

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



REGULACIÓN DE LA AFECTACIÓN Y ZONIFICACIÓN DEL BORDE
COSTERO Y EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN DE LA
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Gabriel Abogasi Abufhele

Tesis para optar al Grado
de Magíster en Derecho.

Concepción
2013



Esta tesis ha sido elaborada bajo la dirección de la Profesora Dra. Verónica Delgado Schneider

ÍNDICE

Tabla de Abreviaturas	6
Introducción	10
1.- CAPÍTULO PRIMERO	
1.1.- Aspectos Generales	16
1.2.- Concepto del Borde Costero del Litoral	18
a) Administración del Borde Costero del Litoral	20
b) Criticas al concepto del Borde Costero	21
1.3.- Clasificación de los bienes públicos	24
1.4.- Naturaleza Jurídica del Borde Costero	28
1.4.1.- La <i>suma divisio</i> del borde costero	30
1.5.- Dominio Público y Doctrina	33
1.5.1. Antecedentes históricos	34
1.5.2. Teorías del dominio público	36
1.5.3.- El dominio público y el borde costero	41
1.6.- La situación de los Bienes Patrimoniales del Borde Costero	44
1.6.1.- Los terrenos de playa fiscal en el DL N° 1.939/1977	47
1.6.2. Un cambio de enfoque	50
1.7.- Afectación del Borde Costero	52
1.7.1. Doctrina de la afectación	52
1.7.2. Perspectivas de análisis de la afectación	55
a) Vinculación real de los bienes	55
b) Acto formal de destinación	56
1.7.3.- Clasificación de afectación según el uso de los bienes	56
a) Afectación al uso público	57
b) Afectación al servicio público	58
1.7.4.- Afectación de los bienes públicos del borde costero	59
1.7.5.- Noción de la afectación del borde costero	61
2.- CAPÍTULO SEGUNDO	
2.1.- Regulación de la afectación del borde costero	65

2.1.1.- Concesiones Marítimas	67
2.1.2.- Permisos o Autorizaciones Marítimas	71
2.1.3.- Destinaciones Marítimas	72
2.1.4.- Concesiones de Acuicultura	74
2.1.4.1 Áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA)	77
2.2.- Normas Especiales de Afectación al borde costero	79
2.2.1.- Afectaciones para la pesca	
a) La servidumbre de pesca	80
b) Áreas reservadas para la pesca artesanal	81
c) Áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos	83
d) Áreas preferenciales para la pesca recreativa	85
2.2.2.- Afectaciones para la Conservación y Protección del Medio Ambiente	87
a) Parques Nacionales	87
b) Los Santuarios Naturales	90
c) Parques y Reservas Marinas	92
d) Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos	94
2.3.- Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios	97
2.3.1.- Principios del ECMPO	98
2.3.2.- Ámbito de aplicación de la ley y definición de ECMPO	100
2.3.3.- Bienes susceptibles de ser declarados ECMPO	101
2.3.4. Sobre el uso consuetudinario del ECMPO	102
2.3.5.-Procedimiento y tramitación de las solicitudes de ECMPO	
a) Contenido de la solicitud e inicio de las ECMPO	104
b) Actuaciones de la Administración frente a la solicitud de ECMPO	105
c) Pronunciamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero	108
d) De la destinación del ECMPO	109
e) Del plan de administración y del convenio de uso	109
f) Causales de término del ECMPO	112
2.4.- Sobre la Consulta Indígena	114
3.- CAPÍTULO TERCERO	
3.1.- La Ordenación Territorial	120
3.1.1.-La Ordenación Territorial en Chile	124
3.2.- La Planificación Territorial	127

3.2.1.-La Planificación Territorial en Chile	128
3.3.- La Ordenación del Borde Costero	131
3.3.1.-Concepto de Zonificación del Borde Costero	132
3.3.2.-Usos preferentes	135
3.4.- Política Nacional del Uso del Borde Costero	136
3.4.1.-Principios Generales de la PNUBC	137
3.4.2.-Los objetivos de la PNUBC	138
3.4.3.-Los órganos que intervienen en la PNUBC	139
a) Ministerio de Defensa Nacional	139
b) La Comisión Nacional de Uso del Borde Costero (CNUBC)	141
c) La Comisión Regional de Uso del Borde Costero del Litoral (CRUBC)	144
3.5.- Zonificación del Borde Costero	148
3.5.1.-Elementos de la Zonificación	152
3.5.2.- Zonificación y otros instrumentos de planificación	153
a) Sobre la Planificación Urbana	154
b) Sobre la Planificación Rural	157
3.5.3.-Evaluación Ambiental Estratégica y Zonificación del Borde Costero	160
4. CAPÍTULO CUARTO	
4.1.- El deber de Coordinación del Estado	
4.1.1.- Consideraciones Generales	164
4.1.2.- El deber de coordinación de la Administración del Estado	165
4.2.- La Coordinación en el Borde Costero	167
4.2.1.- La zonificación y la coordinación del borde costero	169
a) Efectos relativos a las Concesiones Marítimas	170
b) Efectos Relativos a las Concesiones de Acuicultura	173
c) Efectos relativos a otras actividades	177
4.2.2.- Coordinación en las ECMPOs	179
4.3.- Proyecto de ley para un nuevo Régimen de Administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas	183
4.3.1.- Fundamentos de la iniciativa	184
4.3.2.- Objetivos del Proyecto de Ley	185
a) Regular el proceso de fijación y modificación	

de la PNUBC	185
b) Regular el proceso de Zonificación del Borde Costero	186
c) Establecer un nuevo Régimen de Concesiones Marítimas	187
4.3.3.- Contenidos del Proyecto	188
Conclusión	191
Bibliografía	199



ABREVIATURAS

AAA	Áreas Apropriadas para el Ejercicio de la Acuicultura
AMCP	Áreas Marinas y Costeras Protegidas
AMCP-MU	Áreas Marinas y Costeras Protegidas de Múltiples Usos
AMERB	Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos
art., arts.	Artículo, artículos
CC	Código Civil
CA	Código de Aguas
CE	Constitución Española de 1978
CNUBC	Comisión Nacional de Uso del Borde Costero
CGR	Contraloría General de la República
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONAF	Corporación Nacional Forestal
CONAMA	Corporación Nacional del Medio Ambiente
COREMA	Corporación Regional del Medio Ambiente
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPR	Constitución Política de la República
CRUBC	Comisión Regional de Uso del Borde Costero
DOP	Dirección de Obras Portuarias
DIRECTEMAR	Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial

DOM	Dirección de Obras Municipales
DS.	Decreto Supremo
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica
Edic.	Edición
Ed.	Editorial
ECMPO	Espacios Costero Marino de los Pueblos Originarios
Et. al.	<i>et alii=</i> y otros
EDR	Estrategia Regional de Desarrollo,
F. del M.	Fallos del Mes
Gore(s)	Gobierno(s) Regional (es)
<i>Ibíd. Ibídem</i>	En el mismo sitio (recién citado)
IGT	Instrumento de Gestión Territorial
inc. (s)	Inciso(s)
<i>infra</i>	Abajo/ más adelante
IPT	Instrumento de Planificación territorial
LGPA	Ley General de Pesca y Acuicultura (ley N° 18.892, refundido DS. 430, de 1991, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción)
LBGMA	Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente
LBPA	Ley N° 19.880, de 29 de mayo de 2003, que « <i>Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado</i> ».
LCM	Ley de Concesiones Marítimas (DFL N° 340, de 1960, Ministerio de Hacienda)
LGUyC	Ley General de Urbanismo y Construcción (DFL N° 458 de 1976)

LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (ley N° 18.575)
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (ley N° 18.695)
LOGGAR	Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (ley N° 19.175)
Loc. cit.	<i>Locus citatum</i> = lugar citado anteriormente
LOMOP	Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (DFL 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas)
MBN	Ministerio de Bienes Nacionales
MDN	Ministerio de Defensa Nacional
n.	Nota
OGUyC	Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (DS N° 42 de 1992; texto fijado por DS N° 75 de 2001)
Ob. cit.	<i>Opus citatum</i> = obra ya citada anteriormente
OT	Ordenación Territorial
p., pp.	Página, páginas
PNUBC	Política Nacional del Uso del Borde Costero (DS. N° 475 de 1995, Establece Política Nacional del Uso del Borde Costero del Litoral de la República)
PRC	Plan Regulador Comunal
PRDU	Plan Regional de Desarrollo Urbano
PRI	Plan Regulador Intercomunal
PRM	Plan Regulador Metropolitano
PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
PS	planes seccionales
<i>RChD</i>	<i>Revista Chilena de Derecho</i> (Santiago)

RCM	Reglamento del Concesiones Marítimas (DS. N° 2, de 2005, Ministerio de Defensa Nacional)
RCA	Reglamento de Concesiones de Acuicultura (DS. N° 290, de 1993, Ministerio de Defensa Nacional)
RCRUBC	Reglamento interno de Funcionamiento de la CRUBC (dictado mediante Oficio del Gabinete Presidencial N° 1 del 28 de febrero de 2005)
<i>RDUCV</i>	<i>Revista de Derecho</i> (Universidad Católica de Valparaíso)
<i>RDAE</i>	<i>Revista de Derecho Administrativo Económico</i> (Santiago, desde 1999 a 2006).
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i> [refundida en 1934 con <i>GT</i>] (Santiago)
RDP	<i>Revista de Derecho Público</i> (Santiago)
RDUMA	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SEREMI	Secretario Regional Ministerial
SERVIU	Servicio de Vivienda y Urbanización
SERNAPESCA	Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura
SNASPE	Sistema Nacional de áreas silvestres protegidas del Estado
SFFAA	Subsecretaría para las Fuerzas Armadas
SUBPESCA	Subsecretaría de Pesca y Acuicultura
<i>Supra</i>	Arriba/más atrás
TC	Tribunal Constitucional
<i>vid</i>	<i>vide, Véase</i>
v, vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN.

El borde costero es un complejo sistema natural que se caracteriza no solo por los diversos recursos geográficos que comprende, sino también por constituir la interfaz donde se encuentra la tierra, el mar, la atmósfera y la biósfera. Asimismo, esta área alberga tantos usos y actividades como recursos se presentan en ella.

En ese sentido esta zona conforma una unidad geográfica y física de especial importancia para el desarrollo estratégico de cualquier Estado, de modo que la existencia de un estatuto único que permita su correcta gestión y administración aparece de inmediato como evidente.

No obstante ello, en nuestro país se ha creado la más variada gama de instituciones y regulaciones para utilizar sus recursos y aprovechar su espacio, sin que hasta hoy exista claridad respecto a su naturaleza jurídica y ni al vínculo que le permite al Estado administrarlo. Ello presenta una dificultad para aquellos que desean abocarse al estudio del borde costero, debiendo destinar un buen tiempo en desanudar el entramado normativo que lo regula.

Cabe advertir que la mirada caleidoscópica que se obtiene al observar la institucionalidad del borde costero, en buena medida se ha propiciado por la falta de claridad conceptual de los trabajos que han abordado la materia, los que, para explicar el vínculo relacional del Estado con sus bienes oscilan entre abrazar sin tapujos teorías foráneas -como ocurre con el *dominio público*-, sin considerar los matices que distinguen nuestra normativa de las extranjeras; o aquellos que derechamente no se hacen

cargo de ello, abocándose, netamente, a explicar la regulación sectorial desde algún punto de vista particular.

Se advierte, asimismo, que el ejercicio de la potestad reglamentaria ha contribuido con este escenario, pues, al dar las condiciones básicas para su utilización, se ha visto influenciada por grupos de interés que, en muchos casos, han ejercido la suficiente presión como para inclinar la balanza a su favor, en perjuicio de los intereses que subyacen y que no siempre son debidamente representados.

Siendo así, al revisar las principales medidas administrativas que permiten utilizar el borde costero, se aprecia la existencia de un cúmulo de instituciones creadas con miradas sectoriales –las que, a su vez, quedan a cargo de diversos organismos estatales– con la finalidad de satisfacer las distintas demandas de usos concretos, pero que dificultan su gestión integral, produciendo, en consecuencia, una constante tensión respecto a su uso. Tal como ocurre, por ejemplo, con los Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios.

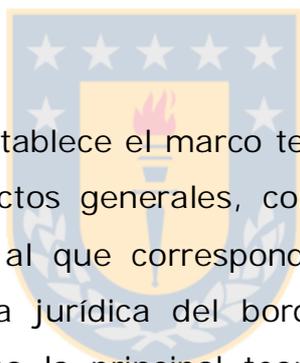
En ese contexto, y atendida la necesidad de gestionar en forma armónica y coherente este importante espacio del territorio, se ha elaborado la Política Nacional de Uso del Borde Costero, contenida en el decreto N° 475, de 14 de diciembre de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, con el objeto de establecer un sistema de información y gestión conjunta, en lo relativo al desarrollo de dicho espacio, para coordinar programas y proyectos específicos a nivel nacional, regional, local y sectorial.

La zonificación del borde costero creada en el marco de esa política, permite delimitar la ordenación de las diversas áreas de ese espacio del territorio, mediante el establecimiento de *usos preferentes*, constituyéndose como un instrumento de planificación. Pero para que dicha planificación surta los efectos deseados, resulta de suma importancia que el Estado, mediante los diversos organismos competentes en la materia, tenga un cuidado especial en la administración y regulación, velando por la explotación sustentable de sus recursos y ejercicio armónico de las distintas actividades que en tales áreas se realicen.

Por cierto, se advierte que sobre el mismo espacio se permite establecer múltiples medidas administrativas con los más diversos efectos, y que en su ejercicio, algunas admiten la compatibilidad con otras actividades, pero en otros casos suponen su exclusividad. En tal sentido, la coordinación que dichos organismos deben mantener en el desarrollo de sus actuaciones administrativas, se vuelve el sustento de la correcta implementación de la política nacional, que para dicho objeto se ha establecido.

