidos obligacionales de conformidad a las circunstancias y al interés de las partes.[67]

Por su parte, la obligación que se impone a terceros no es sino la que deriva del carácter *erga-omnes* de todo derecho real,[68] o siguiendo a Penner la que deriva de la 'Obligación in Rem' de todos los terceros.[69]

Aplicando nuevamente la idea general de que el derecho de propiedad y los derechos reales son una práctica normativa,[70] cabe también concluir que la extensión del efecto *erga-omnes* –o de la 'Obligación in Rem'– en el caso del derecho real de conservación se irá construyendo paulatinamente por la práctica social. En este sentido, una posición inicial respecto a este punto sería sostener que por la existencia del derecho real de conservación lo que simplemente

[67] Cabe observar que el artículo hace uso del término 'gravámenes'. A mi juicio esto puede entenderse en el sentido de 'obligaciones reales'. El Código Civil chileno ocupa la palabra 'gravamen' en este sentido en numerosas ocasiones: por ejemplo en el Art. 658 (adjunción), Art. 732 Nº1 (fideicomiso), Art. 1093 (obligación modal), Art. 1188 (obligación del donatario); Art. 1338 (obligación del legatario). El término gravamen también se utiliza en el sentido de obligación en general en el artículo 1440. Ver también a este respecto: Ubilla Fuenzalida, Jaime, *El Derecho Real de Conservación: Naturaleza Jurídica y Noción de Gravamen*, Boletín del Centro de Derecho de Conservación, Santiago (Chile), 28 de septiembre de 2016, disponible en línea: http://www.centroderechoconservacion.org/boletines/Boletin-001-DRC-28092016.pdf. Sobre la 'obligación real' ver especialmente: De Los Mozos, José Luis, *La Obligación Real. Aproximación a su Concepto*, en: AA.VV., *Libro-Homenaje a Ramón M. Roca Sastre*, Eds. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1977, T. II, p. 331; Zachariae, *Le Droit Civil Français* (traducción de la 5a ed. Alemana), Ed. Auguste Durand, Paris, 1855, II, n. 345. Sobre el gravamen fideicomisario como obligación real, v. Roca Sastre, Ramón, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1968, 6ª Ed., T. II, pp. 636, 648 y ss.

[68] En línea con lo sostenido anteriormente en cuanto a no reconocer una implicación lógica entre el aspecto positivo o interno (de los derechos) y el aspecto negativo o externo (de las obligaciones) –y considerando además la tradición civil chilena– estimo que los derechos reales en general, y este nuevo derecho real en particular, deben ser entendidos de una manera que integre ambos aspectos. En este sentido, me inclino hacia una posición híbrida más cercana a las ideas de Puig Brutau, Derrupe y Bonet. Ver, por ejemplo: Puig Brutau, José, "Voz: Ius ad rem y Ius in re", en: Mascareñas, Carlos-E.; Pellisé Prats, Buenaventura (Directores), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1968, T. XIII, p. 619, en contraste con las teorías realistas de Savigny o las teorías personalistas de Windscheid, Ferrara y Roguin. Más aún, desde la perspectiva reflexiva presentada en la primera sección de este artículo, se puede entender que estos aspectos internos y externos –así como los distintos haces de derechos y obligaciones que los componen– establecerán distintas relaciones reflexivas con distintas esferas sociales. Desde esta última perspectiva, yo iría más allá de las teorías híbridas, hacia la construcción de una teoría compleja.

[69] Penner, cit. (n. 36), p. 128.

[70] Penner, cit. (n. 36), p. 137.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ha sucedido es que los derechos generales del propietario vinculados a la conservación de su inmueble –a no ser afectado por acciones de terceros– han pasado a ser detentados por el titular del derecho real de conservación. En otras palabras, ya sea que este interés propietario sea protegido por acciones propietarias propiamente tales o por acciones de daños, acá estaríamos simplemente en presencia de un cambio de titular de ciertos derechos o 'haces de derecho', de manera que la 'Obligación in Rem' de los terceros no se habría modificado en términos normativos o sustanciales. Sin embargo, en el futuro la práctica normativa podrá avanzar hacia la creciente consideración de contenidos normativos propios al derecho real de conservación, de modo que el titular de este derecho pueda ejercer derechos que excedan la mera conservación general y ordinaria de todo inmueble y que se genere paulatinamente un contenido normativo que permita argumentar, por ejemplo, que el deber de cuidado de los terceros ha de incluir y alcanzar ciertos aspectos especiales de la conservación de los inmuebles sujetos a un derecho real de conservación.[71]

III. JUSTIFICACIÓN SOCIO-LEGAL

La justificación socio-legal del derecho real de conservación que presentamos acá se refiere fundamentalmente al modo en que esta nueva institución hace posible la interacción entre el sistema legal y otras esferas de la sociedad en relación con los aspectos ambientales de los bienes.[72]

Esta justificación socio-legal se puede entender desde la teoría de la comunicación, particularmente desde la perspectiva del modo en que

[71] Esto, en el ámbito de la responsabilidad por daños, claramente también dirá relación con la forma en que se den o no los requisitos de la responsabilidad extra-contractual. Según PENNER, la responsabilidad extracontractual es esencial en la delineación de la extensión del ´duty in rem´, PENNER, cit. (n. 36), p. 142.

