



Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV):

PLANTEAMIENTOS INICIALES SOBRE LOS DERECHOS DEL CARBONO FORESTAL EN CHILE





Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV):

PLANTEAMIENTOS INICIALES SOBRE LOS DERECHOS DEL CARBONO FORESTAL EN CHILE

Autores:

Juan Andrés Torrealba M.

Abogado, Sud-Austral Consulting SpA.

Angelo Sartori R.

Ingeniero Forestal, Master en Administración y Negocios (MBA) y Diplomado en Gestión Sostenible. Gerencia de Desarrollo y Fomento Forestal (GEDEFF), CONAF.

Patricio Emanuelli A.

Ingeniero Forestal, Sud-Austral Consulting SpA.

Guido Aguilera B.

Ingeniero Forestal, Magister en Economía y Gestión Regional. Encargado Nacional Asuntos Sociales e Indígenas, Dirección Ejecutiva, CONAF.

Octubre 2014, Santiago-Chile

Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV):

PLANTEAMIENTOS INICIALES SOBRE LOS
DERECHOS DEL CARBONO FORESTAL EN CHILE

Santiago, octubre 2014

ISBN: 978-956-7669-47-9

Corporación Nacional Forestal-CONAF
Gerencia de Desarrollo y Fomento Forestal - GEDEFF
Unidad de Cambio Climático y Servicios Ambientales

Secretaría de Comunicaciones -CONAF
Diseño: M. Isabel Campodonico Lucic
Fotografía: Guy Wenborne

CONTENIDO

ACRONIMOS	5
INTRODUCCIÓN	7
LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CAMBIO CLIMÁTICO Y RECURSOS VEGETACIONALES (ENCCRV)	8
LOS ESTÁNDARES Y MARCOS INTERNACIONALES ASOCIADOS A LA ENCCRV	9
LOS DESAFÍOS DE LA ENCCRV.....	10
1. La Tenencia de la Tierra	10
1.1 Derecho de Propiedad en Chile	12
2. La propiedad del Carbono	13
2.1 Carbono Forestal	13
2.2 Carbono y Propiedad	15
2.2.1 Carbono como cosa corporal	16
2.2.2 Carbono como cosa incorporal	17
2.2.3 Carbono v/s Bono de Carbono	18
2.2.4 Titular del Derecho de propiedad del carbono	20
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	26

ACRONIMOS

BID:	Banco Interamericano de Desarrollo.
C:	Carbono.
CCBA:	The Climate, Community & Biodiversity Alliance.
CER:	Certificado de Reducción del MDL.
CMNUCC:	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
CO ₂ :	Dióxido de Carbono.
CONAF:	Corporación Nacional Forestal.
CoP:	Conferencia de las Partes.
COSUDE:	Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación.
DSC:	Derechos de Secuestro de Carbono.
ENCCRV:	Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales.
FAO:	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FCPF:	Fondo Cooperativo del Carbono de los Bosques.
GEF:	Fondo para el Medio Ambiente Mundial.
GEI:	Gases de Efecto Invernadero.
GSF:	Gold Standard Foundation.
GTNE:	Grupo Técnico Nacional de Expertos sobre Cambio Climático.
INGEI:	Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero.
IVA:	Impuesto al Valor Agregado.
JNR:	Requerimientos Jurisdiccionales para Proyectos Anidados.
MDL:	Mecanismo de Desarrollo Limpio.
NZ ETS:	Comercio de Emisiones de Carbono de Nueva Zelandia.
O ₂ :	Oxígeno.
REDD+:	Mecanismo de Reducción de Emisiones asociado a evitar la Deforestación, la Degradación y el aumento de existencias de carbono.
REDD+SES:	REDD+ Social & Environmental Standards.
SII:	Servicio de Impuestos Internos.
VCS:	Verified Carbon Standard.



INTRODUCCIÓN

El presente documento se ha elaborado en el marco de la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV) que lidera la Corporación Nacional Forestal (CONAF) del Ministerio de Agricultura, iniciativa que tiene como objetivo apoyar la recuperación y protección del bosque nativo y formaciones xerofíticas, así como potenciar el establecimiento de formaciones vegetacionales en suelos factibles de forestar, pertenecientes a pequeños y medianos propietarios como medidas de mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático.

Lo anterior, se espera lograrlo mediante el diseño e implementación de un mecanismo estatal que facilite el acceso de propietarios de bosques, formaciones xerofíticas y suelos factibles de forestar, a los beneficios asociados a los servicios ambientales de los ecosistemas forestales.

En este marco, se explora como una línea de acción de la ENCCRV el generar esquemas de pagos basados en resultados atribuidos a componentes ambientales de estos ecosistemas donde la reducción y captura de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) aparece como alternativa viable, requiriéndose un análisis de elementos y conceptos claves desde el punto de vista jurídico como respaldo a eventuales transacciones que se generen en la implementación de esta iniciativa.

En concreto, se estudian jurídicamente dos grandes temas; por un lado, la naturaleza del Carbono Forestal, específicamente se busca dilucidar a quién le correspondería la propiedad de las reducciones y capturas que se reporten en este ámbito y el marco legal aplicable, y por otro, los aspectos relacionados con la tenencia de la tierra.