En este estudio se propone desarrollar un análisis de la afectación y zonificación del borde costero, como también de los diversos agentes Estatales involucrados en la administración de dicho espacio, en especial, del Ministerio de Defensa Nacional respecto del otorgamiento de concesiones marítimas y de acuicultura, y los Espacios Costeros Marinos Protegidos. En concreto, se pretende examinar cómo se ha dado aplicación al principio de coordinación de la Administración del Estado, respecto de la interacción que deben mantener los organismos correspondientes, en el marco de los efectos de la zonificación del uso del borde costero.

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos, en los que se utiliza un método de análisis que parte por la revisión doctrinal de los bienes públicos para la construcción de un marco teórico que nos permita abordar, mediante un análisis descriptivo, la principal normativa que regula los usos y destinos del borde costero. En materia bibliográfica hacemos nuestros los escasos trabajos que se han referido a la materia, contenida en gran medida en tesis de licenciaturas de las carreras de Derecho, y en investigaciones de otras ciencias. Desde luego, debemos mencionar que la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República constituye el recurso que nos confiere las ideas y conceptos más importantes para abordar los puntos clave de nuestra investigación.



El capítulo primero establece el marco teórico de nuestro trabajo. En él se abordan ciertos aspectos generales, como lo son el concepto de borde costero y el órgano al que corresponde su administración, para luego analizar la naturaleza jurídica del borde costero, deteniéndonos en el dominio público, como la principal teoría que busca explicar el vínculo relacional del Estado y los bienes públicos.

Como tesis de este capítulo, se plantea que la teoría *dominical* resulta insuficiente frente a la doble naturaleza jurídica que detentaría el borde costero. Se propone hablar entonces de la *afectación del borde costero*, que presupone un cambio de enfoque para explicar el área desde la perspectiva de su utilización y de su protección.

En el capítulo segundo se describe y analiza la regulación de la *afectación del borde costero*, constituida por la normativa sectorial más relevante. Así, se sintetiza la regulación de las Concesiones Marítimas, las

Destinaciones Marítimas, las Concesiones de Acuicultura, y las Áreas Apropriadas para el Ejercicio de la Acuicultura (AAA).

Se exponen también las medidas administrativas que constituyen a nuestro juicio *afectaciones* especiales. Así, nos referimos a las afectaciones para la pesca, y a las afectaciones destinadas a la conservación y protección del medio ambiente. Sin embargo, se ha dejado fuera de nuestro análisis la normativa portuaria, pues, como advertiremos, ésta no deja muchos espacios de coordinación en relación con otras instituciones más relevantes para los efectos de nuestro trabajo.

Asimismo, se desarrolla un análisis más extenso a la figura de los Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios, la que también consideramos una *afectación* especial del territorio. Finalmente, se hace mención a la consulta indígena, contenida en el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado recientemente por nuestro país, y que eventualmente podrían aplicarse a las afectaciones del borde costero.

En el tercer capítulo se expone la zonificación del borde costero. Para ello, previamente se desarrollan ciertas explicaciones doctrinales respecto de los conceptos de ordenación territorial y de la planificación territorial, para aproximarnos luego a idea de ordenación del borde costero y a la Política Nacional del Uso del Borde Costero.

Del mismo modo, se examinan las instituciones creadas al alero de dicha política, como la "zonificación", los "usos preferentes", la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero y las Comisiones Regionales. Se estudia, además, la relación de la zonificación del borde costero frente a otros instrumentos de planificación territorial.

Por último, en ese capítulo, destacamos cómo la Evaluación Ambiental Estratégica ha incorporado específicamente a la zonificación del borde costero dentro de las materias de su evaluación, no obstante que la revisión de dicha institucionalidad no forma parte de los objetivos de nuestro estudio.

En el cuarto capítulo se efectúa un análisis al cumplimiento del principio de coordinación por parte de los órganos Estatales que intervienen en la gestión del borde costero, en particular, nos concentramos en la interrelación que producen los procedimientos de otorgamiento de las afectaciones que consideramos más importantes, en el marco de los efectos de la zonificación del borde costero.

Ese apartado concluye con una revisión del proyecto de ley que busca crear un nuevo régimen de administración del borde costero y para las concesiones marítimas.

1.- CAPÍTULO PRIMERO

1.1. ANTECEDENTES GENERALES.

Chile, por excelencia, es un país marítimo; su territorio se sitúa en el margen suroccidental de América del Sur y se proyecta de forma natural hacia el Océano Pacífico, con una extensión latitudinal que va desde los 17° 30' hasta 56° 30' Sur. Posee un litoral de 4.200 km con predominio de las costas rocosas y acantiladas. A partir de la isla de Chiloé la costa es desmembrada en fiordos, canales e islas, alcanzando en su costa continental una longitud total de borde costero de 83.850 km¹.

Tal extensión costera, junto a la diversidad de sus climas, permiten la existencia de ecosistemas oceánicos y litorales de gran biodiversidad y alta productividad², características ambientales privilegiadas, cuyo interés económico, social y político deben reflejarse en una planificación territorial eficaz y en una gestión coordinada por parte de la Administración del Estado.

La regulación integral y el ordenamiento de las zonas costeras presentan dificultades particulares, ya que por una parte, corresponde a un espacio cuya extensión y procesos naturales le otorgan características ambientales singulares, destacando su fragilidad y vulnerabilidad. Por otra, porque en ella convergen tantos intereses como actividades humanas puede albergar (urbanas, industriales, turísticas, de transporte, agrícolas, acuícolas, pesqueras, entre otras actividades extractivas, etc.), lo que produce la

¹ Datos y comentarios en CASTRO Consuelo, ALVARADO, Claudia: "La Gestión del Litoral Chileno: un Diagnostico". Red IBERMAR (CYTED), Universidad Católica de Chile. Instituto de Geografía, Santiago, 2009, pp. 2-11. Disponible en: <http://drumlin.geo.puc.cl/pdf/RedIbermar.pdf> (junio, 2013).

² Ibidem, p. 4.

conurrencia de múltiples usos y, con frecuencia, la generación de conflictos territoriales³.

Cabe destacar los esfuerzos por regular la gestión del litoral en nuestro país, siendo el hito más relevante, la dictación del DS. N° 475/1995, del Ministerio de Defensa Nacional, que contiene la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República (PNUBC), la cual se orienta a proveer un instrumento de gestión territorial costera, participativo y democrático, pero respecto del cual podemos adelantar, que tiene, principalmente, como resultado un documento de un carácter indicativo⁴, contenido en una norma infralegal, restándole eficacia frente a otros instrumentos de planificación con carácter vinculante, evidenciando así un retraso en la ordenación integral de dicha área⁵.

Resulta necesario advertir que la cantidad de intereses involucrados y los diversos agentes intervinientes, complejizan sobremanera la tarea que significa un completo análisis de la materia. Siendo así, el énfasis de este

³ ANDRADE, Belisario, ARENAS, Federico y GUIJÓN, Rodrigo: "Revisión Crítica del Marco Institucional y Legal Chileno de Ordenamiento Territorial: El Caso de la Zona Costera". En Revista de Geografía Norte Grande, N° 41, Santiago, 2008, p.24.

⁴ El carácter indicativo, en contraposición al carácter vinculante u obligatorio, se refiere a medidas de la planificación que tienden a favorecer determinados comportamientos. Así, la zonificación se expresa mediante la determinación de usos preferentes como uno de los objetivos específicos de la PNUBC (IV, N°5, art. 1 DS. N° 475/95). Asimismo, lo expresa el art. 3.2, de la Memoria Explicativa de la Zonificación del Borde Costero de la Región de Coquimbo, aprobada mediante el DS 518/2006.

⁵HERVÉ ESPEJO, Dominique: "Las Causas del Conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros". En [Anuario de Derecho Público](#), Universidad Diego Portales, N° 1, Santiago, 2011, p. 203. Recurso disponible en: <http://www.derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2011/09/Documento.-Las-causas-del-conflicto....pdf> (junio, 2013).

trabajo está puesto –desde una perspectiva jurídico-administrativa⁶-, en el examen del comportamiento de los organismos estatales con competencia más potente en la materia, respecto al cumplimiento del deber de coordinación que le corresponde, principalmente, en relación al manejo y gestión de este espacio del territorio.

1.2. CONCEPTO DEL BORDE COSTERO LITORAL.

Existen diversas expresiones para aludir a las áreas costeras, siendo generalmente utilizados los términos de litoral, costas, zona costera y borde costero.

La Real Academia de la Lengua Española define litoral como lo *"perteneiente o relativo a la orilla o costa del mar"*⁷. Sin embargo, tal noción nos resulta imprecisa e insuficiente para explicar el alcance de los instrumentos que regulan dicho espacio.

En ese contexto, es posible distinguir dos conceptos diversos para referirse a la misma área: la zona costera y el borde costero del litoral. Respecto a la primera acepción, se entiende más bien como un concepto científico-técnico, sobre el cual existe un acuerdo general entre los autores, en

⁶ BARRAGÁN M., Juan Manuel: "Medio Ambiente y Desarrollo en Áreas Litorales. Introducción a la Planificación y Gestión Integradas". 1ª Edición. En Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, pp. 31-32. Según el autor, en las áreas costeras podemos apreciar la existencia de tres subsistemas distintos a través de los cuales se hace patente la especial trascendencia de la zona: el subsistema físico-natural, subsistema económico-social y subsistema jurídico-administrativo, cada uno otorga un enfoque de análisis con sus propias particularidades. Citado en SEPÚLVEDA S., Paulo: "Zonificación y evaluación ambiental estratégica en la planificación del Borde Costero", Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídica. PUCV, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Valparaíso, 2011, pp. 8-10.

⁷ 22ª Edición del Diccionario de la Real Academia Española.

considerarla *“como un espacio geográfico de extensión variable, situado en el contacto entre la litósfera, la hidrósfera y la atmósfera, lo que le otorga características únicas tanto de riqueza como de fragilidad y complejidad”*⁸.

Para ANDRADE, *et al*, se trata de un concepto que corresponde a un área que no está claramente delimitada, pues *“se refiere a todo el ámbito de interacción física, biológica y también antrópica entre los ambientes terrestre y marino”*⁹.

Por otra parte, el concepto de borde costero del litoral está definido en normas administrativas¹⁰, y consiste en aquella *“franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”*¹¹.

De la definición expuesta, se desprende que esta unidad geográfica, se constituye de diversos elementos los cuales, a su vez, se encuentran definidos en forma legal y reglamentaria, y sobre ellos cabe detenerse,

⁸ Véase ANDRADE, ARENAS y GUIJÓN, *ob. cit.* (n. 3), p. 26.

⁹ *Ibíd.*, p.26 y SEPÚLVEDA S, *ob. cit.* (n. 6), p.10.

¹⁰ Ver art. 1 N° 4, del DS. N° 2 de 2006, Reglamento de Concesiones Marítimas (RCM), del Ministerio de Defensa Nacional, D.O. de 20 abril de 2006, y el art. 2º, inc. 2º, del DS. N° 475/1995, PNUBC y CNUBC, D.O de 11 de enero de 1995.

¹¹ En virtud del art. 36 de la ley 20.424, D.O. 4 de febrero de 2010, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, del Ministerio de Defensa Nacional, es la sucesora para todos los efectos legales, reglamentarios y contractuales de las Subsecretarías de Guerra, de Marina y de Aviación y de la Dirección Administrativa de esa Secretaría de Estado.

pues como veremos, delimitan el área jurisdiccional sobre la que los organismos estatales tienen competencia, a saber:

- Terrenos de playas fiscales, corresponden a aquella *"faja de terreno de propiedad del Fisco sometida al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio, de hasta 80 metros de ancho, medida desde la línea de la playa¹² de la costa del litoral y desde la ribera en los ríos o lagos"* (art. 1º Nº 38 del RCM).
- *La playa de mar, es "la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas"* (art. 594 CC).
- *Bahías, golfos, estrechos y canales interiores.*
- *Mar territorial, corresponde al "mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base"* (art. 593 del CC).

a) Administración del Borde Costero.

En conformidad con el art. 1º del DFL Nº 340/1960 (LCM)¹³ corresponderá al Ministerio de Defensa Nacional (MDN), Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (SFFAA), el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y el mar territorial de la República, función que de conformidad con el art. 3º, letra m) del DFL Nº 292/1953, del Ministerio de Hacienda, es ejercida por un organismo de la Armada, denominado Dirección General

¹² El RCM, en el Nº 23 de su art. 1º, define la línea de playa como *"aquella que de acuerdo con el artículo 594 del Código Civil, señala el deslinde superior de la playa hasta donde llegan las olas en las más altas mareas y que, por lo tanto, sobrepasa tierra adentro a la línea de la pleamar máxima"*.

¹³ DFL Nº 340/1960, publicado en el D.O el 6 de abril de 1960.

del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR), la que según el RCM se identifica como la Autoridad Marítima.

Por su parte, el inc. 2º del art. 6 del DL N° 1.939/1977, señala que los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, hasta el límite de 80 metros medidos desde la línea de más alta marea, sólo son susceptibles de actos de administración por parte de la citada subsecretaría.

De las disposiciones legales citadas se desprende que le corresponde al MDN, por medio de la SFFAA, la administración del territorio marítimo-costero de Chile.

b) Críticas al concepto de Borde costero.

Desde el punto de vista de la planificación territorial, las críticas apuntan a su insuficiencia, atendido que el concepto se refiere a un espacio sumamente reducido. Por cierto, en el ámbito terrestre, el área de cobertura se limita a los denominados "terrenos de playa fiscales" es decir, aquellos terrenos colindantes a las playas de mar, los que cuando comprenden un predio fiscal, alcanzan sólo ochenta metros de ancho. Cuando la playa de mar se encuentra frente a predios privados¹⁴ no existe espacio para la planificación terrestre¹⁵, que da la zonificación del borde costero, sin perjuicio de la aplicación de otros instrumentos de planificación territorial¹⁶.