[72] Esta facilitación de la interacción social tiene importancia no solo en cuanto promueve per sé la inclusión de distintas perspectivas observacionales en la construcción de las prácticas sociales sino también en cuanto hace posible la generación de nueva información y conocimiento en un contexto de creciente incertidumbre social y ambiental. Desde una perspectiva más general se puede sostener que el sistema legal de la sociedad post-moderna debe asumir la insuficiencia de la información y el conocimiento disponibles y, por tanto, debe facilitar las prácticas sociales que conduzcan a su desarrollo. Esto produce un ajuste en la función del derecho en orden a enfrentar un cambio de orientación-hacia-el-futuro, aceleración, complejidad e incertidumbre. VESTING, Thomas, "The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (beyond the State)", documento presentado ante el Grupo de trabajo sobre Globalización and Gobernanza Pública, 17-18 marzo de 2000, European University Institute, Florencia, 2000, p. 268, disponible en línea: https://www.jura.uni-frankfurt.de/43748236/The-Network-Economy-as-a-Challenge-to-Create-New-Public-La-205.pdf; UBILLA FUENZALIDA, cit. (n. 12), p. 198.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las estructuras normativas del sistema legal (las comunicaciones legales) interactúan con las observaciones y comunicaciones de otras esferas sociales (por ejemplo, la observaciones científico-ecológicas, las observaciones estéticas, las observaciones comunitarias locales u otras).

A este respecto, el análisis se puede desarrollar en dos etapas: primero, en cuanto a la justificación de la necesitad de *establecer* este nuevo derecho real y, segundo, en cuanto a la justificación de la *forma* de este nuevo derecho real.

Como hemos indicado en la primera sección de este artículo, las consideraciones socio-legales que planteamos acá tienen como punto de partida el reconocimiento de la complejidad de la sociedad contemporánea que resulta de su diferenciación en distintas esferas que no solo observan-construyen lo social en base a distintos criterios de sentido (dimensión social) sino que además observan-construyen lo social en base a distintos horizontes de tiempo (dimensión temporal).[73]

En este contexto, la justificación del establecimiento del derecho real de conservación se encuentra en la necesidad de incluir en el derecho de bienes aquellos aspectos intangibles de los mismos que son observados y valorados por distintas esferas sociales, sin restringirse a aquellas observaciones de la economía tradicional. Con esto estamos desde ya indicando que el interés privado puede derivar de esferas sociales que incluyen pero exceden lo económico, y que las diversas observaciones sociales a su vez pueden producir reflexivamente nuevas observaciones económicas. Pero no solamente eso, también es importante entender la reflexividad desde la dimensión temporal, pues las diversas esferas plantean distintos horizontes de tiempo –y velocidades–respecto de los elementos intangibles de los bienes.[74] Esto es especialmente relevante cuando se observan, por ejemplo, los desfases temporales entre las observaciones económicas, por un lado, y las observaciones ecológicas o culturales, por otro lado.

Como hemos explicado antes, la reflexividad social del derecho real de conservación permite aumentar las posibilidades de interacción reflexiva entre

[73] LUHMANN, Niklas, "The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society", *Social Research*, 1976, 43, pp.130-152; LUHMANN, cit. (n. 8), p.78.

[74] A este respecto he sostenido que la colonización –o expansión destructiva– de ciertas esferas sociales, también puede tener lugar invisiblemente por medio de lo que he denominado la 'colonización a través del tiempo' ('colonization through time') que puede operar, por ejemplo, por medio de la imposición de velocidades aceleradas en esferas sociales donde la estructura de la comunicación y las prácticas sociales se sustentan en velocidades reducidas: UBILLA FUENZALIDA, cit. (n. 12), pp. 97 y ss.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el sistema legal y las demás esferas sociales y con ello reducir las probabilidades de que ciertas esferas sociales tomen posiciones de predominancia sobre otras.[75] Pero no solamente esto, la reflexividad social también hace más probable el surgimiento o el enriquecimiento del 'dominio social', esto es, de 'espacios transicionales' compartidos entre esferas sociales, lo cual se relaciona con el surgimiento de nuevas prácticas sociales y nuevas formas de cooperación.[76]

Ahora bien, la justificación socio-legal del derecho real de conservación puede también ser analizada desde la perspectiva de los principios normativos del derecho de bienes del Código Civil y, particularmente, desde la perspectiva del principio del *numerus clausus*.[77] Más aún, parece relevante analizar la creación de un nuevo derecho real en el sistema legal a la luz de los criterios normativos que subyacen a este último principio pues éste justamente envuelve una limitación a la creación convencional de nuevos derechos reales.

No existe acuerdo respecto al origen y fundamentos del principio en cuestión, pero la opinión que prevalece recientemente es que fue establecido al

[75] Luhmann, Niklas, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", en Teubner, Günther (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit. (n. 3), p. 123. Es justamente acá donde se encuentra el sustento normativo de las propuestas del derecho reflexivo, las que también se basan en la protección de la libertad, es decir, la protección de la libre interacción entre las observaciones de las diversas esferas sociales de modo que ninguna de ellas tome una posición privilegiada. Ver además los comentarios incluidos en nuestra nota 60.

[76] A este respecto, he propuesto utilizar la noción de 'dominio social' de Peter Hejl así como la noción de 'espacios transicionales' de Zenon Bankowsky. Es en este dominio social donde también sostengo se produce la intersección e integración reflexiva entre los aspectos individuales y colectivos del interés. Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12), p. 199 y siguientes. Ver también: Hejl, Peter M., "Towards a Theory of Social Systems: Self-organization and self-maintenance, self-reference and syn-reference", en: Ulrich, H.; Probst, B. (Editores) *Self-organization and management of social systems: Promises, doubts and questions,* Springer-Verlag, Berlin, pp. 60-78, disponible en línea: http://cepa.info/2809; Bankowski, Zenon; Del Mar, Maksymilian, "Images of Borders and the Politics and Legality of Identity", en: Nobles, Richard; Schiff, David (Coords.), *Law, Society and Community, Socio-Legal. Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2014, pp. 61-78, Part. 1, Nº 3.