Estos conceptos jurídicos se consideran fundamentales de clarificar en cuanto a sus alcances e implicancias, ya que implementar la ENCCRV con el enfoque que se tiene previsto (nacional) y con gran diversidad de actores, requiere que se sostenga en elementos que cuenten con certidumbre jurídica y no sólo en base a interpretaciones.



LA ESTRATEGIA NACIONAL DE CAMBIO CLIMÁTICO Y RECURSOS VEGETACIONALES (ENCCRV)

Frente a la problemática global del cambio climático, Chile realizó un compromiso voluntario ante la comunidad internacional de reducir sus emisiones de GEI en al menos un 20% de las proyectadas al año 2020, con base en el año 2007. Lo anterior, se oficializó ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) el año 2009 en la Conferencia de las Partes (CoP) celebrada en Copenhague y es lo que hoy se conoce genéricamente como el compromiso “20-20”.

En el contexto mundial nuestro país no es un emisor relevante, ya que representa sólo el 0,2% del total de las emisiones globales, no obstante se tiene claridad que para cumplir con las metas de reducción autoimpuestas será indispensable contar con un rol protagónico del sector forestal para potenciar su doble capacidad de contribuir tanto en la reducción como en la captura y almacenaje de GEI, lo que queda demostrado en las cifras contenidas en el Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero (INGEI).

La ENCCRV en su componente de pago por reducción y captura de emisiones efectivamente realizadas, denominado también “esquema de pago por resultados”, busca acceder a financiamiento que merme las brechas que poseen los actuales instrumentos de fomento forestal, haciéndolos más accesibles a los propietarios y con ello contribuir al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de mitigación del cambio climático, razón por la cual, y siguiendo las tendencias internacionales en la materia, se centra en que una entidad parte del Estado, en este caso CONAF, coordine todos los elementos técnicos, administrativos y logísticos que se exigen en este ámbito a nivel internacional.

Entre estas exigencias debe considerarse un sistema robusto y permanente para llevar la contabilidad del carbono forestal, identificar y analizar los principales precursores de la deforestación y degradación de bosques, así como también determinar los motivos por los cuales no existe interés en los propietarios para realizar nuevas forestaciones y recuperar el bosque nativo de sus predios, identificando a su vez, con la participación de todos los actores involucrados, las mejores alternativas de solución para cada caso.

Además, para la participación de los propietarios de recursos forestales y vegetacionales (formaciones xerofíticas, por ejemplo) en esquemas de pagos por resultados, CONAF debe diseñar e implementar un sistema de distribución de beneficios equitativo y transparente, donde uno de los elementos fundamentales tiene relación con definir desde ya los requerimientos que apliquen en el país para determinar los derechos del carbono.

Lo anterior, CONAF lo está desarrollando con apoyo de diversos organismos nacionales e internacionales, tanto públicos como privados, entre los que destacan las entidades adscritas al denominado Grupo Técnico Nacional de Expertos sobre Cambio Climático (GTNE), más los aportes técnicos y financieros de empresas privadas nacionales y de la comunidad internacional a través de distintas iniciativas como por ejemplo el Fondo Cooperativo del Carbono de los Bosques (FCPF por sus siglas en inglés), El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE), el Fondo Global del Medio Ambiente (GEF por sus siglas), entre otros.

LOS ESTÁNDARES Y MARCOS INTERNACIONALES ASOCIADOS A LA ENCCRV

La necesidad de estudios técnicos y el desarrollo de capacidades institucionales para la implementación de acciones de reducción/captura de emisiones exitosas, surge como parte de las exigencias internacionales de los estándares (marcos de validación y verificación) que deberán aplicarse a las futuras iniciativas que se generen en este ámbito, extendiéndose su alcance, no sólo al carbono sino que también a los beneficios ambientales y sociales tanto a nivel local como nacional.

En términos de contabilidad de carbono y del seguimiento de las actividades con las que se lleva a cabo la reducción o captura de emisiones, los estándares se cercioran y buscan dar seguridad a los interesados en que éstas son efectivas. Entre los estándares más prestigiosos y reconocidos a nivel mundial están Verified Carbon Standard (VCS)¹ y Gold Standard Foundation (GSF)², y asociado al Protocolo de Kioto, están las reglas que emanan de Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)³, todos operando originalmente a nivel de proyectos individuales con proponentes privados.

En cuanto a estándares internacionales con enfoque jurisdiccional (que abarcan territorios amplios de una o más regiones del país) y proponentes únicamente estatales, destaca el enfoque para el mecanismo de Reducción de Emisiones asociado a evitar la Deforestación, la Degradación y el aumentos de existencias de carbono (REDD+ por sus siglas en inglés) Jurisdiccional y Anidado (JNR por sus siglas en inglés) de VCS y lo estipulado en el Marco Metodológico del Fondo de Carbono del FCPF⁴. Por

1 Mayor información en [http:// www.v-c-s.org/](http://www.v-c-s.org/)

2 Mayor información en [http:// www.goldstandard.org/](http://www.goldstandard.org/)

3 Mayor información en http://unfccc.int/kyoto_protocol/mechanisms/clean_development_mechanisms/item/2718.php

4 Mayor información del proceso de Chile ante el FCPF se puede encontrar en: <https://www.forestcarbonpartnership.org/>

otra parte, bajo el mismo esquema (jurisdiccional) pero enfocado en el seguimiento y evaluación de aspectos sociales y ambientales de las iniciativas que generan las reducciones y capturas de emisiones (no contabiliza carbono), el más aplicado internacionalmente es el Programa REDD+SES del estándar The Climate, Community & Biodiversity Alliance (CCBA)⁵.