¹⁴ El inc. 4º del N° 38 del art. 1 del RCM, señala que "*Los terrenos de propiedad particular que, según sus títulos, deslinden con sectores de terreno de playa, o con la línea de la playa de la costa del litoral o de la ribera en los ríos o lagos, no son terrenos de playa*".

¹⁵ ANDRADE, *et al*, ob. cit. (n. 3), p. 26. y SEPÚLVEDA S. ob. cit. (n. 6), p.11.

¹⁶ El art. 64 de la LGUyC, señala que "*En las áreas urbanas, los bienes nacionales de uso público que correspondan a terrenos de playa o riberas de mar, de ríos y de lagos navegables, se usarán en concordancia con lo dispuesto en el Plan*

Si bien, tales críticas apuntan, acertadamente, a mejorar el marco de aplicación general de los instrumentos de planificación -en el sentido de acercarlo a lo que se entiende por zona costera-, no puede obviarse el hecho que en la gestión y manejo del borde costero convergen diversas autoridades, cada una dotada de competencias de la más diversa naturaleza¹⁷.

Sobre lo anterior, CORDERO QUINZACARA aclara que encontramos potestades muy fuertes que confieren usos y derechos sobre este espacio (concesiones marítimas, permisos de pesca, concesiones eléctricas, etcétera) o que permiten ejercer un fuerte control sobre las actividades (fiscalización, autorizaciones, sanciones), *"pero ambas se encuentran sujetas al marco fijado por normas legales, reglamentarias y administrativas, dentro de las cuales se encuentran los instrumentos de planificación que zonifican las zonas costeras, determinando usos, edificabilidad y tipologías"*¹⁸.

Ahora, si bien se señala que debe existir un sometimiento de las diversas competencias a los instrumentos de planificación –y por tanto, el espectro de su alcance debiese ser el más amplio posible-, la realidad es que el

Regulador y su Ordenanza Local. Las concesiones que la Dirección del Litoral otorgare sobre ellos requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales respectiva".

¹⁷ Podemos identificar al menos cinco ministerios diferentes con competencias en el ámbito costero: Ministerio de Bienes Nacionales, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Economía Fomento y Turismo, y Ministerio de Defensa Nacional, sin contar la competencia que de manera transversal del Ministerio del Medio Ambiente. A ello se unen distintos organismos administrativos como la DIRECTEMAR, SERNAPESCA, la CNUBC, las municipalidades y gobiernos regionales respectivos, etc. Vid. SEPÚLVEDA. S, ob. cit., (n. 6), pp.9-10

¹⁸ CORDERO QUINZACARA, Eduardo: "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras". En RDUCV, XXXVI, Valparaíso, 2011, pp. 227-229.

concepto de borde costero, no sólo limita el ámbito espacial susceptible de planificación, sino que también circunscribe el área de jurisdicción del resto de los organismos públicos que ejercitan sus competencias.

Ello implica que los efectos jurídicos de la administración (ya sean en sus labores de policía marítima, de fiscalización, o para otorgar usos exclusivos sobre estos espacios) alcance solo a los bienes nacionales a que se refiere el art.589 CC., ya sean de uso público o fiscales. Sin que alcance a los derechos adquiridos por particulares respecto de su derecho de propiedad sobre terrenos que constituyen enclaves privados del borde costero, sujetando el accionar de la administración al principio de legalidad (art.6 y 7 CPR). Por lo demás, así lo ha aclarado la jurisprudencia administrativa, refiriéndose a los límites de la competencia de la DIRECTEMAR y del MDN¹⁹.

En consecuencia, siendo los bienes nacionales del art.589 CC, el marco jurídico que identifica y circunscribe el concepto de borde costero -según la regulación que interesa-, y lo constituye como una verdadera unidad jurídica, será ese, entonces, el ámbito jurídico que se analizará en nuestro trabajo.

Previo a entrar en un análisis más extenso respecto a los bienes nacionales del art.589 CC., cabe entender cómo nuestro ordenamiento jurídico regula los bienes que no son susceptibles de titularidad por parte de los privados (como veremos, ocurre con el borde costero), tal sistematización, nos

¹⁹La CGR mediante su dictamen N° 49.387/2012, ha manifestado claramente que la competencia del MDN *"para administrar los sectores del borde costero no alcanza a aquellos terrenos que no sean bienes nacionales, esto es, aquellos que no pertenezcan a la nación toda o a los que no sean propiamente del Estado, aun cuando se ubiquen dentro de la faja de 80 metros contados desde la línea de más alta marea..."*.

ayudará a explicar por qué existe un tratamiento especial o exorbitante respecto de ciertos bienes, que, sin ser de su patrimonio, permiten a los órganos de la Administración intervenir en él.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS²⁰.

El Código Civil se hace cargo del régimen de los bienes en su Libro II, que trata "*De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce*", distinguiendo entre el estatuto de los bienes respecto de los títulos y formas de relación material que las personas pueden asumir respecto de ellos.

De los arts. 585 y 589 CC se desprenden tres categorías de bienes que no son objeto de titularidad privada: *a) bienes comunes, b) bienes nacionales de uso público o bienes públicos, y c) bienes del Estado o bienes fiscales:*

- a) Bienes comunes: según el art. 585 CC. "*Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho a apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional*".

Respecto a estos bienes, el legislador no hizo una lista taxativa de ellos, pero las intenciones de BELLO fueron claras, en el sentido de extraerlos de la titularidad patrimonial del Estado. No obstante, la realidad ha demostrado que el valor económico de dichos bienes-cuya escasez

²⁰Esta clasificación la tomamos de un trabajo no publicado del profesor Eduardo Cordero Quinzacara, quien ha desarrollado la teoría de los bienes públicos, para explicar el régimen de los bienes de titularidad estatal. Vid CORDERO QUINZACARA, Eduardo: "Bases para la reconstrucción de una Teoría de los Bienes Públicos en el Derecho Chileno", (no publicado), pp.126-ss.

aumenta con el tiempo-, es que éstos pueden ser objeto de uso y disfrute, tanto, por el Estado como por los particulares. Por ejemplo, esto ocurre con la alta mar y el espacio aéreo, en relación con la navegación marítima y aérea, respectivamente. Por esta razón, el legislador previó que su uso y goce entre individuos de una nación se rigiera por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho internacional. De esa forma, se reconoce la imposibilidad de dominación plena de estos bienes, pero permite el ejercicio de potestades públicas para determinar la forma en que estos podrán ser utilizados²¹.

- b) Bienes nacionales de uso público o bienes públicos propiamente tales: dispone el art. 589 "...aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda" y agrega su inc. segundo, "si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público"²².

Siguiendo la distinción tradicional de los bienes públicos, los bienes nacionales de uso público pueden ser *naturales o artificiales*²³.

²¹ *Ibíd.* p.126

²² Cabe recordar, respecto de los bienes nacionales de uso público, en virtud del art. 5º, letra c), de la LOCM, que es atribución de las municipalidades la administración de los bienes nacionales de uso público, incluido el subsuelo, existente en la comuna, salvo que, en atención de su naturaleza o fines y en conformidad a la ley, la administración de estos bienes corresponda a otros órganos de la administración del Estado. Como ocurre en el caso del borde costero, que está entregado a la SSFFA del MDN. Asimismo, lo reconoce el dictamen N° 22.828/1989.

²³ El dictamen N° 58.485/1957 realizó una similar interpretación del art. 589 CC, estableciendo esta distinción en forma expresa.

i) *Bien de uso público natural*. Se ha señalado que por tener estos bienes condiciones físicas o características naturales particulares, el legislador sólo se limita a reconocer tal condición, y los extrae del régimen de apropiación privada. Sin embargo, la peculiaridad que tienen estos bienes, sólo se reconoce en virtud de su *publificación*, y no antes, por lo que van a tener tal carácter, por actos positivos. En Chile son bienes nacionales de uso público natural el mar adyacente (art. 593 CC), las playas (art. 594 CC), las aguas que corren por cauces naturales (inc. primero, art. 595 CC. y art. 6° CA), los álveos o lechos de ríos o lagos (art. 30 CA) y los grandes lagos (inc. primero, art. 596).

ii) El *bien nacional de uso público artificial* es producto de la obra o artificio del ser humano y se construyen con el objeto de hacer un uso común de los mismos por parte de todos los habitantes de la comunidad. Son bienes nacionales de uso público artificial las calles, plazas (inc. 2°, art. 582 CC.), los caminos públicos y los puentes (inc. 2°, art. 582 CC. y art. 25 DFL N° 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas).

c) Bienes del Estado o bienes fiscales, de acuerdo al inc. final del art. 589, "*los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales*".

Los bienes del Estado o bienes fiscales son los bienes de titularidad patrimonial de los órganos de la Administración. Dentro de los bienes fiscales, se deben distinguir entre bienes *fiscales afectos esencialmente a un servicio público* y *bienes del Estado o Patrimoniales*.

- i) Son los bienes destinados al funcionamiento de los servicios públicos en general, sin los cuales no podría cumplir con el mandato que se les encomienda, generalmente asociado al beneficio directo de la comunidad. Y es en tal sentido, que el ordenamiento les otorga protección, estableciendo su inembargabilidad²⁴.

- ii) Los bienes fiscales en sentido estricto o bienes patrimoniales, son aquellos que no se encuentran sujetos a ningún tipo de privilegio, aplicándose las normas generales que rigen para todos los bienes de titularidad pública y, en subsidio, por las normas del Derecho común. Por tal razón, son prescriptibles, alienables y embargables²⁵.

El marco general de los bienes públicos, regulado por los arts. 585 y 589 CC, se complementa con la disposición del art. 19, del texto constitucional, en cuya virtud se *“asegura a todas las personas: (N° 23). La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.*

²⁴El art. 32 LOCM establece que «los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, serán inembargables». Otro ejemplo se ve en el art. 70 LOCGAR, respecto de los bienes destinados al funcionamiento de los servicios de los Gobiernos Regionales.

²⁵La excepción la establece el art. 752 CPC, que consagra la inembargabilidad de todos los bienes patrimoniales del Estado, sin hacer distinción, constituyendo una norma de dudosa constitucionalidad. CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p.128

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes".

Para CORDERO QUINZACARA, esta norma establece las bases del régimen de los bienes públicos, al disponer que sólo dos categorías de bienes pueden estar sujetos a un régimen exorbitante al derecho de propiedad: a) aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, y b) aquellos que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así²⁶. No obstante, veremos que existen algunos matices respecto al régimen jurídico que regula ciertos bienes patrimoniales del Estado, por las funciones públicas a que pueden estar afectos²⁷.

1.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL BORDE COSTERO.

Como pudimos constatar, la unidad geográfica del borde costero se forma por la franja del territorio que comprende *los terrenos de playa fiscales situados en el litoral; la playa; las bahías; golfos; estrechos y canales interiores; y el mar territorial de la República* -y tal como se expresó-, estos componentes se identifican desde un punto de vista jurídico, con los bienes nacionales, por lo que en principio, esta sería su naturaleza jurídica.

Ahora, vale reproducir el inc. primero del art. 589 CC., en cuya virtud son bienes nacionales, *"aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda"* y

²⁶ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), p. 76

²⁷ Ibid. Esto no impide que existan algunas modulaciones en el régimen jurídico de algunos bienes patrimoniales del Estado en consideración a las funciones públicas a la cual se encuentran afectados, lo cual no significa que dejen de ser bienes patrimoniales y, por tanto, no se encuentran comprendidos dentro de las excepciones a la libre apropiabilidad prevista en el art. 19 N° 23 CPR.

agrega su inc. segundo, *"si además su uso pertenecen a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público"*. El inc. final de la misma disposición declara que *"los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales"*.

Pues bien, si consideramos la clasificación que se expuso en el acápite anterior, sobre las dos categorías de bienes nacionales (los bienes del Estado o fiscales, y los bienes nacionales de uso público), y teniendo presente que el borde costero se compone, en su particularidad, de diversos elementos físicos que gozan de una definición legal y reglamentaria²⁸, podemos identificar, sin mayor esfuerzo, las dos clases de bienes a que se refiere del art. 589 CC, en el espacio geográfico que nos interesa. Así, cuando hablamos del borde costero en su dimensión de *terrenos de playa (fiscal)* estamos frente a "bienes fiscales o patrimoniales". A su vez, nos encontramos con "bienes de uso público", cuando nos referimos a *las playas, bahías, golfos, estrechos, canales interiores o el mar adyacente*.

De esa forma, el borde costero como unidad geográfica se identifica, genéricamente, con los bienes nacionales, pero si retomamos su clasificación, advertimos que sus componentes específicos se escinden en

²⁸Ver DS. N° 475/95. Por su parte, el art.1° del RCM realiza una serie de definiciones, describiendo en el N° 38, a los terrenos de playa como, faja de terreno de propiedad del Fisco sometida al control, fiscalización y supervigilancia del MDN. Sin embargo, no define todos los otros componentes del borde costero, no obstante, consideramos que ante la expresa mención de la propiedad del fisco respecto de los terrenos de playa, existiría sobre los otros componentes, un tipo de vínculo con el Estado de naturaleza distinta a la de la propiedad, por lo demás, así lo ha manifestado en forma consistente la jurisprudencia administrativa. Ver, entre otros, los dictámenes N°s 25.058/2001; 32.946/2005; 32.861/2012 CGR.

categorías jurídicas de naturaleza diversa. En ese sentido, tomando en cuenta la *summa divisio*²⁹ de regímenes de los bienes públicos y privados, nos permitimos, también, hablar aquí de una suerte de *bipolaridad*³⁰ del borde costero.