[77] Como es sabido y generalmente aceptado, el sistema de los derechos reales en el derecho moderno se reguló o desarrolló como un listado limitado de instituciones propietarias, a lo cual se ha llamado el principio del *numerus clausus*. Existe acuerdo general de que este principio existe tanto en la tradición del derecho anglosajón como en la tradición civil. V. Dorfman, Avijai, "Property and Collective Undertaking. The Principle of Numerus Clausus", *University of Toronto Law Journal,* 2011, 61, pp. 520 ss.; Akkermans, Bram, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law,* Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, 657 pp.; Merril W., Thomas; Smith, Henry, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal,* 2000, 110 Nº. 1, pp. 1-75.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tiempo de la codificación.[78-79] La mayoría de las opiniones sobre el fundamento de este principio se inclinan por razones generales como la seguridad jurídica, la coherencia informacional y operacional.[80] Otras visiones se focalizan en los costos de transacción (costes de medición, estandarización e información),[81] o en la evitación de fragmentación excesiva o tragedia de los anti-comunes.[82] Otras visiones se concentran en ideas relativas al poder político y su legitimación, con lo cual se sostiene que los poderes normativos sobre los bienes debieran ser materia de regulación legislativa.[83]

Todas estas consideraciones se vinculan con lo que estimo es una relación directa entre el sistema de derechos reales moderno y la diferenciación social de la modernidad. Así la diferenciación entre política y derecho se manifiesta en la transformación del poder político en poder legal y en este contexto los derechos reales aparecen como formas legales de ese poder en el ámbito de los bienes.[84] Explicado desde otra perspectiva, se puede sostener que las características del sistema de los derechos reales se relacionan con la separación entre el *imperium* político y el *dominium* legal,[85] lo cual es asimismo manifestación de la oposición entre Estado e individuo. Es en este contexto de la diferenciación entre derecho y política que la noción de *derecho subjetivo*

[78] Akkermans, cit. (n. 77), p. 405. De acuerdo a este autor, la idea de un listado limitado solo apareció al tiempo de la codificación, aun cuando antes de este tiempo ya existían categorizaciones y clasificaciones, siendo la primera de éstas la del post-glosador Baldo de Ubaldi (1327-1400), quien llamó a estos derechos por primera vez *iura realia*.

[79] En el caso del derecho anglosajón no hay una opinión clara (Merril y Smith, cit. (n. 77), p.12). Sin embargo, la lista actual de estos derechos parece haberse estabilizado alrededor del mismo periodo del surgimiento del Estado moderno, y con ello el surgimiento de este principio aparece también ligado a la diferenciación funcional de la sociedad.

[80] Por ejemplo, Rudden, citado por Akkermans, se inclina por 4 tipo de razones: certeza, publicidad, consentimiento implícito, y el riesgo de la pirámide de derechos contradictorios. Rudden, Bernard, "Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem", en: Eekelaar, John; Bell, John (Editores), *Oxford Essays in Jurisprudence: Third Series*, Clarendon Press, Oxford, 1987. pp. 239-263.

[81] Merril y Smith, cit. (n. 77), p. 24; Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 4.

[82] Heller, Michael, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, Basic Books, New York, 2010, 288 pp.

[83] Dorfman, cit. (n. 77), p. 468.

[84] Luhmann, Niklas, "El Origen de la Propiedad y su Legitimación: Un Recuento Histórico" [Der Ursprung Des Eigentums Und Seine Legitimation], *Revista MAD - Universidad de Chile*, 2015, 33, p. 10; Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12). La codificación se propuso establecer un sistema abstracto, general y universal de derechos reales, que estuviera desarraigado de estructuras societales estratificadas y fragmentadas, y que evitara el regreso o reconstitución de tales relaciones de poder de la sociedad medieval.

[85] Luhmann, cit. (n. 8), p. 10.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se torna relevante en la tradición civil. Sin importar cuál se entienda es el origen de esta noción[86] la idea de *ius* como *potestas*, *facultas* or *potentia* se transformó en una estructura legal central en el contexto de la separación entre Estado e individuo y, por tanto, en una estructura central en el contexto de la diferenciación entre derecho y política. Es en base a estas consideraciones que estimo que los derechos reales son al mismo tiempo una forma de diseminación del poder y un mecanismo central de la interacción –acoplamiento estructural– entre derecho y política. Esto nos provee de las bases políticas para entender el sistema de los derechos reales y sus principios, y particularmente el principio del *numerus clausus*.

Por otra parte, el desarrollo del sistema moderno de los derechos reales se relaciona directamente con la *diferenciación del sistema económico* que a través de su autonomización presionó al sistema legal a ajustar sus mecanismos legales a los requerimientos de la economía del dinero[87] en orden a facilitar la alta movilidad de la riqueza.[88]

En este contexto, entonces, ¿cómo se entiende y justifica la creación del derecho real de conservación?

Desde la perspectiva política este nuevo derecho es una forma legal que hace posible la diseminación del poder a otras esferas de la sociedad, puesto que permite que diversos discursos sociales puedan comunicar sus observaciones respecto del valor de los intangibles ambientales dentro del sistema del derecho de bienes. Si los derechos reales tradicionales – a través del *ius utendi, ius fruendi* y *ius abutendi*– permitían la interacción del derecho de bienes con las observaciones del sistema económico, el derecho real de conservación –a través del *ius conservandi*– permite la interacción del derecho de bienes con observaciones de otras esferas como la ecológica, la estética, la comunitaria, la moral, la espiritual, etc.