Como hito relevante, VCS fue el primer estándar con el que CONAF estableció un acuerdo de cooperación formal (firmado el 7 de noviembre de 2012). En la actualidad, CONAF igualmente cuenta con acuerdos formales con GSF y con CCBA, avanzándose paralelamente en las directrices que estipula el Fondo de Carbono del FCPF de forma complementaria al enfoque JNR de VCS y REDD+SES de CCBA.

LOS DESAFÍOS DE LA ENCCRV

Generar una reducción/captura de emisiones de GEI incuestionable a nivel mundial es de complejidad alta, ya que no sólo se asocia a elementos técnicos relacionados con la ecología de los recursos vegetacionales y la contabilidad de carbono, sino que además, se requiere analizar y tener claridad plena sobre otros aspectos que son fundamentales para el óptimo funcionamiento de este tipo de iniciativas. Dentro de éstos, están:

1. La tenencia de la Tierra y,
2. La propiedad del Carbono

1. La Tenencia de la Tierra

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) (2003) define la tenencia de la tierra como:

“Un conjunto de normas inventadas por la sociedad para regular el comportamiento de quienes la componen. Estas reglas definen de qué manera puede asignarse dentro de la sociedad los derechos de propiedad, lo que incluye regular el acceso, control y transferencia de la tierra e incorpora los derechos y obligaciones del titular⁶”.

Esta definición, que es la más utilizada en términos del Carbono, posee un alcance bastante amplio, incluyendo a su vez el concepto de derecho de propiedad.

⁵ Mayor información en: <http://www.climate-standards.org/>

⁶ FAO- Estudios de la tenencia de la tierra 2003.

No obstante, si no hay total claridad de lo que incluye la definición de “propiedad”, se podría generar una sensación generalizada de que cualquier tipo de tenencia sirve en términos de Carbono forestal. Por ello, es que un planteamiento definido a nivel país en cuanto a la propiedad es de suma importancia para conocer los derechos y deberes de las partes en los contratos de transacción que se establezcan en este marco, permitiendo a su vez, facilitar la distribución equitativa de beneficios que se generen en este ámbito.

Algunos autores al respecto argumentan los siguiente:

Lucas, sostiene que las transacciones de Carbono para que sean viables y efectivas, dependen de que la naturaleza y la propiedad de sus derechos deben ser razonablemente seguros.

Para el éxito del proyecto de Carbono, se debe establecer con anterioridad “los derechos de propiedad sobre el Carbono”.

Si estos derechos de propiedad son de un carácter definido, los principios legales y la legislación que asegura y protege los derechos de propiedad estarán disponibles para transacciones legales de las partes. Por el contrario si existe incertidumbre, una clarificación legal será requerida⁷.

Corbera, et al., agrega: “los sistemas de tenencia de la tierra son claves para asegurar la legitimidad y efectividad de los proyectos de Carbono. Podemos definir la tenencia como el derecho, ya sea consuetudinario⁸ o estatutario⁹, que determina quien tiene y usa la tierra (incluyendo bosques) y los recursos, durante cuánto tiempo y en qué condiciones. La tenencia abarca la propiedad, entendida como las relaciones sobre algo, y relaciones informales que regulan el acceso, uso y exclusión de los recursos e involucran potencialmente a múltiples autoridades¹⁰.

7 LUCAS, A. The significant of Property Rights in Biotic Sequestration of Carbon En: MCHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A. y GODDEN, L. (eds) Property and the law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010, p 444.

8 DERECHO CONSUECUDINARIO; Es una fuente del derecho basada en la tradición o costumbres, no está establecida en la ley, pero se cumple, porque en el tiempo se ha hecho común cumplirla.

9 DERECHO ESTATUTARIO; Norma jurídica dictada por el legislador (LEY)

10 CORBERA, E., ESTRADA, M., MAY, P., NAVARRO, G. y PACHECO, P. Derechos a la tierra, los bosques el Carbono en REDD+: Lecciones de México, Brasil, y Costa Rica En: PETKOVA, E. LARSON, A. y PACHECO P. (eds) Gobernanza forestal y REDD+: Desafíos para las políticas y mercado de América Latina. Indonesia. CIFOR, 2011, p217.

Lo que se desprende de estas afirmaciones, es que no cualquier tenencia garantiza los derechos del Carbono sobre quiénes participan de potenciales transacciones, necesitándose como consideraciones básicas que ésta incluya la capacidad de usar, gozar y disponer por todo el periodo de tiempo que dura una iniciativa enfocada en la reducción/captura de emisiones.

Se considera así, dado los largos periodos que contemplan las iniciativas forestales asociadas a Carbono, que el derecho de propiedad de la tierra sería la única manera de garantizar los derechos del Carbono.

1.1. Derecho de Propiedad en Chile

Por su parte, el Art. 582 del Código Civil establece que:

“El dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Y “la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

A su vez, la Constitución Política de la República de Chile de 1980, en su Art. 19 asegura a todas las personas a: *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales...”*

Alessandri¹¹ además afirma, que *“el derecho de propiedad se caracteriza por la inviolabilidad y las limitaciones a ese derecho”.*

Así, este derecho debe estar resguardado con las garantías consistentes en una protección a través de la reserva legal, para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio, e imponer limitaciones y privaciones del derecho con su justa y debida indemnización.