1.4.1. La *suma divisio* del borde costero.

En nuestro derecho la doctrina tradicional³¹, al hacerse cargo de la diferencia entre los bienes fiscales y los de uso público, ha explicado que ésta, precisamente, radica en determinar la naturaleza jurídica y el régimen jurídico a aplicárseles, pudiendo estos bienes sujetarse a un régimen "privado" o público.

En efecto, VERGARA BLANCO ha expresado que los bienes fiscales o bienes del Estado, que pertenecen a éste en conformidad al art. 590 del CC., (según el art. 11 del DL 1.939, de 1977), o que éste haya adquirido a cualquier título, todos los cuales, por expresa disposición de la ley (art. 26 DL 1.939, de 1977) se rigen por el derecho común, al igual que todo otro bien privado de un particular. Entonces, respecto a los bienes fiscales la legislación vigente es explícita: tienen la misma naturaleza que un bien

²⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro: "La Summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980". En "20 años de la Constitución chilena 1981-2001". Ed. Conosur, Santiago, 2001, pp. 369-389.

³⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro: "Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público". En [Ius Publicum, N°3, Santiago 1999](#), pp.73-83. El autor habla de la bipolaridad en el tratamiento de los bienes, régimen público y privado.

³¹ CORDERO QUINZACARA ob. cit., (n.20), p.69. "*Salvo la opinión de Santiago MONTT OYARZÚN, todavía es mayoritaria la doctrina chilena en el sentido de que sobre los bienes fiscales el Estado detenta la calidad de propietario, quedando estos bienes sometidos al régimen ordinario contemplado en el propio CC. para su adquisición, administración y disposición, sin perjuicio de las normas administrativas especiales que se aplican de forma preferente, cuyo régimen común está contenido en el mencionado DL N° 1.939, de 1977.*"

privado³². Para el autor, "*la naturaleza jurídica de los bienes del Estado o fiscales se ha de estudiar en general a la luz de los principios del derecho privado, pues estos bienes son, en efecto, una propiedad estatal, cuya titularidad está asignada a los servicios o reparticiones fiscales a las que está destinada*"³³, como lo son, los bienes asignados a las municipalidades (art.32 LOCM) o los destinados a los gobiernos regionales (art.70 LOGGAR).

Sin embargo, recordando lo dicho más arriba, admitimos también, respecto a los bienes del Estado, otra dimensión conformada por los bienes *estrictamente fiscales o patrimoniales*, los que a diferencia de los bienes fiscales no tienen una titularidad específica, pues no están asignados a ningún servicio público en particular. Por lo que, podría entenderse que el Estado actúa como propietario de los mismos, en el sentido que puede disponer de ellos, sin perjuicio de las normas constitucionales y administrativas que los regulan.

Este sería el caso de los *terrenos de playa* del borde costero, faja del territorio que en principio³⁴ no está otorgado a ningún servicio público específico ni destinado a la satisfacción de una finalidad pública concreta³⁵.

³² VERGARA BLANCO, ob. cit., (n.30,) pp.73-83.

³³ Ibid. Esta idea se refuerza por lo expresado en el párrafo final del N° 38, del art.1 RCM, en el sentido que no constituyen terrenos de playa (fiscal), aquellos terrenos de propiedad particular que, según sus títulos, deslinden con sectores de terreno de playa, o con la línea de la playa de la costa del litoral o de la ribera en los ríos o lagos.

³⁴ Veremos *infra*, que atendida su tratamiento de borde costero, puede ser objeto de usos especiales, en virtud de las concesiones, permisos, y destinaciones, otorgadas por parte del MDN, órgano que detenta la tuición de este espacio territorial.

³⁵ No obstante, la existencia de normas de Derecho Público, nos hacen pensar que, igualmente, el Estado orienta sus decisiones a la satisfacción del bien común, dentro de un marco jurídico delimitado por las normas administrativas.

A contrario sensu, se ha entendido que las normas a que están sometidos los bienes nacionales de uso público (es el caso del resto del borde costero, compuesto por el mar adyacente, playa, y las aguas interiores), corresponden a la esfera del Derecho público³⁶, con notas características muy singulares³⁷.

La doctrina discute si estos últimos bienes, en estricto rigor, son susceptibles de un derecho de dominio por parte del Estado. Para algunos iuspublicistas, solamente son administrados por el Estado. Para otros tratadistas en una orientación mayoritaria, entre el Estado y esos bienes existe lo que se conoce como *dominio público*, que constituye una categoría relacional especial y característica del Derecho público³⁸.

La dificultad se hace manifiesta pues, para los efectos de nuestro trabajo, es menester entender claramente la naturaleza relacional del Estado y los bienes de uso público.

En ese contexto es que debemos revisar el tratamiento dado por la doctrina a la institución denominada *dominio público*, de gran influencia en la doctrina nacional, la que incluso ha llegado hablar de un dominio público terrestre, marítimo, fluvial y aéreo³⁹

³⁶ZÚÑIGA URBINA, Francisco: "Constitución y Dominio Público: (Dominio público de minas y aguas terrestres)". En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Año 11, N° 2. Talca, 2005, p.90

³⁷ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), p.69. Señala que el régimen que caracteriza a estos bienes, es la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Esto se desprende de un conjunto de normas del propio Código que complementa sólo a los «bienes nacionales de uso público», ya que no pueden ser objeto de dominio al encontrarse fuera del comercio humano, mientras que los «bienes fiscales» —a *contrario sensu*— son jurídicamente comerciables y alienables. Ver nota 161.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Vid. CLARO SOLAR, Luis: "Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado". Edit. Jurídica de Chile, T. 6. vol. I. Santiago, 1898-1945, pp. 170-247,

1.5. DOMINIO PÚBLICO Y DOCTRINA.

El concepto de dominio público se ha caracterizado por ser "*uno de los más controvertidos del derecho administrativo*"⁴⁰. Por cierto, la abrumadora bibliografía que trata el asunto, la disparidad de las posiciones doctrinarias y la disímil naturaleza de los bienes que componen el *demanio*⁴¹, han contribuido a mantener la incertidumbre conceptual en la materia, no obstante se ha podido llegar a ciertos acuerdos sobre sus elementos fundamentales.

El apartamiento de ciertos bienes del tráfico jurídico ordinario (es decir, la posibilidad de adquirir, usar y disponer libremente de ellos), ha llevado a la doctrina a referirse a esta categoría de bienes sujetos a un régimen exorbitante en donde predominan los interés públicos, y sobre todo el

especialmente en p. 178, N° 156, en donde sostiene que «forman el *dominio público* del Estado los bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes del Estado», para exponer posteriormente lo que denomina *dominio público marítimo, terrestre, fluvial y aéreo*. Ver nota 6 en CORDERO QUINZCARA ob. cit., (n. 19), p.6.

⁴⁰ MONTT OYARZÚN, Santiago: "El Dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización." Ed. Conosur. Santiago, 2001, p. 19. En la nota 48, el autor cita a Tomás FONTT y LOVET, y a Alejandro VERGARA BLANCO. Esos autores se refieren a las palabras de Alejandro NIETO, quien manifestó que se trataba de "*uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea*".

⁴¹ Vid. MARIENHOFF, Miguel: "Tratado del dominio público". Ed. Tipográfica Buenos Aires, Argentina, 1960. pp. 32-33. El Autor señala que la locución "dominio público" reconoce otras expresiones que la equivalen, y que como tales las acepta el lenguaje técnico jurídico actual: bienes dominicales, bienes dominiales. Expresa, también, el autor que cuando se habla de domicalidad o de dominialidad se entiende referir pues al dominio público. Asimismo, reconoce que los términos demanio, demanialidad, demanial, en su opinión, son una utilización indebida de términos italianos, que igualmente se ocupan en el estudio de la materia.

Actualmente, la 22ª Edición del Diccionario de la Real Academia Española reconoce la acepción demanio y la relaciona con dominio público.

cumplimiento de una función pública o la prestación de un servicio que se debe garantizar a la comunidad en su conjunto⁴².

1.5.1. Antecedentes históricos.

Si bien hay consenso en establecer el punto de partida en el desarrollo de la teoría de dominio público, en la doctrina y jurisprudencia de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX⁴³, éste ha recibido una importante carga histórica del Derecho romano y medieval⁴⁴.

Por cierto, ya en el Derecho romano se había alcanzado la conciencia de la existencia de ciertos bienes cuya propiedad nadie podía atribuirse, y que estaban fuera del comercio (*res extra commercium*), por estar destinados al disfrute de todos (*res publicae*)⁴⁵. Siendo la técnica de la afectación el momento consagratorio para el uso público, mediante la *dicatio* o *publicatio*⁴⁶ del bien en cuestión⁴⁷.

⁴² CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p. 6.

⁴³ PARDESUSS, Jean Marie. en el siglo XVIII y PROUDHON, Jean-Baptiste Víctor. Ver más en CORDERO QUINZACARA, ob. Cit., (n.20), pp. 13-ss. También, MONTT OYARZÚN, ob. cit (n.40) pp. 101-ss; y MARIENHOFF (n. 41), pp. 41- ss.

⁴⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general". En Revista de Administración Pública, N°s. 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, p. 2380.

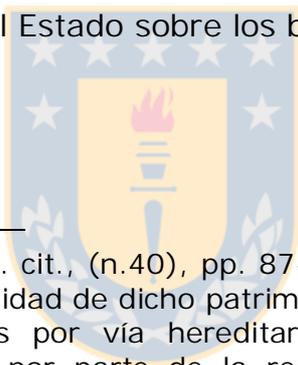
⁴⁵ Vid. MONTT OYARZÚN ob. cit., (n. 40), p. 29. Para el jurista GAYO las *res publicae* se identificaban con las *res extra commercium*, instaurando así, una de las ideas más valiosas hasta nuestros días, la extracomerciability de las cosas públicas.

⁴⁶ Vid. MONTT OYARZÚN, ob. cit. (n. 40), pp. 47-48. Define como "el acto realizado por la autoridad pública romana competente mediante el cual una cosa queda afectada o destinada al uso público. La *publicatio* como acto solemne y formal evidenciaba la dedicación del nuevo bien público a su destino". En Chile, un análisis de la *publicatio* VERGARA BLANCO, naturaleza jurídica de...

⁴⁷ M. DE LA RIVA, Ignacio: "La Naturaleza Jurídica del Dominio Público. En "Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos)". coord. De REINA TARTIERE, Gabriel. Buenos Aires. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 2009, pp., 181-184.

Pasando al Medioevo, reconocemos figuras como la *iura regalia*, que configuraba una potestad exorbitante del rey, la cual, en el contexto de aglutinamiento y de confusión de los bienes de la Corona, constituía un verdadero título causal de intervención real sobre los bienes de su titularidad⁴⁸.

Posteriormente, con la revolución francesa y la dictación del decreto 1790, se excluyeron ciertos bienes del alcance de dicho régimen de propiedad privada (entre ellos, los caminos, las calles, las plazas, los ríos, las playas y riberas del mar, los puertos), y se los calificó expresamente como dependencias del dominio público⁴⁹, basándose en la idea de soberanía o *dominium eminens* del Estado sobre los bienes⁵⁰.



⁴⁸ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n.40), pp. 87-ss. A partir de la preocupación por la conservación de la unidad de dicho patrimonio, amenazado principalmente, por las divisiones ocurridas por vía hereditaria o "*de mano común*", y por la enajenación de bienes por parte de la realeza para hacerse de metálico, se introdujo la distinción entre bienes integrantes del patrimonio personal del rey y bienes del dominio de la Corona, restableciéndose así, el criterio de la inalienabilidad de estos últimos. No obstante, se reconoce en la práctica que muchos de estos bienes estuvieron en posesión de particulares, vía el ejercicio de potestades exorbitantes del Rey, que básicamente es, representada por la regalías o *iura regalia*.

⁴⁹ M. LA DE RIVA, ob. cit. (n. 47), p.184.

⁵⁰ El proceso de codificación que sobrevino a la Revolución, llevó a los juristas franceses de la primera mitad del siglo XIX, a reconstruir la categoría del dominio público en su acepción actual. Apunta CORDERO QUINZACARA, que esta primera "*etapa está marcada por la superación de la concepción jurídico-civilista y por la formulación de la concepción jurídico-pública, basada en la idea de dominium eminens o soberanía del Estado sobre los bienes*". CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p.13.

Fue PARDESSUS⁵¹, en 1806, quien por primera vez expresó que el dominio público correspondería a la categoría tradicional de bienes inalienables e imprescriptibles (*res publicae*), y expresó que los bienes nacionales, hacían referencia a la categoría general de bienes del Estado, respecto de los cuales éste se comporta como propietario privado⁵². No obstante, fue la obra de PROUDHON⁵³, en 1833, la que consolida la noción de dominio público, al introducir la separación absoluta entre propiedad privada y dominio público, negando de manera terminante que el Estado ejerza, sobre este último, derecho de propiedad alguno⁵⁴. Con todo, el Estado detenta sobre estos bienes un derecho de administración y conservación, como representante de los intereses generales del cuerpo social⁵⁵.

En la tesis prodhodiana, el dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio de la ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece. El Estado no posee una titularidad, sino un poder de vigilancia, de policía, pero no la facultad de usar ni disponer⁵⁶.

⁵¹ PARDESSUS, Jean Marie, *Traite des Servitudes ou services fonciérs*, París (1806), 1° edición. Las ideas de este autor no son completamente originales, ya que toma las ideas civilistas de DOMAT. Vid. CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), p. 14

⁵² PAREJO ALFONSO, ob. cit., (n.44), p.2392.