Sin embargo, esto no se refiere solo a la diseminación del poder a otras esferas sociales, sino a la facilitación de *nuevas dinámicas de interacción de poder*. Este nuevo derecho real permitiría la interacción –y comunicación–

[86] Según Villey habría sido originada por William of Ockam: VILLEY, Michel, *Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, EDEVAL, Valparaíso, 1976, p. 169. De acuerdo a Guzmán Brito el término 'derecho subjetivo' fue primeramente utilizado por George Darjes en su libro *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, 1745; en GUZMÁN, cit. (n. 52), p. 434.

[87] LUHMANN, cit. (n. 8), p. 14.

[88] LUHMANN, cit. (n. 10), p. 387. Luhmann estima que el sistema que más directamente influye o determina la forma de los derechos reales es el sistema económico que opera binariamente en base a la propiedad. Ver también: LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, Universidad Iberoamericana, México, 2007, p. 598.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reflexiva entre las distintas esferas sociales. A esto se refiere la *naturaleza reflexiva* de este derecho, la que se vincula con el desarrollo de nuevos modelos de interacción social, desde dinámicas individualistas donde predominan la exclusión, conductas estratégicas y no-cooperativas a prácticas comunitarias o sociales de integración y cooperación.[89]

La facilitación de estas nuevas dinámicas de interacción de poder se torna evidente si se entiende que sobre un mismo inmueble se podrán constituir distintos derechos reales de conservación respecto a distintos atributos o funciones del patrimonio ambiental del mismo.[90] Esto también se orienta a facilitar y promover procesos de comunicación y cooperación que hagan posible el surgimiento de nueva información y conocimiento.[91]

Ahora bien, considerado desde la perspectiva económica, el derecho real de conservación es, en términos generales y en términos económicos tradicionales, un mecanismo que facilita la asignación eficiente de bienes y atributos de los bienes.[92] En este sentido, permite y promueve una mayor movilidad de riqueza específica. La creación de este nuevo derecho real respondería al principio económico general en virtud del cual la creciente escasez o el creciente valor de ciertos activos o atributos hace surgir nuevos derechos reales.[93]

Sin embargo, desde una perspectiva sociológica, y particularmente desde la perspectiva de la interacción reflexiva entre esferas sociales, lo que es relevante es que a través de tal interacción el sistema económico en sí mismo

[89] Luhmann, cit. (n. 8), p. 94. Desde otra perspectiva, Ostrom, Elinor; Walker, James M., *Communication in a Commons: Cooperation without External Enforcement. Workshop in Political Theory & Policy Analysis*, Indiana University, Indiana, 1989, 53 pp.; disponible en línea: http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/233/EOCC89AA.pdf?sequence=1.

[90] Esta ha sido justamente una de las razones que se tuvo en consideración al tiempo de la proposición de la definición de este derecho real que incluyó explícitamente la referencia a atributos y funciones. V. Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 67).

[91] Esto dice relación además con el hecho de que la crisis de conservación de biodiversidad es al mismo tiempo una crisis de información o de ausencia de información (V. Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente (UNEP), *Convención sobre Diversidad Biológica*, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, *preámbulo*, y artículos 17 y 18, disponibles en línea: https://www.cbd.int/convention/text/default.shtml; Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente (UNEP), *Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y Metas* AICHI *para la Diversidad Biológica*, Naciones Unidas, Nagoya, 2010, p. 11 -meta Nº19). Pero esto no solo se relaciona con los desafíos de la conservación de biodiversidad sino que en general con los desafíos de la vida urbana post-industrial donde la complejidad de factores sociales genera necesidades adicionales de desarrollo y procesamiento de información.

[92] Barzel, cit. (n. 81), p. 9.

[93] North, Douglas C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 51; Barzel, cit. (n. 81).

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se tornará más reflexivo a otras esferas sociales. Esto porque el derecho real de conservación permite la delineación y valoración de nuevos activos o atributos[94] (ej. servicios eco-sistémicos) que se originan en observaciones de otras esferas sociales. En este sentido el derecho real de conservación permitirá la creación de nueva riqueza o capital natural, y hará posible el desarrollo de nuevos sectores de la economía, la economía del capital natural.[95] Esto es justamente lo que se tuvo en consideración en el proceso legislativo para entender que la creación o establecimiento de este nuevo derecho real es consistente con el principio de la promoción de la circulación de la riqueza del Código Civil.[96-97]

Ahora, en segundo lugar, revisaremos la justificación socio-legal de la *forma* del derecho real de conservación –que como veremos está íntimamente ligada a la justificación del *establecimiento* de este derecho–. En relación con esto la referencia fundamental es al elemento central de esta institución: la facultad de conservar o *ius conservandi*.[98] Es esta facultad la que le otorga el carácter activo a este derecho, y por ello explicaremos a continuación la relevancia socio-legal del carácter activo del derecho real de conservación.

Digamos primeramente que las categorías analíticas tradicionales, y particularmente aquellas desarrolladas por Hohfeld, no proveen criterios para distinguir debidamente entre derechos como el usufructo y las servidumbres, pues tales categorías nos conducen a asimilar la estructura de ambos tipos de derechos reales bajo la noción de derechos y obligaciones (claims – duties).[99]

Si desarrollamos un análisis socio-legal que no solo tome la perspectiva interna del sistema legal –de la teoría legal o de la doctrina civil tradicional– sino además la perspectiva externa de la interacción entre derecho y otras esferas sociales se podrá observar una diferencia relevante entre los mencionados derechos reales que redundará en una distinción entre derechos reales activos,

[94] Barzel, cit. (n. 81), p. 103.