Para la adquisición de un bien raíz, la legislación chilena entiende que son bienes de gran importancia, y por tanto exige mayores requisitos, estableciendo actos e instrumentos de solemnidad como son la escritura pública de compraventa suscrita ante Notario, y su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente a la comuna en que se encuentra el inmueble. De esta forma, el sistema registral chileno tiene un catastro de todas las propiedades que existen en el país, y en su gran mayoría, salvo las de mayor antigüedad y sin actualizaciones posteriores, se conserva el historial de éstas.

11 ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nacimiento, 1957, p.5.

2. La propiedad del Carbono

En la CMNUCC no se ha establecido ningún régimen jurídico que relacione al propietario de la tierra con el Carbono presente tanto en el mismo suelo como en la biomasa que crece en la superficie, y asimismo, tampoco se han establecido directrices respecto a la distribución de los derechos de propiedad.

Es importante este primer descarte en virtud de que el acto de ratificación de los convenios internacionales por parte de los países miembros, constituye que estos pasen a ser parte integrante del ordenamiento jurídico del país que los suscribe.

Al no existir pronunciamiento al respecto en la CMNUCC, el análisis se podría centrar entonces en los procedimientos empleados hasta la fecha en los proyectos privados forestales del mercado voluntario y regulado, no obstante en ninguno de estos casos ha existido un criterio uniforme que resuelva esta relación jurídica o que genere hitos que permitan estandarizar a nivel mundial un *modus operandi* que se pueda considerar como jurisprudencia.

Para el caso de una legislación como la chilena, en la cual no hay una definición explícita en el ordenamiento jurídico en cuanto a la propiedad del Carbono, hay que analizar la legislación concerniente a los derechos de propiedad de la tierra o derechos forestales que puedan ser extendidos o interpretados en este ámbito.

2.1. Carbono Forestal

En Chile no existe marco legal que regule expresamente este tipo de bien jurídico, ni tampoco otros servicios ambientales del bosque o de los recursos vegetacionales, por tanto, para poder interpretar la norma chilena, en ausencia de ley, debemos primero individualizar lo que se espera transar en un mercado y qué derechos y obligaciones se van a reconocer entre las partes involucradas, es decir, entre comprador y vendedor.

¿Qué es el Carbono y cómo se almacena en las plantas?

Primero hay que clarificar que es el Dióxido de Carbono, el cual en términos generales se define como “gas inodoro e incoloro, cuya molécula consiste en un átomo de Carbono unido a dos átomos de oxígeno (CO₂)”.

Desde el punto de vista de la biología, el Carbono (C) que forma parte del CO₂ es utilizado y almacenado por las diversas estructuras de las plantas en el proceso de fotosíntesis, por el cual se fabrican carbohidratos dentro del denominado Ciclo del Carbono, proceso en el que igualmente se liberan moléculas de oxígeno a la atmósfera.

CICLO DEL CARBONO

El Carbono es un elemento químico que está en la naturaleza y que además de formar parte de todos los seres vivos, se conocen más de 16 millones de compuestos en diferentes estados, ejemplos de ellos son;

Líquido: Petróleo.

Sólido: Personas, animales, plantas y piedras.

Gaseoso: Dióxido y Monóxido de Carbono cuando hay combustión.

- 1 Al quemarse o pudrirse la materia animal y vegetal o al descomponerse los minerales, el Carbono es liberado para pasar a formar parte de compuestos líquidos, sólidos o gaseosos.



- 2 El Carbono en el aire, se une con el Oxígeno (O_2) y forma dióxido de carbono (CO_2), que es uno de los gases de efecto invernadero (GEI).

- 3 Con la ayuda del sol, las plantas separan el Carbono (C) del oxígeno (O_2) porque lo necesitan para alimentarse y crecer. Este proceso se conoce como fotosíntesis.

Por su parte el denominado “Ciclo del Carbono” puede describirse como las transformaciones químicas que sufren los compuestos que lo contienen para que el Carbono fluya entre la biósfera, atmósfera, hidrósfera y litósfera.

Es importante señalar, que este ciclo comienza en las plantas a través de la fotosíntesis, utilizando el Dióxido de Carbono que se encuentra presente en la atmósfera o disuelto en compuestos que se mezclan con el agua, donde parte de éste pasa a almacenarse y constituir los tejidos vegetales en forma de hidratos de Carbono, grasas y proteínas, y el resto es devuelto a la atmósfera o al agua por la respiración.

Almacenado en las plantas, el Carbono pasa posteriormente a los herbívoros que las comen, y de ese modo lo utilizan, reorganizan y degradan. Además, gran parte de este Carbono es liberado en forma de Dióxido de Carbono por la respiración como producto secundario del metabolismo de los animales, y otra parte, se almacena en sus propios tejidos.

Al final, todos los compuestos del Carbono se degradan por descomposición y éste es liberado en forma de Dióxido de Carbono que es utilizado nuevamente por las plantas¹².

Así, siendo el Carbono un componente presente en la atmósfera, es entonces un bien público que tiene dimensiones transfronterizas distintas a los límites de los países, e incluso a los límites de la propiedad, dada su libre circulación global.