⁵³ PROUDHON, Jean-Baptiste Victor. *Traité du Domaine publicou de la distinction des biens considerés principalement para rapportau domaine public*. 1833. Como sus seguidores en Francia se reconocen, en el siglo XX, BERTHÉLEMY, DUCROCQ, JEZE. En España ESCRICHE, COLMEIRO y MANRESA Y NAVARRO Vid. CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p. 18.

⁵⁴ M. DE LA RIVA, ob. cit., (n.47) pp. 184-185.

⁵⁵ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p.15

⁵⁶ CLAVERO ARÉVALO, Manuel: "La inalienabilidad del Dominio público". En Estudios de Derecho Administrativo. Ed. Civitas – Instituto García Oviedo, Madrid, 1992, pp. 392-393. Citado en CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), pp. 17-18.

1.5.2. Teorías del dominio público.

La evolución del concepto en los autores y en la legislación europea, ha hecho replantear la materia constantemente, y en ese contexto de incertidumbre, MONTT OYARZÚN recuerda que, más que un concepto de dominio público, existen varias doctrinas que se pronuncian en forma distinta, e incluso antagónica, sobre él⁵⁷. De ese modo, corresponde referirse a las principales teorías que envuelven al concepto de dominio público: A) la teoría patrimonialista; y, B) la teoría funcionalista; para concluir luego con C) una visión actual, que compartimos, del dominio público.

A. Teoría patrimonialista.

Según VERGARA BLANCO, una de las formulaciones que hasta hace algunos años ha reclutado más adeptos, ha sido la llamada concepción patrimonialista del dominio público, de procedencia francesa y que evidencia una errónea infiltración de los principios jurídicos privados. De acuerdo a ella, el dominio público sería un conjunto de bienes sobre los cuales existiría una titularidad especial del Estado, él que sería un verdadero propietario de dichos bienes. En otras palabras se trataría de una propiedad pública o administrativa.⁵⁸

El mayor exponente de esta posición fue HAURIUO⁵⁹, quien afirma que todos los bienes pueden ser objeto de apropiación, en efecto, es perfectamente posible la apropiación privada de partes determinadas de

⁵⁷ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n. 40), p.105

⁵⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Principios y sistemas del Derecho minero". Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1992, pp. 183-190

⁵⁹ HAURIUO, Maurice. "Précis de droit administratif et de droit public". París. 1927.

los bienes demaniales -no como género- sino que se adquieran “metro cuadrado a metro cuadrado”⁶⁰.

Por cierto, el profesor de Toulouse, hizo notar que cualquier porción del dominio público puede, previa desafectación, ser enajenada, y que resulta difícil admitir que tal desafectación tenga la aptitud de crear el derecho de propiedad en favor del Estado enajenante, a no ser que dicho derecho preexista. Observó, además, con toda agudeza, que ningún sentido tendría hablar de la inalienabilidad del dominio público si no se tratara de cosas que, en ausencia de tal interdicción legal, no pudieran ser enajenadas⁶¹.

Como bien resume M. DE LA RIVA, el concepto de dominio público para HAURIOU, reposa sobre la unión de dos elementos: la propiedad administrativa, y su afectación formal a la utilidad pública, para recalcar seguidamente que, es en razón de dicha afectación que los bienes involucrados resultan inalienables, imprescriptibles y protegidos por un régimen de policía especial⁶²⁻⁶³.

B. Teoría funcionalista.

La teoría funcionalista es de creación original de la doctrina española, con el profesor VILLAR PALASI, quien, en pocas palabras, concibe el dominio público como una técnica jurídica eficaz, que a través de la *publicatio*,

⁶⁰ Vid CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p. 34

⁶¹ M.DE LA RIVA, ob. cit., (n. 47) p.186

⁶² *Ibid.*, p.186

⁶³ En España esta doctrina venía siendo la tradicional y ha sido sostenida por autores como FERNÁNDEZ DE VELASCO, BALLBÉ,ÁLVAREZ-GENDIN, MARTÍNEZ USEROS, GUAITA, NIETO GARCÍA, GARCÍA DE ENTERRÍA y, en el último tiempo, SAÍNZ MORENO; en Argentina la siguen autores como BULRICH, DIEZ, DROMI, MARIENHOFF y VILLEGAS BASAVILBASO; en Chile destacan JARA CRISTI, AYLWIN AZÓCAR y REYES RIVEROS.

construye un título causal de intervención administrativa plena, basada en la atribución de un cúmulo de *potestades públicas* con fines específicos sobre los bienes que integran el demanio⁶⁴.

En efecto, para el autor, la idea del dominio público está enfocada en la *coseidad*, o materialidad de las cosas como objeto del Derecho (en el sentido de cosa para el Derecho privado), no obstante su teoría atiende más a la función de las cosas que a la materialidad de las mismas, entonces el demanio "*es sólo una técnica funcional y no una cosa*".

Como señala MONTT OYARZÚN, a la Administración no le interesa adquirir bienes con la finalidad de enriquecerse ni acrecentar su patrimonio. Por lo mismo el dominio público es una categoría que lo que tiene por objeto es permitir el despliegue y ejercicio de potestades públicas por parte de la Administración⁶⁵.

Así, el dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades, un título jurídico de intervención que permite a la administración titular, estar en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales, puesto que el Estado no podrá arrogarse el uso exclusivo de estos bienes que son, más que del Estado, del público, en fin de *populus*⁶⁶.

⁶⁴ VERGARA BLANCO, ob. cit., (n. 58), pp.195-196

⁶⁵ MONTT OYARZÚN ob. cit., (n. 40), p.118.

⁶⁶ ZAMORANO FERNANDEZ, Yicelle: "Las Concesiones Administrativas en el Derecho Chileno". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídica. Universidad Gabriela Minstral. Santiago, 1992, pp.157-158.

C. Estado actual.

En definitiva, después de repasar las principales teorías, destacamos la opinión de CORDERO QUINZACARA, quien en un profundo análisis de la materia, especialmente de las construcciones jurídicas francesas y españolas, otorga -desde nuestro punto de vista-, la visión más acertada respecto a la naturaleza de este confuso instituto, y que nos permite comprender mejor la naturaleza relacional del Estado con el borde costero.

Para el autor, el dominio público es entendido como *“una técnica de intervención en el esquema general de ordenación de aprovechamiento de los bienes en virtud del cual se sitúa fuera del comercio a un bien concreto o a un género de bienes a fin de atribuir un conjunto de potestades públicas a los órganos del Estado para satisfacer intereses o finalidades públicas que no pueden ser atendidas a través de otros medios o técnicas”*. Se trata pues de *“...un régimen jurídico exorbitante que vincula funcionalmente a la Administración, para establecer y mantener en determinadas condiciones una prestación que tiene por soporte material a los bienes demanializados”*⁶⁷.

1.5.3. El dominio público y el borde costero.

En el Derecho chileno ha tenido amplia acogida el instituto del dominio público⁶⁸, como teoría que permite explicar la relación del Estado y los bienes que integran el *demanio*.

⁶⁷ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), p. 56

⁶⁸ JARA CRISTI, AYLWIN AZÓCAR, REYES RIVEROS, ZÚÑIGA URBINA, VERGARA BLANCO, MONTT OYARZUN, entre otros.

Diversos autores no dudan en reconocer plenamente su imbricación en nuestra legislación. Así, por ejemplo, ZÚÑIGA URBINA, expresa que *"aunque el Código Civil no recoge explícitamente la expresión dominio público, en nuestro ordenamiento jurídico hay elementos suficientes que acercan las consideraciones expuestas en torno a los bienes pertenecientes al dominio público a los bienes nacionales de uso público"*⁶⁹, ello pues, para el autor, estos bienes presentan características peculiares (inalienabilidad e imprescriptibilidad) que los hacen diferentes a los bienes de dominio privado o a los bienes fiscales⁷⁰.

De hecho, estas notas pueden desprenderse de un conjunto de normas del propio Código Civil: los arts. 1464 N° 1 (hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio); 1810 (pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, *cuya enajenación no esté prohibida por ley*); 2498 (se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el *comercio humano*, y se han poseído con las condiciones legales); y en la propia Constitución Política, al establecer su inapropiabilidad (19 N°23), y por cierto, su reserva legal (art. 63 N° 10 CPR)⁷¹.

Esa sistematización es la que ha permitido a los autores locales incorporar esta técnica a nuestro sistema jurídico - siempre sujetando su régimen peculiar a los bienes nacionales de uso público-, concibiendo al dominio público desde la posición funcionalista, entendiéndolo como un título causal de intervención de la Administración, que no sólo habilita al Estado para el ejercicio de potestades exorbitantes de protección, sino que al

⁶⁹ ZÚÑIGA URBINA, ob. cit.,(n.36), p.93

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.* pp.94-95

mismo tiempo le impone un singular cúmulo de deberes prestacionales en relación a los fines de afectación considerados por el ordenamiento⁷².

Ha sido tal la recepción de la mentada teoría, que incluso se ha llegado a hablar de un dominio público marítimo⁷³, sobre el cual se pretende construir un estatuto jurídico pleno. Así, el demanio marítimo estaría compuesto por elementos marinos (el mar territorial y las aguas interiores, arts. 593, 595 y 596 del CC y, 6 y 30 del CA), y por elementos terrestres (el lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas interiores, art. 596 inc.2 y final).

Sin embargo, con esa categorización, nos parece que se ha pretendido acercarse a la institucionalidad española de las Zonas Marítimas Terrestres (ZMT), reconocidas expresamente como dominio público en su Carta Política (art. 132.2 CE), y cuyo tratamiento sí se sistematiza como tal en la Ley de Costas de 1988, circunstancia que difiere ostensiblemente de lo que ocurre con el reconocimiento del borde costero en el Derecho chileno.

Por cierto, y como lo hemos visto *in supra*, tal régimen de dominicalidad marítima, no alcanza a explicar en forma coherente y uniforme el borde costero de nuestro país, pues no envuelve todo el espectro jurídico-geográfico que lo compone. Efectivamente, deja fuera los terrenos de playa, los que, atendido su condición de bienes patrimoniales, no gozan de un régimen exorbitante como el descrito respecto de los bienes nacionales de uso público (inalienabilidad e imprescriptibilidad).

⁷² CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 20), p. 120

⁷³ Vid BAEZA CERVELA, Eduardo y BETANCURT SOLAR, Ricardo: "El dominio público marítimo, Estudio de su Régimen jurídico-administrativo en el derecho chileno". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile, Santiago. 2002.

Además, llama especial atención la permeabilidad del dominio público marítimo. De hecho, en el marco de la regulación de las concesiones marítimas, se contempla para los titulares de dichos derechos la posibilidad de realizar rellenos artificiales sobre los sectores de las playas y fondos de mar, río o lago (art.1 N° 38 RCM), con la condición de que éstos deban inscribirse a nombre del Fisco, circunstancia que nos demuestra que el Estado "*metro a metro*", puede hacerse de los bienes nacionales de uso público, sin mayores inconvenientes, con la dictación de un simple acto administrativo, pasando de ese modo a convertirse en *terrenos de playa* (art.7 inc.3 RCM), y en consecuencia, a regirse por el régimen de los bienes patrimoniales, alterando la protección que el mismo constituyente previó para los bienes de uso común⁷⁴⁻⁷⁵.

En consecuencia, habida consideración de lo expuesto, no resulta posible, a nuestro juicio, hablar de un dominio público del borde costero, siendo necesario abordar el tratamiento jurídico de este espacio territorial desde

⁷⁴ El RCM, art. 1 N° 38) Terreno de playa: Faja de terreno de propiedad del Fisco sometida al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio, de hasta 80 metros de ancho, medida desde la línea de la playa de la costa del litoral y desde la ribera en los ríos o lagos. Para los efectos de determinar la medida señalada, no se considerarán los rellenos artificiales hechos sobre la playa o fondos de mar, río o lago.

No perderá su condición de terreno de playa el sector que quede separado por la construcción de caminos, calles, plazas, etc. Por su parte el art. 7° inc. 3. La ejecución de rellenos artificiales, en los términos señalados en el art. 1°, número 38), inc. 3°, del presente reglamento, deberá estar expresamente autorizada en el respectivo decreto de concesión, el que dispondrá la correspondiente inscripción de dominio a favor del Fisco del terreno de playa que se forme como consecuencia de los referidos rellenos.

⁷⁵ Si bien esta posibilidad se encuentra establecida en el art.64 del DL N° 1939/77, D.O 10 de noviembre de 1977. Esta medida requiere que el decreto que lo autorice sea por razones fundadas y firmada por los ministerios que correspondan.

otra perspectiva, en la que sí se incluya los bienes patrimoniales que lo comprenden.

1.6. LA SITUACIÓN DE LOS BIENES PATRIMONIALES DEL BORDE COSTERO.

Tal como dejamos entrever más arriba, la legislación española -a diferencia de lo que ocurre en nuestro país-, reconoce expresamente el instituto de dominio público, separándolo claramente de los que son bienes patrimoniales del Estado, identificando, también, bajo ese régimen, a los bienes afectados al uso público, a los de servicio público o los destinados al fomento de la riqueza nacional (arts.338 y 132 CE)⁷⁶.

Tal reconocimiento, en cierta medida, ha preterido el estudio dogmático de los bienes patrimoniales en ese país, sin embargo, parte de doctrina española ha vuelto a incorporar en sus estudios esa materia. Ahora, sin embargo, desde la perspectiva del análisis de su destino o afectación⁷⁷.

⁷⁶ El art. 132 de la Constitución Española. "Bienes de dominio público. 1) La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación". "Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación".

El art. 339 del Código Civil Español. "Son bienes de dominio público: 1º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión".

⁷⁷ COLOM PIAZUELO, Eloy: "Las cosas públicas y su régimen jurídico (Examen de la noción de cosa pública)". MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: "Las transformaciones del Derecho público de los bienes: del dominio público a las cosas públicas". Ambos en Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos). coord. De REINA TARTIERE, Gabriel. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2009.