[95] Hawken, Lovins, y Lovins, cit. (n. 20); Brink, Patrick; Mazza, Leonardo; Badura, Tomas; Kettunen, Marianne; Withana, Sirini; *Nature and Its Role in the Transition to a Green Economy*, Institute for European Environmental Policy (IEEP), Londres-Bruselas, 2012, 72 pp. (60 pp.).

[96] Ver especialmente la sección 26 del Mensaje del *Código Civil de Chile* de 1855. Ver a este respecto las consideraciones de las propuestas de indicaciones en Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 67).

[97] Más aún, fueron estas mismas consideraciones las que se argumentaron y tuvieron en cuenta para establecer la posibilidad de acordar este nuevo derecho real por un plazo indefinido. Es decir, la creación de nueva riqueza permitió entender que este era un derecho real activo al cual el principio de prohibición de restricciones perpetuas no le era aplicable. V. Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 67) y Senado de Chile, cit. (n. 62).

[98] Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 67).

[99] Ubilla Fuenzalida, cit. (n. 12).

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

principales o positivos y derechos reales pasivos, restrictivos o negativos.[100]

En concreto, un análisis socio-legal nos permitirá observar que dentro de los derechos reales tradicionales el usufructo –y el dominio– pueden entenderse como derechos activos o principales en cuanto reflejan valoraciones activas (desde la esfera económica); y que las servidumbres o gravámenes pueden entenderse como derechos pasivos o restrictivos en cuanto reflejan reducciones o restricciones de valor (desde la esfera económica).

Pero cabe preguntarse: ¿cómo se refleja esto en la forma de estos distintos derechos y qué implicancias tiene?

Es acá donde la teoría social nos permite ir más allá. Particularmente si aplicamos la teoría de la observación y comunicación de Niklas Luhmann,[101] y la teoría de la forma de Spencer-Brown.[102] Primeramente, cabe notar y reconocer que a nivel operacional –observación de primer grado– existen derechos y obligaciones en ambos casos. Es solo cuando existe una observación de segundo grado, que a su vez observa, describe o tipifica esos derechos y obligaciones en su conjunto, que la forma de estos derechos reales puede ser diferenciada. Lo más importante es entender que la *distinción utilizada* en la observación de segundo grado para tipificar derechos reales es la distinción *´haces de derechos del titular / obligaciones o restricciones del propietario´*, y que en el caso del usufructo y el derecho real de conservación la tipificación de segundo grado pone acento en –o indica– el lado activo de la distinción, y en el caso de la servidumbre la observación de segundo grado pone acento –o indica- el lado pasivo de la distinción. La diferencia entre estas tipificaciones se manifiesta en la *forma* de estos derechos reales pues en un caso se utilizarán las 'facultades' –como conjuntos de haces de derechos– y en el otro se utilizarán obligaciones, restricciones o gravámenes. Es decir, toda vez que se está utilizando una 'facultad' para *definir* un derecho se estará indicando –a nivel de segundo grado– el lado activo de la distinción. Y toda vez que se está utilizando la noción de gravamen o restricción para *definir* un derecho se estará indicando –a nivel de segundo grado– el lado pasivo de la distinción. En otras palabras, la forma tiene

[100] Esta distinción, en el sentido desarrollado acá, no ha sido planteada en la doctrina civil tradicional. V. a modo ejemplar las distinciones tradicionales en: Diez Picazo, Luis, *Sistema de Derecho Civil: Volumen III - Derechos Reales en General*, Tecnos, Madrid, 2012, 8ª Ed., T. I, 336 pp.; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1955, T. I, Vol. 2, 813 pp.; Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. De los bienes. Primer Año, Tomo II*, Ed. Zamorano y Caperán, Santiago, 1937, 330 pp.

[101] Luhmann, cit. (n. 88), p. 78.

[102] Spencer-Brown, George, *Laws of Form*, Cognizer Co., Portland (Oregon), 1994 (Reimpresión 1979), 251 p.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

un lado activo y un lado pasivo, y la forma queda tipificada dependiendo de qué lado es indicado: el lado activo o el lado pasivo.[103] Por lo tanto, sostengo que es la observación de segundo grado la que tipifica un conjunto de haces determinado como 'derecho activo' o como 'restricción o gravamen'. Más aún, cuando nos referimos a un derecho activo (i.e. usufructo), pero lo observamos nuevamente desde la perspectiva del derecho de dominio (observación de tercer grado), entonces podremos advertir que estamos en presencia de una *limitación al dominio*, pero esta observación no viene a definir la forma de este derecho –que queda *definida* como derecho activo por la observación de segundo grado– sino que viene simplemente a *caracterizar* ese derecho. De manera más simple uno podría sostener que la observación de segundo grado corresponde a la "definición" del derecho, y la observación de primer grado corresponde a los "efectos" del derecho. Por otra parte, la "caracterización" de un derecho puede ser considerada una observación de tercer grado.

Pero volvamos a analizar la importancia de estas apreciaciones desde la perspectiva socio-legal o de la *comunicación social*. Si consideráramos, a modo de ejemplo, un caso en que el interés relevante fuera la conservación de la belleza escénica o el paisaje, la utilización de un derecho real pasivo o restrictivo (ej. una servidumbre) involucraría transformar o traducir esa comunicación social que indica un valor estético positivo de un inmueble en una estructura normativa que indicaría el valor negativo de la reducción de valor (restricción del valor económico tradicional del inmueble gravado). Por el contrario, si para el mismo caso utilizáramos un derecho real activo esto involucraría representar ese valor estético positivo en una estructura normativa que indicaría el valor positivo correspondiente (i.e. el valor de la apreciación estética del inmueble gravado).[104]

Traducido en términos de reflexividad social, la forma de la servidumbre aparece determinada por las observaciones de la esfera económica tradicional y, por lo tanto, es solamente reflexiva a ese discurso. Por el contrario, el derecho real de conservación, por medio de la 'facultad de conservar', es un derecho activo que representa adecuadamente las observaciones de otros discursos sociales y por tanto es una forma reflexiva a tales discursos.[105]

[103] LUHMANN, cit. (n. 32), p. 31.