2.2. Carbono y Propiedad

El Art. 565 del Código Civil establece que:

“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales”. Y los “Corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”, en cambio, los “Incorporales son los que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Para determinar si el Carbono es susceptible de apropiación, hay que distinguir si cumple con los requisitos que la ley requiere, siendo relevante definir si es una COSA o un BIEN, distinción que es parte de una discusión doctrinaria muy amplia, la cual no se analizará en este documento, pero si se explicitará como clasificarlos.

12 KRAMER, F. Educación Ambiental para el desarrollo sostenible. Madrid. Los libros de la Cantara, 2003, p 63.

Según Alessandri; COSA es *“Todo lo que fuera del hombre tiene existencia, corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”* y BIENES *“Las cosas susceptibles de apropiación efectiva o virtual”*¹³.

Ejemplos de lo anterior; aire, y alta mar son cosas, más no bienes. Una Casa es un bien.

En este punto es conveniente aclarar que la transacción de emisiones, no es venta de aire, por cuanto se refiere a GEI presentes en la atmósfera en distintas cantidades que son almacenados por los bosques y otras formaciones vegetacionales.

La legislación chilena no distingue entre cosa y bien, el Carbono por su parte cae dentro de la conceptualización de bien, por prestarle utilidad económica al hombre. Es decir, al titular del Carbono le es pecuniariamente relevante este bien en su patrimonio.

Hasta acá, se podría deducir entonces que el Carbono forestal es un BIEN, ya que es susceptible de apropiación.

Ahora toca determinar si es un bien CORPORAL o INCORPORAL. Si es INCORPORAL hay que saber si se trata de un DERECHO REAL o PERSONAL, clasificaciones relevantes por su relación con el derecho de propiedad. Como clasificar el Carbono no es una labor simple, se desarrollarán ejercicios de cada una de estas teorías por separado para finalmente esbozar una conclusión.

A los ya citados Art. 565 y 582 del Código Civil, también se hará referencia al Art. 583 que establece que:

“sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad del derecho de usufructo”.

2.2.1. Carbono como cosa corporal

Si es CORPORAL, el dueño del Carbono tendrá derecho de propiedad sobre el Carbono mismo. Y no hay duda que el Carbono reúne estas características. Tiene un ser real (son átomos) que se puede medir su fijación en distintos recursos como en el suelo y la biomasa, entre otros.

13 ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nacimiento, 1957, p.5

Por tanto, aplicando el Art. 582 del Código Civil antes descrito, que establece que sobre los bienes corporales se tiene un derecho de propiedad, se deduce que el titular del Carbono capturado tendría entonces, un derecho de propiedad sobre el Carbono.

2.2.2. Carbono como cosa incorporeal

Si es INCORPORAL, tendríamos necesariamente que reconocerlo como derecho. No hay cosa incorporeal que no sea derecho, aunque se trate de algo que no tenga ser real, ni pueda ser percibido por los sentidos o aunque se trate de una creación del derecho.

Si es una cosa incorporeal, debemos a su vez distinguir si se trata de un derecho real o personal.

2.2.2.1. Carbono como derecho real

Sobre el derecho real, el Art. 577 del Código Civil establece que:

“... es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. Así, “Son derechos reales el de dominio, de herencia, de usufructo, de uso o habitación, de servidumbres activas, de prenda y de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

Este derecho constituye un poder sobre una cosa, el cual dentro de los márgenes de la ley puede ser más o menos amplio, dependiendo del derecho que se trate. Ejemplo: Dominio equivale a máximas facultades. Derecho real de habitación *equivale* sólo las facultades de morar en una casa.

En este sentido, cabe precisar que los derechos reales se crean sólo por ley.

Por otra parte, debemos considerar que además de los derechos reales se desprende el derecho real administrativo, que se consagra a través de diferentes textos legales, como por ejemplo, el derecho de aprovechamiento de aguas que su origen está en una ley.

Hasta aquí y bajo el concepto de derecho real, claramente no existe en la legislación el derecho real del Carbono porque no ha sido establecido por ley, de esta forma, debemos concluir que no es efectivo lo que normalmente se ha interpretado que el titular tiene un derecho real de Carbono, deducción que se hace del Art. 573 al señalar que sobre las cosas incorporeales hay una especie de propiedad.

2.2.2.2. Carbono como derecho personal

Por el lado del derecho personal, el Art. 578 del Código Civil establece que:

“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Es difícil sostener que el Carbono sea un derecho personal, por cuanto no se dan los elementos constitutivos de la relación jurídica de los derechos personales que son entre un sujeto activo como acreedor y un sujeto pasivo como deudor con una obligación que puede ser dar, hacer o no hacer. Por el contrario en el Carbono, el derecho se ejerce sobre una cosa determinada.

Lo anterior viene a ser reforzado por Lucas que sostiene que:

Todos los derechos de secuestro biótico conciernen a las características físicas de la tierra. El Carbono secuestrado es finito, fijado en relación a una tierra en particular y es permanente (aunque variable) todas características que distinguen a los derechos reales de los personales. En consecuencia los derechos de secuestro biótico no podrán ser caracterizados como propiedad personal. Si los derechos sobre el Carbono fueran considerados propiedad personal o como una categoría separada de la tierra, habría mucha dificultad con la falta de acceso en los sistemas de registro de tierra para los propietarios del Carbono biótico de compensación¹⁴.