En nuestro derecho, no es posible hacer una limitación tan clara respecto a los bienes que integrarían el demanio. Ello ocurre, básicamente, por la falta de un reconocimiento positivo del dominio público en los textos legales⁷⁸, aunque es indiscutible para la doctrina más relevante⁷⁹ que al menos los bienes nacionales de uso público -declarados inapropiables por la Constitución (19 N° 23)-, se someten a un régimen exorbitante (inalienables, imprescriptibles e inembargables), con la finalidad de garantizar el uso colectivo de los mismos.

Empero, respecto los bienes de propiedad del Estado encontramos diferentes opiniones. Así, para MONTT OYARZÚN, los bienes fiscales pueden considerarse como parte del dominio público en el caso que se encuentren afectados a un servicio público, es decir, si sirven de soporte a la realización de actividades y funciones efectuadas por organismos integrantes del complejo de personas jurídicas que forman el Estado⁸⁰.

Para CORDERO QUINZACARA, no obstante, no cabe tal consideración, ya que los bienes fiscales en realidad son apropiables pues, efectivamente son del Estado, y en tanto son soporte material de la función pública, el Derecho chileno opta sólo por su inembargabilidad⁸¹, lo cual no significa

⁷⁸ Sólo conocemos un par de excepciones. Así, el art. 41 LOMOP, menciona de forma colateral la expresión dominio público. Por su parte, el art. 135 LGUyC utiliza la expresión «dominio nacional de uso público». No obstante, en ambos casos queda en evidencia que la utilización de estas expresiones no tiene por objeto alterar el régimen general vigente en Chile, siendo más bien una consecuencia de la deficiencia en la técnica legislativa. Ver CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), nota 7, p. 8.

⁷⁹ Por ejemplo, esta es la opinión del profesor Alejandro VERGARA BLANCO, quien en múltiples trabajos, especialmente respecto al derecho minero, ha desarrollado esta idea en profundidad.

⁸⁰ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n. 40), p.164

⁸¹ Por ejemplo, el art. 28 LOCM establece la inembargabilidad de los bienes afectos al funcionamiento de los servicios municipales y a los dineros depositados

que éstos dejen de ser bienes patrimoniales y deban someterse al régimen peculiar del demanio⁸²,

Ahora bien, en el campo de los bienes estrictamente patrimoniales, como es el caso de los terrenos de playa de propiedad del fisco (art.1º N° 38 del RCM), no se presenta controversia sobre la naturaleza del derecho que el Estado ejerce sobre ellos, ya que es indiscutible la pertenencia o propiedad como el elemento estructural de esta categoría de bienes, ubicándolos necesariamente, en el tráfico jurídico⁸³, de modo que no tendría cabida un régimen exorbitante como el del dominio público. En efecto, la regla general hace someterlos al Derecho común, según lo disponen los arts. 11, 26 y 29 del DL 1.939/1977⁸⁴.

No obstante, en consideración a los fines que la propia Constitución Política impone al Estado y las reglas administrativas que se aplican de forma preferente, nos muestran igualmente manifestaciones de Derecho público, que en el caso de los terrenos de playa, se expresan en fuertes limitaciones respecto los actos que pueden realizarse sobre ellos.

a plazo o en cuenta corriente. El art. 752, establece la inembargabilidad de todos los bienes patrimoniales. Ver nota 25.

⁸² CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n.20), p. 129. El profesor estima que existe una similitud con el sistema dualista alemán, al afectar bienes a servicios públicos que están sujetos al derecho de propiedad.

⁸³ VAN STRAHLEN FAJARDO, Luis Hernán: "Bienes de titularidad pública: Patrimoniales y de Dominio Público. Una aproximación al sistema Español". En Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio, año/vol. 6, N °1 Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2004. p.229. Recurso disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360107> (junio, 2013).

⁸⁴ Según los arts. 11, 26 y 29 del DL N° 1.939/1977, los bienes fiscales o bienes del Estado, que pertenecen a éste en conformidad al art. 590 CC, o que éste haya adquirido a cualquier título, se rigen por el "derecho común", al igual que todo otro bien privado.

1.6.1. Los terrenos de playa fiscal en el DL N° 1.939/1977.

El texto original del DL N° 1.939/1977, establecía en los arts. 6°, 7°, 8° y 9° ciertas prohibiciones y limitaciones a los extranjeros para adquirir el dominio y otros derechos reales, y para ejercer la posesión o tenencia de tierras fiscales situadas en zonas fronterizas, a la vez, que señalaban sanciones para los que transgredieran las prohibiciones señaladas⁸⁵.

Estos arts. fueron modificados por la ley N° 18.255, de 1983⁸⁶, y por las leyes N°s 18.524, de 1986⁸⁷, 19.072, de 1991⁸⁸, 19.606, de 1999⁸⁹ y 20.062, de 2005⁹⁰. Así, la ley N° 18.255, estableció en su primer art. normas análogas a las señaladas. Pero, en su art. segundo introdujo una nueva prohibición no contemplada en la legislación de esa época, referente a los terrenos de playa fiscales. Con posterioridad, las leyes N°s 18.524, 19.072, 19.606 y 20.062, contemplaron ciertas excepciones a la prohibición impuesta, con el objeto de atenuar sus efectos⁹¹.

Es así como el actual texto del DL N° 1.939/1977, en su art. 6° establece, en lo que interesa, que *"Con todo no podrán enajenarse a ningún título los terrenos de playa fiscales, dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral, los cuales*

⁸⁵ PAZ BERDICHEWSKY, Karen: "Regulación jurídica del Borde Costero". Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas, Valparaíso, 1996 p.17

⁸⁶ Ley N° 18.255, modifica el DL N°1.939/1977, D.O. de 9 de noviembre 1983.

⁸⁷ Ley N° 18.524 modifica el DL N°1.939/1977, D.O. de 28 de junio de 1986.

⁸⁸ Ley N° 19.072, concede honor que indica a Pablo Neruda, y modifica textos legales que señala, D.O. de 19 de agosto de 1991.

⁸⁹ Ley N° 19.606. Establece incentivos para el Desarrollo Económico de las Regiones de Aysén y de Magallanes y de la Provincia de Palena, publicada en el D.O. de 14 de abril de 1999.

⁹⁰ Ley N° 20.062 Regulariza situación de Ocupantes Irregulares del Borde Costero de Sectores que indica, e Introduce Modificaciones al DL N°1.939/1977. D.O. 29 de octubre de 2005.

⁹¹ PAZ BERDICHEWSKY, ob. cit.,(n. 85), p.17

sólo serán susceptibles de actos de administración por parte de la citada Subsecretaría del Ministerio de Defensa Nacional y sujetos a las restricciones establecidas en este artículo.

No obstante, los terrenos de playa fiscales que están situados en la X Región, de Los Lagos, en la XI Región, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la XII Región de Magallanes y Antártica Chilena podrán ser transferidos en dominio a personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro chilenas. Las enajenaciones se dispondrán de acuerdo con las normas de este decreto ley, previo informe favorable de la Comandancia en Jefe de la Armada, y el adquirente deberá radicarse en la respectiva región en la forma y condiciones que determine el Decreto Reglamentario correspondiente. Dichos terrenos, durante el plazo de 10 años, contados desde la inscripción del dominio respectivo, sólo podrán transferirse por acto entre vivos en casos calificados, previo informe favorable del Ministerio de Bienes Nacionales y autorización de la Comandancia en Jefe de la Armada. Dentro del plazo señalado, el Conservador de Bienes Raíces competente no podrá inscribir ninguna transferencia en la que no consten el informe y la autorización referidos. Asimismo, dentro de este período no podrá el adquirente del terreno fiscal celebrar contrato alguno que lo prive de la tenencia, uso y goce del inmueble, salvo autorización del Ministerio de Bienes Nacionales otorgada por razones fundadas.

Toda transferencia de estos terrenos por sucesión por causa de muerte, y las realizadas con posterioridad al plazo indicado en el inc. anterior, sean a título gratuito u oneroso, deberán ser comunicadas por el Conservador de Bienes Raíces correspondiente a la Comandancia en Jefe de la Armada, dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha de la inscripción. Lo dispuesto en el inc. tercero del artículo 4° de este decreto ley será aplicable en caso de incumplimiento por parte del Conservador de Bienes Raíces, de la obligación referida.

Excepcionalmente, mediante decreto supremo fundado y previo informe de la Comandancia en Jefe de la Armada, podrán transferirse terrenos de playas fiscales, situados dentro de la faja de 80 metros de ancho, a que se refiere el inc. segundo de este artículo, a personas jurídicas chilenas sin fines de lucro, cuyo objeto sea el cultivo y propagación de las letras o de las artes, quedándoles prohibido, en todo caso, gravarlos o enajenarlos en todo o en parte.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de las normas que rigen en las zonas fronterizas y de otras disposiciones especiales sobre la materia".

De la mencionada normativa se pueden advertir disposiciones de carácter restrictivo y ciertas excepciones a las mismas. Las disposiciones restrictivas, insertadas por la ley N° 18.255, alteraron los principios generales sobre disposición o transferencia del dominio de bienes raíces fiscales, contenidos en el título IV del citado decreto ley, toda vez que prohibió su enajenación a cualquier título.

Cabe recordar la regla general, según la cual los bienes fiscales pueden enajenarse siempre que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines de los órganos de la Administración del Estado y que se hagan a título oneroso, pues solo por excepción es posible la transferencia a título gratuito (art. 83 y ss. DL N° 1.939/1977).

La norma restrictiva estableció, a su vez, en el inc. segundo, una excepción para su libre transferencia respecto de los terrenos de playa fiscales ubicados en las regiones X, XI y XII, sujeto, claro, al cumplimiento de ciertas condiciones, y bajo fuertes limitaciones para sus adquirientes.

Sin embargo, el inc. final del art. 6°, de esa disposición, amplió el margen de la excepción de transferibilidad, a todos los terrenos de playa fiscales, posibilitando su adquisición solo a personas jurídicas chilenas sin fines de lucro, cuyo objeto sea el cultivo y propagación de las letras o de las artes. Sin que éstos puedan gravarlos ni enajenarlos en todo o parte.

1.6.2. Un cambio de enfoque.

Convenimos, en síntesis, que la naturaleza jurídica del borde costero no puede entenderse solamente desde la teoría del dominio público, ya que ésta no otorga una explicación coherente a todos sus componentes físicos. En efecto, esta unidad geográfica, goza de una suerte de bipolaridad o dualidad, respecto de los regímenes que lo regulan (patrimonial y demanial). Por un lado, se advierte un régimen exorbitante respecto de los bienes de uso público que lo conforman, y por otro, un régimen restringido de transferibilidad de los terrenos de playa fiscales, conforme las disposiciones del art.6° DL N°1.939/1977.

Por tal motivo, es necesario buscar nuevos elementos conceptuales en aras a una depuración de la regulación de este singular espacio.

Para Lorenzo PÉREZ CONEJO es bastante evidente que la problemática general de los patrimonios colectivos (en nuestro caso el de bienes públicos), se centra hoy en mayor grado en las posibilidades de utilización de los mismos, *“habiéndose producido un desplazamiento del problema de la propiedad hacia el problema del uso, y por lo que se refiere concretamente a los bienes del demanio marítimo terrestre (en nuestro caso del borde costero) se trata de elementos eminentemente “usables”,*

*de ahí que el interés haya pasado del plano de la titularidad propiedad al del destino- utilización*⁹².

Por ahora, sin embargo, no abandonamos por completo la teoría de la demanialidad, ya que ésta nos otorga conceptos funcionales que nos permiten comprender mejor por qué el Estado destina estos bienes a ciertas finalidades, las que –a nuestro parecer- configuran el régimen de afectación del borde costero, el cual si bien se presenta disperso en el ordenamiento jurídico, permite entender mejor las reglas de administración y protección de este espacio del territorio.

1.7. AFECTACIÓN DEL BORDE COSTERO.

Cabe aclarar, en primer término, que la afectación es un concepto que se caracteriza por su transversalidad en los estudios del derecho, sin embargo, el desarrollo dado dentro de la teoría general de la demanialidad es el que nos provee de los elementos para determinar el destino o la afectación del borde costero.

1.7.1. Doctrina de la afectación.

Ha sido Manuel BALBBÉ, al sistematizar el esquema de los elementos del dominio público, quien ha puesto el asunto nuevamente a la vista⁹³, pues, como se sabe, la técnica de la afectación tiene un claro precedente con la *dicatio* o *publicatio* de Derecho romano⁹⁴.

⁹² PÉREZ CONEJO, Lorenzo: "Ensayo sobre dominio público y Demanio Litoral". Editado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Andalucía, 2001, pp.91-92.

⁹³ MONTT OYARZÚN, ob. cit.,(n. 40), p.136

⁹⁴CASTAN PEREZ-GÓMEZ, Santiago: "Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano". Ed. Dykinson. Madrid, 1996. p.69. La *dicatio* o *publicatio* se definen como "el acto realizado por la autoridad pública

Para BALBBÉ, son cuatro los elementos que configuran el demanio: el elemento subjetivo (titularidad de los bienes), elemento objetivo (cosas que pueden ser objeto de demanialidad), elemento teleológico (destino o finalidad del bien) y el elemento normativo (sometimiento de bienes a un régimen jurídico especial⁹⁵). Siendo, el elemento *teleológico* o *finalista* el que nos interesa, ya que considera a la "*afectación*" de bienes el criterio necesario (pero no suficiente⁹⁶) para que un bien sea considerado del dominio público⁹⁷.