[104] Esto se podría explicar o analizar desde distintas perspectivas teóricas. Yo lo he explicado en otro lugar y en mayor detalle aplicando la distinción Luhmaniana entre *información/acto de habla/entendimiento* (que constituyen a la comunicación social), demostrando que los gravámenes o restricciones cambian la polaridad binaria de la observación de las otras esferas sociales. V. UBILLA FUENZALIDA, cit. (n. 12).

[105] Esto también tendrá consecuencias desde la perspectiva económica y contable, pues los derechos

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este análisis socio-legal, y el análisis de la forma de las instituciones que de él resulta, ha sido generalmente obviado o desconocido por las teorías tradicionales de los derechos reales y del derecho de propiedad que solamente toman la perspectiva interna de las prácticas del sistema legal. Esto ha implicado, en primer lugar, que estas teorías tradicionales no consideren la interacción entre el sistema legal y el entorno social para efectos de proponer o argumentar en favor de -o para guiar la selección de- una forma determinada de derecho. Así por ejemplo Penner sostiene de manera muy simple y general que la selección entre distintas formas de derecho (por ejemplo: derecho subjetivo, obligación, poder o inmunidad) depende de la manera en que el correspondiente interés sea más apropiadamente protegido.[106] Asimismo, y en segundo lugar, estas teorías tradicionales parecen estimar que los derechos reales son –o podrán ser transformados en– socialmente inclusivos o socialmente reflexivos simplemente por medio de la utilización de limitaciones, obligaciones, restricciones o gravámenes.[107]

Todo esto nos permite concluir que la justificación socio-legal del establecimiento del derecho real de conservación confluye con la justificación socio-legal de su forma, pues la interacción entre el sistema legal y las demás esferas sociales justamente se hace posible por medio de la forma reflexiva del derecho real de conservación.

IV. COMENTARIOS FINALES

En el presente artículo hemos querido enfatizar que en la historia de la ley y en las investigaciones legales que condujeron a establecer esta nueva institución, se consideraron no sólo razones normativas tradicionales sino también razones socio-legales.

El derecho real de conservación provee un mecanismo jurídico privado para construir entramados más complejos de relaciones sociales en relación

reales pasivos o restrictivos no son generalmente registrados como activos contables autónomos y en caso de serlo su valoración normalmente se restringe a los pagos realizados. Por el contrario, los derechos reales activos o principales son registrados contablemente de manera autónoma y quedan generalmente sujetos a valorizaciones vinculadas a los bienes o atributos subyacentes, y por tanto son re-valorizados en el tiempo en relación con las valorizaciones crecientes de tales bienes o atributos subyacentes.

[106] PENNER, cit. (n. 36), pp. 55, 56.

[107] Sin embargo, como hemos visto, la utilización de estas formas legales trastoca el contenido comunicacional (la polaridad binaria) de las observaciones de otras esferas sociales. UBILLA FUENZALIDA, cit. (n. 12), p. 207.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a aspectos intangibles de los bienes que se están tornando crecientemente escasos y relevantes.

Por lo tanto, el desafío será lograr un mejor entendimiento de las diversas maneras de utilizar esta forma legal con el objeto de generar, al mismo tiempo, mayor valor inmobiliario, ambiental y social.

En este sentido cabe observar que serán cada vez más comunes los casos en que –contra la intuición tradicional– la conservación del patrimonio ambiental de un inmueble o de sus atributos o funciones beneficiará, al mismo tiempo, tanto al titular de este nuevo derecho como al propietario del inmueble correspondiente –y a la sociedad en general–.

Todo esto me permite concluir que este nuevo derecho real deja al individuo frente al desafío de crear nuevas formas de relacionamiento y nuevas formas de generar valor. En términos sociológicos, el individuo queda en el centro de la complejidad y la contingencia, y en ese contexto podemos decir que ve indisolublemente ligadas su libertad con su responsabilidad.[108]

BIBLIOGRAFÍA

Akkermans, Bram, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law,* Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, 657 pp.

Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. De los bienes. Primer Año, Tomo II*, Ed. Zamorano y Caperán, Santiago, 1937, 330 pp.

Bankowski, Zenon; Del Mar, Maksymilian, "Images of Borders and the Politics and Legality of Identity", en: Nobles, Richard; Schiff, David (Coords.), *Law, Society and Community, Socio-Legal. Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2014, pp. 61-78.

Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, 176 pp.

Bauman, Zygmunt, *Postmodern Ethics*, Wiley-Blackwell, Oxford, 1993, 1ª edición, 262 pp.

Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, 213 p.

Brink, Patrick; Mazza, Leonardo; Badura, Tomas; Kettunen, Marianne; Withana, Sirini; *Nature and Its Role in the Transition to a Green Economy*,

[108] En este sentido, véase a Paterson, John, "The Fact of Values" [Das Faktische Der Werte], *Soziale Systeme*, 2008, 14, 1, pp. 68-82.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Institute for European Environmental Policy (IEEP), Londres-Bruselas, 2012, 72 pp. (60 pp).

Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral,* Reus, Madrid, 1955, T. I, Vol. 2, 813 pp.