2.2.3. Carbono v/s Bono de Carbono

El Bono de Carbono, también llamado Crédito de Carbono o Reducción de Emisión, se simboliza mediante un Certificado que corresponde a una tonelada métrica de Dióxido de Carbono equivalente, y que se extienden únicamente una vez que la reducción/captura se encuentra validada y verificada por una entidad independiente calificada.

En este sentido, el Certificado tiene una existencia distinta al propio Carbono, y siendo así, posee a su vez un tratamiento jurídico distinto.

¹⁴ LUCAS, A. The significant of Property Rights in Biotic Sequestration of Carbon EN: McHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A., GODDEN, L. (eds) Property and the law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010, p 512.

Hervé y Claro a propósito de las experiencias de Chile en el MDL de forestación y reforestación, han sostenido lo siguiente:

“El derecho a un CER (certificado de reducción del MDL), puede ser considerado como un derecho de propiedad que es exigible por su dueño contra todas las partes, y que es ejercido sobre un bien intangible y mueble (CER). En consecuencia el derecho al CER es un “derecho real” (que puede ser ejercido contra todas las partes) sobre un bien incorporal y mueble (Crédito) que entrega al dueño el derecho a usarlo, recibir sus beneficios y venderlo. Un contrato sobre el derecho a un CER podría ser clasificado como un contrato sobre un derecho mueble ya que es ejercido sobre una cosa mueble, el crédito de la reducción de emisiones¹⁵”.

Esta teoría, no es sólo aplicable al caso del MDL sino que a cualquier Certificado que acredite una reducción o captura de emisiones efectiva y verificada.

En este mismo sentido, el Servicio de Impuestos Internos (SII) de Chile ha resuelto en su Oficio N° 2073 del 9 de agosto de 2012, de la Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Indirectos, que se pronuncia sobre el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) que afecta a las operaciones de compra y venta de bonos de Carbono, lo siguiente;

“...Los bonos de Carbono se definen como títulos emitidos por organismos certificadores que dan cuenta de o son representativos de una tonelada métrica de reducción de emisiones de dióxido de Carbono equivalente...”

...el proceso de emisión de Bonos de Carbono, en términos generales, está asociado a la realización de un proyecto que permita generar reducciones de GEI. Lo anterior puede ocurrir porque el proyecto evita que se realicen actividades que emitan GEI (como la construcción de centrales generadoras de energías renovables no convencionales que evitan la quema de combustibles fósiles que liberan GEI al ambiente) o mediante la captura directa del CO₂ desde la atmósfera (mediante forestación) ...

...estándares certifican que un determinado proyecto permitió la captura o reducción de una cierta cantidad de CO₂ (o evitó su emisión) procediendo a emitir la cantidad de Bonos de Carbono equivalente a la cantidad de toneladas CO₂ capturadas o reducidas...

15 HERVÉ, D. y CLARO, E. Legal Aspects in the Implementation of CDM Forestry Projects, UICN Environmental Policy & Law Paper N° 59, 2005, p 2.

... Aquellas entidades que adquieren los Bonos de Carbono con el fin de compensar sus emisiones de GEI, tanto en el marco del mercado regulado como voluntario, deben solicitar la cancelación de los mismos, de los registros internacionales en los que se encuentran inscritos. Esta operación se denomina offsetting y consiste en el retiro de los Bonos de Carbono del mercado y su posterior cancelación. Sólo una vez llevada a cabo esta operación se produce la compensación de las emisiones de GEI. De esta forma, los bonos podrían seguir siendo transados en el mercado indefinidamente...

...ANÁLISIS:

El Artículo 8 en concordancia con el Art. 2 N° 1 del Decreto de Ley 825 de 1974, gravado con I.V.A. las ventas, entendiéndose por tales, en lo pertinente, a toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles.

En este contexto, los Bonos de Carbono son títulos representativos de un determinado volumen (certificado) de reducciones de emisiones de GEI a la atmósfera, lo que se transan en el mercado para permitir a empresas u otras entidades compensar sus emisiones de estos GEI.

Por lo tanto, quien adquiere Bonos de Carbono está adquiriendo un derecho, que le permite compensar sus emisiones de GEI.

...CONCLUSIÓN:

Del análisis de los antecedentes se desprende que la transferencia de Bonos de Carbono importa venta de un bien incorporal consistente en el derecho a liberar al medio ambiente, una cantidad de GEI equivalente a cantidad de Dióxido de Carbono, cuya emisión ha sido reducida, y se encuentra representada en dichos bonos.

Por lo tanto, considerando que el hecho gravado "venta" contenido en el Art. 2, N°1 del Decreto de Ley 825, requiere un elemento de la esencia, que la transferencia recaiga sobre bienes corporales muebles, se concluye que la venta de Bonos de Carbono efectuada por el contribuyente no se encuentra afectada a I.V.A, por carecer los bienes transferidos de la corporalidad requerida por la norma legal".

2.2.4. Titular del Derecho de Propiedad del Carbono

Hasta el momento hemos podido identificar jurídicamente el Carbono, al menos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico chileno.