Los autores han tomado la *afectación* para abordar el tema de la entrada y salida de un bien del dominio público y en consecuencia, para dotarlo de la protección del régimen exorbitante. De hecho la doctrina española ha llegado a señalar a la *afectación* como la pieza fundamental, la figura central (GARCIA ENTERRIA), la pieza clave (PAREJO ALFONSO), o incluso, la figura medular (GARRIDO FALLA) en el entramado del régimen demanial⁹⁸.

Para Marta FRANCH I SAGUER, no es fácil de definir el concepto de la *afectación*, "*ya que se trata en realidad, de una técnica jurídica para*

romana competente mediante el cual una cosa queda afectada o destinada al uso público. La publicatio como acto solemne y formal evidenciaba la dedicación del nuevo bien público a su destino". Citado en MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n.40), pp.47-48

⁹⁵ ZUÑIGA URBINA, ob. cit., (n.36) pp. 92-93. Las notas relevantes del elemento normativo, son la a) inenajenabilidad (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), b) publicidad posesoria; c) facultad de recuperación de oficio; y e) potestad sancionadora.

⁹⁶ MORILLO-VELARDE PÉREZ, ob. cit., (n.77), p. 131. El autor señala que la *afectación* por sí sola no es un criterio suficiente de demanialidad para ello necesitaría la confluencia de la titularidad pública.

⁹⁷ FRANCH I SAGUER, Marta: "*Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos*". En "*Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos)*". Coord. de REINA TARTIERE, Gabriel. Ed. Heliasta. Buenos Aires 2009, p.206.

⁹⁸ *Ibíd.*

*excluir un bien afectado a un fin público, del tráfico jurídico privado y protegerlo a través de un determinado régimen jurídico*⁹⁹.

No obstante, tal como lo aclaramos en un comienzo, la *afectación* no es un concepto privativo del dominio público, por el contrario aparece como medular en la teoría general del patrimonio. Como señala MONTT OYARZÚN, *"en el propio ámbito del Derecho público, debe señalarse que todos los bienes que son de titularidad de los órganos de la Administración del Estado –sean demaniales o patrimoniales- se hallan destinado al servicio de una finalidad pública"*¹⁰⁰ pues, al contrario de lo que sucede con los sujetos privados, el Estado está compelido constitucionalmente al cumplimiento de ciertos fines, asociados principalmente con la consecución del bien común por parte de la Administración.¹⁰¹

En esa perspectiva, cabe preguntarse si es posible hablar propiamente de una *afectación del borde costero*, cuya doble naturaleza (demanial y patrimonial), nos hace dudar si existe una única destinación para toda esa unidad geográfica, y que, en consecuencia, oriente a la Administración del Estado a los mismos fines.

La respuesta es de suyo compleja, pues la afectación de los bienes de dominio público y la afectación general de los bienes patrimoniales, si bien se someten al Derecho público, tienen una diferencia sustantiva. Para MONTT OYARZÚN, tal discrepancia *"radicaría en la singularidad y*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ MONTT OYARZÚN, *ob. cit.*, (n.40), p.154. *"...parece claro que la administración no se halla habilitada para ser titular de bienes que, de una u otra forma, no se pongan al concreto servicio de dichos interés (salvo, claro está, en supuestos excepcionales, como los adquiridos por herencia o legado o los que sean producto de la ejecución forzada de una deuda)"*.

¹⁰¹ *Ibíd.*

concreción de los fines a que cada bien demanial se encuentra vinculado”, además “la afectación de dominio público tiene una entidad y un rol tan determinante, que se postula una naturaleza “real” en la vinculación de dichos bienes al fin público específicamente determinado al efecto”¹⁰². En cambio, la finalidad de los bienes patrimoniales estaría destinada a “los fines públicos consustanciales a toda la actuación de la administración pública”¹⁰³, si se puede, a un destino más genérico dentro del orden jurídico constitucional, que en forma, inmediata o mediata, está dirigida al cumplimiento de los fines públicos.

Podemos aclarar con mayor precisión esta diferencia, si retomamos la afectación demanial, desde dos puntos de vista. Por una parte, debemos revisar las perspectivas de análisis de la afectación y, por la otra, debemos revisar la clasificación de los bienes de conformidad al destino a que se hayan vinculado, así existirá una afectación al uso público o afectación a un servicio público.

1.7.2. Perspectivas de análisis de la afectación.

El contenido conceptual de la afectación según MONTT OYARZÚN, debe ser analizado desde dos puntos de vista: a) la afectación como vinculación “real”¹⁰⁴ de un bien a un fin público y; b) la afectación como hito inicial de la integración de un bien a la categoría demanial¹⁰⁵.

a) vinculación real de los bienes

¹⁰² *Ibíd.* pp.155-156

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ El carácter real del estado permanente de afectación de un bien de dominio público, es explicado por un sector de la doctrina recurriendo al concepto de las obligaciones reales o *propter rem*.

¹⁰⁵ MONTT OYARZÚN, *ob. cit.*, (n. 40), p.156.

Esta idea dice relación con la destinación o vinculación de ciertos bienes a fines que se conciben como trascendentes y superiores a los meramente individuales. Esta situación determina la existencia de un régimen jurídico especial de utilización y protección. Pero esos fines, cada vez más amplios, tienen un rasgo común, asociado con la expresión *función pública*, es decir, relacionado con toda función estatal. Se agrega que la vinculación debe ser directa e inmediata, es decir, del bien por sí, a una cosa y no a una persona o grupo de personas. Para ARMIÑO ORTIZ, el carácter obligacional que emana de la afectación, determina que dicha exigencia no es en general al interés público, sino que es concreta y específica, a tal tarea o realización concreta.¹⁰⁶

b) Acto formal de destinación.

Luego, el hito inicial se refiere al acto formal de la Administración que incluye un bien de titularidad pública en el dominio público, sujetándolo por tanto, a un estadio permanente *-status subjectionis*¹⁰⁷, un régimen jurídico-público exorbitante, que lo excluye, por ende, del tráfico jurídico privado y, en consecuencia, de toda posibilidad de ser objeto de propiedad privada, estadio que durará hasta el momento de su desafectación.

1.7.3. Clasificación de afectación según el uso de los bienes.

Como mencionamos, se admite que la afectación lo sea a un destino de interés público. Sin embargo, los autores siguen discutiendo en torno al carácter y contenido de ese destino. Para CLIMENT BARBERÁ¹⁰⁸, el problema del concepto de afectación en el dominio público se desplaza,

¹⁰⁶ ARMIÑO ORTIZ, Gaspar: "La Afectación de bienes al Servicio Público." Escuela de Administración Pública. Alcalá de Henares. 1973, pp. 42-43. Citado en MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n. 40), p.159

¹⁰⁷ PAREJO ALFONSO, ob. cit. (n. 44), p. 2419

¹⁰⁸ CLIMENT BARBERÁ, Juan. pp.28-29. Citado en MONTT OYARZÚN ob. cit., (n.40), p. 161

pues, de la consideración de la simple afectación como destinación de un bien, a la determinación de qué destino será el que provoque la incorporación del bien afectado al dominio público. Así, la doctrina menciona: a) la afectación al uso público, y b) afectación al servicio público¹⁰⁹.

a) Afectación al uso público.

Según SÁNCHEZ MORÓN, la afectación al uso público es *"aquella utilización de una cosa pública que está, sin permiso especial, a disposición de todo el mundo o al menos de un sector no individualizado de personas"*¹¹⁰. En virtud de la afectación al uso público, la cosa queda vinculada al uso de todos los administrados sin distinción ni preferencia ninguna, *"generando un régimen de uso y aprovechamiento uti universo supone así la apertura del goce de los bienes a la colectividad sin perjuicio de las limitaciones que provengan de las normas de policía y de las normas que caracterizan y dan individualidad propia a cada particular estatuto demanial"*¹¹¹.

Según MONTT OYARZÚN, hay que considerar el fin público *"no ya en cuanto uso público como criterio que subordina el concepto de dominio público y los distingue del dominio privado sino en cuanto protección y resultado del ejercicio de una modalidad de la función administrativa"*¹¹². Para la doctrina moderna el uso público se refiere una noción superior, la función pública, de la que es una mera manifestación, y que *"se muestra*

¹⁰⁹ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n.40), p.162.

¹¹⁰SÁNCHEZ MORÓN, Luis, (Director): "Los bienes públicos (Régimen jurídico)". Ed. Tecnos. Madrid, 1997. p. 39. Citado en MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n.40), p. 162.

¹¹¹ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n. 40), p. 162.

¹¹² *Ibíd.*

en la apertura de tales bienes al uso general de los administrados, en la admisión general o individual de éstos a dicho goce, en el ejercicio de una constante actividad encaminada a la regulación del uso por los particulares y en la mayor o menor intensidad en su actuación”¹¹³.

Por último, como nota fundamental, se exige que el uso público tenga una vinculación directa pues, *“no existe una afectación al uso público, sino cuando los particulares utilizan el bien directamente por ellos mismos”¹¹⁴.* De lo contrario, no habría afectación al uso público, sino al servicio público.

En nuestro derecho, los bienes afectos al uso público corresponden a los denominados bienes nacionales de uso público, aquellos cuyo *“uso pertenece a todos los habitantes de la nación”* (589 inc.2 CC.).

b) Afectación al servicio público.

La afectación a un servicio público, se refiere a todos aquellos bienes que sirven de soporte a la realización de actividades y funciones efectuadas por alguno de los organismos integrantes del complejo de personas jurídicas que conforman el Estado. Si bien se reconoce que está sola afectación no es condición suficiente para la dominicalidad pública, en un sentido genérico sí es una condición determinante de tal régimen. Se añaden ciertos criterios básicos para una mejor delimitación de esta categoría tales como la especial vinculación del bien al servicio, la destinación

¹¹³ ibíd.

¹¹⁴ Ibíd. p.163.

directa del bien al servicio y la esencialidad del bien para el funcionamiento del servicio¹¹⁵.

No podemos olvidar, sin embargo, lo señalado en apartados anteriores, en orden a que en nuestro derecho, no resulta tan claro que los bienes destinados a un servicio público disfruten, en estricto sentido, de un régimen de exorbitancia, pues éstos solo se protegerían mediante la inembargabilidad, a diferencia de los afectos al uso público, que detentarían las notas de indisponibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad.

1.7.4. Afectación de los bienes públicos del borde costero.

Si sometemos las perspectivas de análisis expuestas en el apartado anterior con el objeto de diferenciar la afectación de las dos dimensiones del borde costero, podemos esclarecer que ésta radicaría en dos puntos.

En un primer término, cabe anotar que no existiría, *prima facie*, una finalidad específica que oriente a un *fin público* concreto a los terrenos de playa fiscales (al menos no de forma inmediata), ello pues no existe un *acto formal* que lo someta al régimen exorbitante del que hemos hablado.

En segundo lugar, tampoco es posible determinar, a primera vista, un uso o servicio público a que pudieran estar afectos los terrenos de playa fiscales, cuestión que sí ocurre con los bienes de uso público (playas, mar adyacente, ríos, lagos, etc.) afectados en forma concreta y directa al uso público por el Código Civil (art. 589 CC) al expresar que "*su uso pertenecen a todos los habitantes de la nación*"; y alejados de su libre

¹¹⁵ MONTT OYARZÚN, ob. cit., (n. 40), p. 165. El autor agrega las notas de continuidad y de sustituibilidad.

apropiación por la Constitución (19 N° 23), al disponer que se pueden adquirir todos los bienes *“excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”*.

En pocas palabras, no podríamos hablar, propiamente de afectación respecto de los *terrenos de playa*, en el sentido que la doctrina da para incorporarlo al régimen exorbitante, y del cual sí gozan los bienes nacionales de uso público, como hemos repetido con insistencia.

Es más, la restricción a la libre transferibilidad de los terrenos de playa (art.6 inc. 2 DL N°1.939/1977), que se alejó de la regla general de administración y disposición de los bienes patrimoniales del Estado, no tuvo por finalidad asimilar la excepción constitucional al principio de la libre apropiabilidad de los bienes (19 N° 23 CPR), ya que, según la historia de la ley que introdujo la modificación al referido decreto ley (ley N° 18.255)¹¹⁶, la norma se dispuso por razones de orden estratégico y de seguridad nacional, y no se fundamentó en argumentos técnicos relacionados con el manejo del borde costero, sino que habría sido una respuesta a la coyuntura política internacional¹¹⁷.

¹¹⁶ La modificación al DL N° 1.939/1977, consistente en agregar una frase al inc. segundo del art.6 del mismo texto, se funda en lo siguiente: *“agregar una frase que tiene por objeto cumplir con la necesidad de que el Estado, por razones de orden estratégico y de seguridad nacional, ejerza un control directo y permanente en nuestro litoral no solo hasta donde alcanza el agua en sus más altas mareas, sino que también a los denominados terrenos de playa fiscales”*. Agrega que *“en este orden, la norma que se propone, prohíbe a contar de su vigencia la enajenación de los terrenos de playa fiscales conservando la tuición de ellos el Ministerio de Defensa Nacional a quien corresponde calificar los casos en que sea posible entregar estas superficies particulares, a título de concesión marítima o destinación otorgada por la subsecretaría de marina”*. Historia de la ley, Excma. Junta de Gobierno, Leyes 18.255-18.256, Transcripciones y Antecedentes, Folio 1-311, Tomo 113, Biblioteca Nacional del Congreso, BCN, p.105. Citado en PAZ BERDICHEWSKY, ob. cit., (n.85),p.21

¹¹⁷ PAZ BERDICHEWSKY, ob. cit., (n.84), p.22

Entonces cabe preguntarse por qué hablar de *afectación del borde costero*.

1.7.5. Noción de afectación del borde costero.

Previo a aclarar la noción de afectación del borde costero, es menester explicar cuáles son los usos de que son susceptibles los bienes de dominio público.