Cogliolo, Pietro, *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto Privado,* Fratelli Bocca, Turín, 1885, 138 pp.

Dagan, Hanoch, "The Limited Autonomy of Private Law", *American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, pp. 809-834.

De Los Mozos, José Luis, *La Obligación Real. Aproximación a su Concepto*, en: AA.VV., *Libro-Homenaje a Ramón M. Roca Sastre*, Eds. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1977, T. II, pp. 331 ss.

De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense: Law Globalization and Emancipation*, Butterworks, Londres, 2003, 564 pp.

Diez Picazo, Luis, *Sistema de Derecho Civil: Volumen III - Derechos Reales en General*, Tecnos, Madrid, 2012, 8ª Ed., T. I, 336 pp.

Dorfman, Avijai, "Property and Collective Undertaking. The Principle of Numerus Clausus", *University of Toronto Law Journal,* 2011, 61, pp. 467-520.

Guzmán Brito, Alejandro, "Historia de la Denominación Derecho-Facultad como Subjetivo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso, Chile), 2003, XXV, pp. 407-443.

Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action,* Volume 1: *Reason and the Rationalization of Society* (trad. Thomas McCarthy), Beacon Press, Boston, 1985, 465 pp.

Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action,* Volume 2: *Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason* (trad. Thomas McCarthy), Beacon Press, Boston, 1985, 457 pp.

Habermas, Jürgen, "Law as Medium and Law as Institution", en: Teubner, G. (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, European University Institute - Series A, Nº 3, Eds. W. de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 203-220.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy,* MIT Press, Cambridge, Mass., 1998, 675 pp.

Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, Oxford, 1961, 3a edición, 2012, 380 pp.

Hart, Herbert L.A., "Are There Any Natural Rights?", en: Waldron, Jeremy (Editor), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 77-90.

Hawken, Paul; Lovins, Amory; Lovins, L. Hunter, *Natural Capitalism: Creating the Next Industrial Revolution*, Back Bay Books, Boston, 2000, 396 pp.

Hejl, Peter M., "Towards a Theory of Social Systems: Self-organization

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

and self-maintenance, self-reference and syn-reference", en: Ulrich, H.; Probst, B. (Editores) *Self-organization and management of social systems: Promises, doubts and questions,* Springer-Verlag, Berlin, pp. 60-78, disponible en línea: http://cepa.info/2809.

HELLER, Michael, *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, Basic Books, New York, 2010, 288 pp.

HOHFELD, Wesley Newcomb, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1917, 26, pp. 710-770.

HOROWITZ, Morton J., "The History of the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, 130, 6, pp. 1423-1428.

KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals* [1785], Cambridge University Press, Cambridge, 1991, 130 pp.

KATZ, Larissa M., "Exclusion and Exclusivity in Property Law", Legal Studies Research Paper Series Nº. 08-02, Universidad de Toronto, abril 1, 2008, 67 pp., disponible en línea: https://ssrn.com/abstract=1126674 .

KENNEDY, David, "Background Noise? The Underlying Politics of Global Governance", *Harvard International Law Review*, 1999, 3, pp. 52-85.

LUHMANN, Niklas, "The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society", *Social Research*, 1976, 43, pp.130-152.

LUHMANN, Niklas, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", en Teubner, Günther (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State,* W. de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 111-127.

LUHMANN, Niklas, *Social Systems*, Stanford University Press, Stanford, 1995, 627 pp.

LUHMANN, Niklas, *Art as a Social System*, Stanford University Press, Stanford, 2000, 424 pp.

LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 512 pp.

LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Herder, Universidad Iberoamericana, México, 2007, 954 pp.

LUHMANN, Niklas, "El Origen de la Propiedad y su Legitimación: Un Recuento Histórico" [Der Ursprung Des Eigentums Und Seine Legitimation], *Revista MAD - Universidad de Chile*, 2015, 33, p. 1-17.

LYOTARD, Jean Francois, *The Differend: Phrases in Dispute*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988, 208 pp.

MERRIL W., Thomas; SMITH, Henry, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal,* 2000, 110 Nº. 1, pp. 1-75.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

MICHELON, Claudio, "The Public, the Private and the Law", en: Mac-Amhlaigh, Cormac; Michelon, Claudio; Walker, Neil (Editores), *After Public Law*, Oxford Constitutional Theory, Edinburgo, 2013, pp. 83-102.

NORTH, Douglas C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, 152 pp.

OSTROM, Elinor; WALKER, James M., *Communication in a Commons: Cooperation without External Enforcement. Workshop in Political Theory & Policy Analysis*, Indiana University, Indiana, 1989, 53 pp; disponible en línea: http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/233/EOCC89AA.pdf?sequence=1.

PARSONS, Talcott, *The Social System,* Routledge, Londres, 1991 (nueva impresión de la 1ª edición), 575 pp.

PATERSON, John, "The Fact of Values" [Das Faktische Der Werte], *Soziale Systeme*, 2008, 14, 1, pp. 68-82.

PENNER, James, *The Idea of Property in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 240 pp.

POLANYI, Karl, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 1957, 315 pp.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIOAMBIENTE (UNEP), *Convención sobre Diversidad Biológica*, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, *preámbulo*, y artículos 17 y 18, disponibles en línea: https://www.cbd.int/convention/text/default.shtml.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIOAMBIENTE (UNEP), *Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y Metas* AICHI *para la Diversidad Biológica*, Naciones Unidas, Nagoya, 2010.

PUIG BRUTAU, José, "Voz: Ius ad rem y Ius in re", en: Mascareñas, Carlos-E.; Pellisé Prats, Buenaventura (Directores), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1968, T. XIII [980 pp.], p. 619.