Ahora es importante avanzar en cuanto a quién es el propietario del Carbono. Hay tantas situaciones como ordenamientos jurídicos de países distintos existen, en algunos casos se podría concluir que el propietario del Carbono es el dueño del predio, en otros casos la propiedad del predio no tiene importancia para la titularidad del Carbono, como lo veremos a continuación.

2.2.4.1. Tipos de propiedad de Carbono forestal

a) La propiedad del Carbono no es propiedad separada del bosque

El Carbono es propiedad del propietario del predio, sin embargo, el Carbono secuestrado en el bosque u otra formación vegetacional no puede venderse independientemente de éste, aunque si el propietario puede asumir la obligación de gestionar los recursos vegetacionales de forma tal de incrementar las existencias de Carbono, a través de:

- ✓ Un contrato,
- ✓ Un pacto con la tierra que obliga a todos sus futuros propietarios,
- ✓ Un pacto que se vincula a una persona,
- ✓ Una servidumbre, que puede vincularse a un fundo dominante o a una persona.

En definitiva, el propietario no posee los derechos del Carbono al no poder transarlos de forma separada y las únicas acciones que puede realizar son las indicadas previamente para asegurar el mantenimiento o aumento de existencias de carbono como tal. No puede vender pero si generar obligaciones a terceros o futuros propietarios del recurso que contiene (y eventualmente que podría aumentar) el Carbono.

b) El Carbono secuestrado en el bosque como propiedad separada



El Carbono secuestrado es objeto de un derecho separado y enajenable, como usufructo o un beneficio que deriva de un inmueble que es propiedad de un tercero, gobernado por las leyes relativas a la propiedad de la tierra o se rige por el derecho general de los contratos. El propietario puede vender ese derecho sin transmitir la titularidad de la tierra.

Por ejemplo, Australia tiene un sistema de inscripción de los derechos de propiedad del Carbono, en el cual éste, está sujeto a un derecho de propiedad enajenable y separado de la propiedad del bosque.

Se manifiesta a través de un derecho de usufructo o de beneficios derivados de un inmueble que es propiedad de un tercero, regido por las normas de la propiedad de la tierra o las reglas generales de la propiedad.

La capacidad para obtener un derecho de propiedad otorga al propietario del derecho del Carbono un título más claro e impugnabile a los futuros propietarios de la tierra. Cuando se transfiere la propiedad de las existencias de Carbono, los nuevos propietarios pueden o no tener derecho de afectar el uso del bosque para proteger u optimizar su potencial derecho existente.

Sobre el caso de Australia, corresponde aclarar que los Estados Australianos promulgaron una legislación que reconoce el derecho al Carbono secuestrado por la vegetación, denominado Derechos de Secuestro de Carbono (DSC), como derechos de servicios ambientales separados de otros derechos sobre la tierra. Además, la naturaleza jurídica de un DSC varía de un Estado a otro y depende de los acuerdos específicos y de la legislación aplicable.

En algunos Estados los DSC dan lugar a lo que comúnmente se denomina derecho de la tierra en virtud del derecho de propiedad, que puede registrarse en el título de propiedad. En otros Estados, se conoce al DSC como el derecho de explotar comercialmente el Carbono capturado por los árboles, no constituyendo un derecho sobre la tierra, sin perjuicio de ello puede registrarse en el título de esta.

En otros Estados no existe legislación específica, pero es posible crear DSC, mediante contratos entre las partes, acuerdos que pueden registrarse o no en el Título de Propiedad.

El registro sobre el Título de la Propiedad alcanza la irrevocabilidad y obliga a los futuros propietarios por el periodo registrado, y cumple además, con la función de informar a los potenciales compradores de la existencia del DSC.

c) El Carbono secuestrado es un activo público

En este caso, es el Gobierno quien detenta la tenencia de las existencias de Carbono forestal en carácter de fiduciario, en beneficio de los propietarios del bosque o del público con o sin facultades para venderlo. Y aquí existen dos opciones:

- i) El Gobierno no posee ninguna facultad en particular de exigirles a los propietarios de las tierras que protejan o potencien el secuestro, o bien,
- ii) El Gobierno tiene la facultad de reglamentar el uso de la tierra para proteger o potenciar el secuestro de Carbono en vista de su potencialidad de ser transado.

Cuando tiene la facultad de vender o transar, hay dos opciones:

- i. La adquisición de las existencias de Carbono puede estar abierta a cualquiera.
- ii. Sólo una cantidad limitada de entidades pueden ser susceptibles de convertirse en propietarias de las existencias de Carbono, como aquellas que emiten Dióxido de Carbono y desean compensar.

Existe también el caso de la Propiedad Pública del bosque (o Formaciones xerofíticas), que son tierras y bosques públicos sobre los cuales el Estado ejerce jurisdicción en nombre de la nación a través de los departamentos o Servicios Forestales, regulando lo que los ciudadanos y otras entidades pueden hacer en esas zonas.

Si el ordenamiento jurídico de un país trata al Carbono como un recurso natural de la tierra, como pertenecientes al Estado (dominio público), independiente de la propiedad del bosque, el Estado tiene la facultad de administrar la absorción de Carbono como activo público y distribuir los beneficios. En este contexto, las existencias de Carbono pueden ser propiedad del gobierno nacional o Local.