RAZ, Joseph, "Legal Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, 4, pp. 1-21.

RAZ, Joseph, "On the Nature of Rights", *Mind* [Oxford], 1984, 93, pp. 194-214.

RAZ, Joseph, *The morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp.407-412.

RIGAUD, Luis, *El Derecho Real. Historia y Teorías. Su origen institucional*, Traducción de JR. Xirau, Reus, Madrid, 1928, 342 pp.

ROCA SASTRE, Ramón, *Derecho Hipotecario,* Bosch, Barcelona, 1968, 6ª Ed., T. II, 931 pp.

RUDDEN, Bernard, "Economic Theory v. Property Law: The Numerus

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Clausus Problem", en: Eekelaar, John; Bell, John (Editores), *Oxford Essays in Jurisprudence: Third Series*, Clarendon Press, Oxford, 1987. pp. 239-263.

SENADO DE CHILE, "Segundo Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el derecho real de conservación" (Boletín N° 5.823-07, 2015), en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Editor), *Historia de la Ley nº 20.930*, BCN, Santiago, 2016, disponible en línea: http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5077/.

SIMMEL, Georg, *Simmel on Culture: Selected Writings*, SAGE Publications Ltd., Londres, 1997, 302 pp.

SIMMONDS, Nigel, "The Possibility of Private Law", en: Tasioulas, John (Editor), *Law, Values and Social Practices*, Aldershot, Dartmouth, 1997, 239 pp.

SIMMONDS, Nigel E., "Rights at the Cutting Edge", en Kramer, M.H.; Simmonds, N.E.; Steiner, Hillel (eds), *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 218 ss.

SPENCER-BROWN, George, *Laws of Form*, Cognizer Co., Portland (Oregon), 1994 (Reimpresión 1979), 251 pp.

TAMANAHA, Brian Z., "The Internal/External Distinction and the Notion of a ´Practice´ in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law and Society Review*, 1996, Vol.30, Nº 1, pp. 163-204.

TAMANAHA, Brian Z., "A Socio-legal Methodology for the Internal/External Distinction: Jurisprudential Implications", *Fordham Law Review*, 2006, Vol.75, 3, pp. 1255-1274.

TAYLOR, Charles, "Modern Social Imaginaries", *Duke University Press*, 2004, 215 p.

TEUBNER, Günther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review,* 1983, 17, 2, pp. 239-285.

TEUBNER, Günther, "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, 12, Nº 4 (Nov), pp. 375-400.

TEUBNER, Günther, "After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law", *Current Legal Problems*, 1998, 51, pp. 393-424.

TEUBNER, Günther, "Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law", *Social & Legal Studies*, 2000, 9, Nº 3, pp. 399-417.

TEUBNER, Günther, "State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan", *The American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, 3 (Special Symposium Issue: "Beyond the State: Rethinking Private Law"), pp. 835-843.

TEUBNER, Günther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 275 pp.

Artículo: El derecho real de conservación justificación normativa y sociolegal
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Jaime Ubilla Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

TURNER, Bryan S. (Editor), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Routledge, New York, 2009, 1ª edición, 524 pp.

UBILLA FUENZALIDA, Jaime, "La Conservación Privada de Biodiversidad y el Derecho Real de Conservación", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile*, 2003, Nº 1, pp. 72.

UBILLA FUENZALIDA, Jaime, *Propuesta de Indicaciones al Proyecto de Ley del Derecho Real de Conservación*, Centro de Derecho de Conservación, Santiago (Chile), 9 de junio, 2014, disponible en línea: http://www.centroderechoconservacion.org/documentos/indicaciones-proyecto-derecho-real-de-conservacion-06092014.pdf.

UBILLA FUENZALIDA, Jaime, "Reflexive Law and Reflexive Property Rights", Tesis Doctoral, Universidad de Edimburgo, Publicada en el repositorio de la biblioteca de la Universidad de Edimburgo, 2016.

UBILLA FUENZALIDA, Jaime, *El Derecho Real de Conservación: Naturaleza Jurídica y Noción de Gravamen*, Boletín del Centro de Derecho de Conservación, Santiago (Chile), 28 de septiembre de 2016, disponible en línea: http://www.centroderechoconservacion.org/boletines/Boletin-001-DRC-28092016.pdf.

VESTING, Thomas, "The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (beyond the State)", documento presentado ante el *Grupo de trabajo sobre Globalización and Gobernanza Pública*, 17-18 marzo de 2000, European University Institute, Florencia, 2000, p. 268, disponible en línea: https://www.jura.uni-frankfurt.de/43748236/The-Network-Economy-as-a-Challenge-to-Create-New-Public-La-205.pdf.

VILLEY, Michel, *Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, EDEVAL, Valparaíso, 1976, 248 pp.

WALDRON, Jeremy, *The Right of Private Property*, Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1988, 480 pp.

WEBER, Max, *Economy and Society* (Günther Roth, Claus Wittich, eds.), University of California Press, Berkeley, 1978, 750 [640] pp.

WILLKE, Helmut, "Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program", en: Teubner, Günther (Coord.), *Dilemmas of Law in the Welfare State,* W. de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 280-298.

WINCH, Peter, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* [1958], Routledge Classic Series, Londres, 2008, xxix + 136 pp.

WOLFF, Kurt H., *The Sociology of Georg Simmel,* Nabu Press, New York, 2011, 520 pp.

ZACHARIAE, *Le Droit Civil Français* (traducción de la 5a ed. Alemana), Ed. Auguste Durand, Paris, 1855, T. II, 466 pp.