En el ejercicio de esta facultad, los gobiernos pueden ser propietarios del Carbono y conservarlos en fideicomiso en beneficio de los propietarios forestales o del público. Así, el Gobierno puede tener o no la facultad de vender las existencias de Carbono o regalarlas y de exigirles a los propietarios que protejan o aumenten las existencias de Carbono.

Bajo este tipo de tratamiento jurídico, existen dudas respecto a cuánta regulación de la propiedad privada es aceptable política y constitucionalmente, y que potencialmente podrían estar afectando derechos a la equidad en la distribución de los beneficios.



Nueva Zelandia

Otro importante ejemplo es el de Nueva Zelandia, dado que fue el primer país en asignarle al Gobierno la propiedad del Carbono Forestal. Su fórmula tiene la ventaja de asignar claramente las responsabilidades y brindar cierta seguridad en las transacciones, sin embargo, como desventaja tiene la falta de apoyo de los administradores forestales (privados) que se pueden desalentar para propiciar el secuestro del Carbono.

En 2004 Nueva Zelandia anunció que conservaría los créditos por sumideros respecto de todos los bosques plantados en el país con posterioridad a 1990, decisión que causó gran agitación política por parte de las organizaciones forestales que defendían la propiedad del Carbono para el propietario de los bosques.

Como consecuencia, en 2004 se produce un aumento de la deforestación en el país por las evasivas de los propietarios de los bosques a asumir responsabilidades asociadas al Carbono.

Finalmente, en el 2007 se revierte la decisión política y se transfieren los derechos de emisión y las responsabilidades del Carbono forestal a los propietarios del bosque, como parte de un nuevo régimen de comercio de emisión (NZ ETS).

La propiedad pública implica que el Estado es la única institución con legitimidad para conferir derechos de acceso y cuotas de manejo del recurso.

En Chile por su parte, son propiedad del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño, lo que nos lleva a que el Estado actualmente posee el 48% del territorio nacional, y lo restante está bajo tutela privada.

En Chile no existe norma expresa que señale que el Carbono Forestal es propiedad del Estado, por lo tanto opera la norma común, que otorga el Carbono al propietario de la tierra donde el bosque se encuentra emplazado.

Si se quisiera migrar en Chile, hacia una situación donde el Carbono se considere como "bien público", sería necesario que se legisle expresamente tal como se ha hecho en el caso de otros recursos naturales.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Carbono es un bien corporal, pero en cuanto a la clasificación del derecho no es concluyente por cuanto:

- ✓ **No se puede considerar como un derecho real**, ya que **no existe** ley que haya creado tal derecho sobre el Carbono, y sobre este tipo de derechos sólo el legislador tiene la facultad de crear su existencia.
- ✓ **No es un derecho personal**, dada la falta de elementos esenciales para su exigencia, acreedor, deudor, prestación.

- ✓ **El Bono de Carbono - no el carbono como tal - es un derecho real sobre un bien incorporal y mueble (crédito o certificado) que entrega al dueño el derecho de uso, goce y disposición.**
- ✓ Existe un nivel aceptable de seguridad en Chile para el desarrollo de iniciativas enfocadas en pagos por resultados asociados a la reducción y captura de emisiones, avalándose por una parte la posibilidad de certeza absoluta de propiedad sobre un terreno donde existe (o pueda existir) un bosque (u otra formación vegetal), y también, por la definida naturaleza jurídica de la compraventa de certificado de carbono y su tratamiento tributario.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de la República de Chile, Decreto N° 100. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Secretaría, ver. Septiembre 2005.
2. Decreto con Fuerza de ley N° 1. CHILE. Código Civil, Ministerio de Justicia, ver. 24-09-2009.
3. Ley N° 20.417. CHILE. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, Chile, 26 de enero de 2010.
4. Ley N° 20.283. CHILE. Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Diario Oficial, 30 de julio de 2008.
5. SOTO, F. Análisis de la Titularidad de los Derechos de Propiedad Emanados de la Captura de Carbono por Bosques en el Marco de REDD+, FONDECYT N° 11100288, 2010, 2012, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2012
6. ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA, M. Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Segunda Edición, Santiago, Editorial Nascimento, 1957.
7. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. Tratado de los Derechos Reales: Bienes, 6a. Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
8. CLARO, L. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. Santiago, Edic. facsimilar, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
9. CORDERO, E. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho de Valdivia, 19(1): 125-148, julio de 2006.
10. HERVÉ, D. y CLARO, E. Legal Aspects in the Implementation of CDM Forestry Projects, UICN Environmental Policy & Law Paper N°59, 2005.
11. HERVÉ, D. y CLARO, E. Characterizing Sequestration Rights in Chile. En: Climate Change and Forests: Emerging Policy and Market Opportunities. Washington DC, Brookings Institution Press, 2008.
12. McHARG, A., BARTON, B., BRADBROOK, A. y GODDEN, L. (Eds.). Property and the Law in Energy and Natural Resources. United States, Oxford University Press, 2010.
13. MORAGA, P. El nuevo marco legal para el cambio climático, Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derecho Ambiental, Editorial LOM Chile, 2009.
14. PEÑAILILLO ARÉVALO, D. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
15. PETKOVA, E., LARSON, A. y PACHECO, P. (Eds). Gobernanza forestal y REDD+: Desafíos para las políticas y mercados en América Latina. Indonesia, CIFOR, 2011.

ISBN: 978-956-7669-47-9



para mayor información: www.conaf.cl