La doctrina divide los usos se dividen en dos grandes grupos: los usos *comunes* y los usos *especiales*, que difieren entre sí no solo por la índole del aprovechamiento sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios. El uso *común* es también llamado uso "general", en tanto que el uso *especial* se le denomina uso "privativo", "exclusivo" o "diferencial"¹¹⁸.

Esta clasificación es extensiva al borde costero con algunos matices, pues al no aplicársele la técnica del dominio público no habría un *uso general* de los terrenos de playa fiscales¹¹⁹.

Luego, respecto de si tiene sentido hablar propiamente de una afectación del borde costero, hay que establecer como primer punto, que en gran medida sus componentes geográficos sí están afectos al *uso general* de los

¹¹⁸ MARIENHOFF, Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo". Ed. Abeledo Perrot, 4ª Edic., Tº Vol., Buenos Aires, 1982, pp. 351-352.

¹¹⁹La CGR mediante su dictamen N° 52.126/2005, ha manifestado que "*la concesión marítima significa para su titular un derecho especial de uso sobre el bien concesionado, el que tratándose de un bien nacional de uso público, deja de estar destinado a este tipo de uso en la parte concesionada y se entrega al uso particular*".

administrados¹²⁰ y, por lo demás, porque existe la eventualidad de que los terrenos de playa también pueden verse afectados en el contexto de un permiso o una concesión marítima. De esa forma, con esas medidas administrativas se configuraría -en términos de MONTT OYARZÚN-, el *acto formal* por el cual se destina el bien público a la satisfacción de una finalidad pública concreta, como ocurre por ejemplo, con la infraestructura portuaria o los muelles construidos por la DOP, entre otros.¹²¹

Pero más allá de la eventualidad de una afectación de los terrenos de playa en el marco de una medida administrativa, cabe preguntarse por qué la regulación más actual ha incorporado la noción de *afectación del borde costero*. Y con qué intención el legislador ha empezado hablar de ella.

Por ejemplo, en el mensaje de la ley N° 20.249, que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, el legislador refiere expresamente a "*las normas de afectación de los espacios del borde costero*", a "*las figuras de afectación*", incluso a "*las instituciones de afectación*", para aludir a la normativa de las concesiones marítimas, y a otros derechos que en el futuro pueda contemplar el ordenamiento jurídico respecto el uso y protección de esa área.¹²²

Asimismo, vemos que dicho mensaje recuerda que la ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), creó las áreas de conservación de

¹²⁰ Según la clasificación del apartado 1.3 de este trabajo, se trata los bienes de uso público naturales, se entienden otorgados al uso de toda la nación, los que en tal condición están destinados a una finalidad específica de carácter público.

¹²¹ En el capítulo siguiente se verá que el borde costero, en efecto puede verse afectado para satisfacer fines públicos, por ejemplo, mediante una concesión marítima otorgada en beneficio de una municipalidad, o mediante la figura de la destinación marítima a un servicio fiscal.

¹²² Mensaje ley N° 20.249, Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, D.O de 16 de febrero de 2008

recursos hidrobiológicos y las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, en cuya virtud se altera el *uso común* de dichos espacios, otorgando una protección especial a un área específica del borde costero. Desde nuestro punto de vista, bajo la noción de *afectación del borde costero* subyace una idea que permite dar una explicación más global al vínculo que tiene el Estado con este espacio tan particular del territorio, y que le permite darle un destino específico y alterar su uso público, pero a la vez, la legislación actual está orientada a su protección, limitando la apropiación y la proliferación de enclaves privados sobre ella.

En efecto, la existencia de normas de Derecho público que protegen tanto los terrenos de playa (art. 6° inc.2 DL N° 1.939/1977), como el resto del borde costero al excluirlo del principio de libre apropiabilidad (art.19 N°23 CPR), implica un sistema inorgánico de protección que está expresado en una exorbitancia y una serie de privilegios¹²³, los que se ahondarán y marcarán con mayor profundidad en cuanto se trate de bienes pertenecientes al dominio público (inalienabilidad e imprescriptibilidad) y se atenuarán cuando sean bienes patrimoniales (inembargabilidad y transferencia restringida). Todo ello configura la idea de *afectación del borde costero*.

De ese modo, al referirnos a la regulación de la *afectación del borde costero*, utilizamos el concepto de *afectación* en un sentido lato, no tanto para incorporarlo al régimen exorbitante del dominio público, sino para referirnos al sistema de protección que orienta los usos a que están, o que pueden estar destinados sus componentes.

¹²³ Esta suerte de régimen exorbitante, a nuestro parecer, está motivado, en principio, por las razones de orden estratégico y de seguridad nacional como se pudo desprender de la historia de ley N° 18.255 (nota 121), pero más fuertemente por la exigencia de un desarrollo económico y sustentable del área.

Ello cobra completo sentido cuando recordamos las características geográficas peculiares que detenta el borde costero, y el interés público -mediato o inmediato- que tiene el Estado sobre estos bienes públicos, y que precisamente lo hace distinguir de otros que están destinados simplemente a mantener rentas fiscales, y sobre los cuales no prima una mirada estratégica, que ordene los diversos intereses involucrados.

Entonces, para nosotros, la afectación del borde costero es un sistema de protección que explica el vínculo relacional del Estado con cada uno de sus componentes y que va más allá del dominio público pues, explica porque se permite alterar el uso *común* de los bienes de uso público y, a su vez, permite destinar a un uso concreto *los terrenos de playa* que en principio no estaban afectados, todo bajo una mirada de protección, la que se ha intentado armonizar por un estatuto de usos, el que se ha comenzado a ordenar gracias a la Política Nacional del Borde Costero.

La manifestación más corriente de esta afectación, se da mediante las concesiones marítimas o las destinaciones, que otorgan el uso particular de este espacio alterando su destinación regular (uso común) en forma temporal¹²⁴. También reconocemos como parte del sistema de afectación, junto con las autorizaciones o permisos, otras medidas administrativas tendientes a proteger y gestionar el uso adecuado del área, las que serán analizadas en el capítulo siguiente.

¹²⁴ Para la doctrina no existe un concepto unívoco de concesión administrativa, sin embargo, con esta idea no se pretende desnaturalizar sus nociones básicas, que la entienden como un acto administrativo (o como contrato administrativo), que confiere derechos reales administrativos en virtud de los cuales se otorga el uso especial (exclusivo y excluyente) de un bien de dominio público. Sino que se pretende constatar a las concesiones marítimas como instrumentos que materializan las afectaciones del borde costero, y que a nuestro entender, forma parte del sistema de afectaciones, por cuanto como hemos señalado, alteran el destino del espacio en que se otorga.

2. CAPÍTULO SEGUNDO.

2.1. REGULACIÓN DE LA AFECTACIÓN DEL BORDE COSTERO.

El Borde Costero al igual que otros bienes públicos es susceptible de diversos actos de administración que alteran su uso común en beneficio del interés público. Así, con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas se le asigna un uso especial, mediante la creación de nuevos derechos en beneficio de un particular por un tiempo determinado. La manifestación más corriente de esta alteración se da, como ya mencionamos, mediante el otorgamiento de un título concreto -la concesión marítima-.

Cabe recordar, sin embargo, que el ordenamiento jurídico también permite que por medio de concesiones de diversa naturaleza, se asigne un uso especial sobre este espacio, hablamos, por cierto, de derechos reales administrativos que se confieren sobre bienes nacionales para la prestación de servicios públicos. Por ejemplo, para servicios de telecomunicaciones, servicios sanitarios, servicios eléctricos, etc¹²⁵.

En este apartado abordaremos la regulación de la afectación de borde costero, regulación que, a nuestro juicio, incluye los medios por los cuales la Administración del Estado confiere sobre el borde costero un uso

¹²⁵ Respecto de las concesiones de servicios públicos que pueden recaer en sobre el borde costero, ver: art. 18 de la ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, D.O. 2 de octubre de 1982; el DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, los arts. 1° N° 4 letra b, 16, 221 y 222, de la Ley General de Servicios Eléctricos; el DFL N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, arts. 9 y 49 de la Ley General de Servicios Sanitarios; el DFL N° 323, de 1931, el art.12, de la Ley de Servicios de Gas; los art. 3° inc. final y 5° de la ley N° 19.657, Sobre Concesiones de Energía Geotérmica, D.O. 7 de enero de 2000, aunque, esta última no es propiamente un servicio público.

especial, destinándolo a fines específico. Por ejemplo: la instalación de un kiosco en un balneario o una planta desalinizadora (concesión marítima), el cultivo de especies hidrobiológicas en el mar o en un lago (concesión de acuicultura), el desarrollo de una obra portuaria ejecutada por la administración pública (destinaciones), o en su caso, el establecimiento de prohibiciones para el desarrollo de ciertas actividades en las zonas afectadas, ya sea para proteger el medio ambiente (Áreas Marinas Protegidas) o para proteger a grupos de minorías, como las etnias indígenas (Espacios Marinos Costeros de los Pueblos Originarios).

Como sabemos, la demanda por espacios en el borde costero es muy alta, y el establecimiento de cualquiera de estos usos especiales causa en consecuencia efectos directos para el resto de los grupos de interés que pretenden legítimamente en el uso del área, ya que si bien, a veces éstos pueden ser compatibles, en otros casos se excluye dicha posibilidad.

Veremos que esta regulación no se presenta sistematizada, sino todo lo contrario, se caracteriza por una dispersión en el ordenamiento, compuesta por normas de diferente naturaleza. Sin embargo, veremos que éstas se encuentran interrelacionadas, generando para los servicios públicos intervinientes la obligación de actuar de forma coordinada en su gestión.

Es necesario hacer presente que hemos excluido de nuestro análisis, la normativa portuaria, pues si bien, precisamente su infraestructura (que es de uso público¹²⁶) se ubica en las zonas que nos interesa, y constituye una

¹²⁶ El art. 3°, de la ley N°19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, D.O. 19 de diciembre de 1997, dispone que "*Los puertos y terminales que administren las empresas serán de uso público, de conformidad a las normas de esta ley, y prestarán servicios en forma continua y permanente.*"

potente afectación del borde costero, en éstas -a diferencia de lo que ocurre con las concesiones marítimas-, se ha proscrito el uso del área afectada para otros destinos, de modo que no existirían situaciones de incompatibilidad que complique mayormente a los interesados, ya que incluso esta normativa sectorial imposibilita el otorgamiento de nuevos usos especiales para fines que sean compatibles¹²⁷.

2.1.1. Concesiones Marítimas.

Según lo advertimos en el primer capítulo, las concesiones marítimas constituyen el principal medio en virtud del cual se puede utilizar en forma particular el borde costero.

Esto significa establecer un uso especial a favor de un particular sobre un sector determinado de esta unidad geográfica, adscrito a un régimen estatutario específico -dado por LCM y el RCM-, para que el beneficiario lo destine a los fines que estime conveniente, sea que tenga por objeto fines turísticos, industriales, comerciales, etc., los que, en todo caso, deben

¹²⁷ El DFL N° 1/1998 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que Adecua Disposiciones Legales Aplicables a las Empresas Portuarias Creadas por la Ley N° 19.542, D.O. 31 agosto de 1998. En su art. 2° señala que: "*En los recintos portuarios que administran las empresas creadas por la ley N°19.542 no será aplicable al régimen de concesiones marítimas establecido en el DFL N° 340 de 1960, y su Reglamento, ambos del Ministerio de Defensa Nacional; sin perjuicio de las demás facultades y atribuciones del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, de la Dirección General de Territorio Marítimo y de Marina Mercante.*" A su vez, el art. único transitorio, del mismo texto legal señala que, "*Las destinaciones y concesiones marítimas existentes, localizadas dentro de los recintos que administren las empresas portuarias, continuarán vigentes hasta su vencimiento. Tratándose de solicitudes de renovación de dichas concesiones marítimas o destinaciones, el interesado deberá presentar su solicitud en los términos previstos en el decreto supremo N°660, de 1988, del Ministerio de Defensa Nacional, acompañando a ésta, además, un informe de la Empresa Portuaria de Chile o su correspondiente continuadora legal, respecto del objeto de la concesión.*"

desarrollarse con arreglo al ordenamiento jurídico¹²⁸, y que en caso alguno, podrá impedir el *uso común* sobre la playa, en la que siempre se debe permitir el disfrute de los habitantes¹²⁹.

La definición de concesión marítima, la encontramos en la LCM que data del año 1960¹³⁰, así reza el art. 3° que "*Son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes*"¹³¹.



Resulta importante señalar que las concesiones se otorgarán por decreto supremo del MDN, por medio de la SFFAA, y que su tramitación se somete al control preventivo de legalidad de la toma de razón¹³².

¹²⁸ Art. 11 RCM "*Las concesiones marítimas se otorgarán sin perjuicio de los estudios, declaraciones y permisos o autorizaciones que los concesionarios deban obtener de los organismos públicos y/o municipales para la ejecución de ciertas obras, actividades o trabajos, de acuerdo con las leyes o reglamentos vigentes, incluidos los de impacto ambiental cuando corresponda.*"

¹²⁹ Cuando la autoridad otorga este beneficio, sobre sectores de playa, se le establece la obligación de no impedir el acceso a las playas, obligación que debe quedar plasmada en el decreto que confiere la concesión, y en la escritura pública que se suscriba al efecto.

¹³⁰DFL N° 340/1960 Sobre Concesiones Marítimas, del Ministerio de Hacienda. D.O. 6 de abril de 1960.

¹³¹ Similar definición encontramos en el art. 23 del RCM. "*Son concesiones marítimas las que de conformidad con los artículos precedentes se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponden al Ministerio, cualquiera sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes.*"

¹³² Art. 10.1.3 de la Resolución N° 1.600, de 2008 de la Contraloría General de la República. D.O. 6 de noviembre de 2008.

La LCM solo cuenta con 14 arts., dando solo las líneas generales de la regulación de este instituto, sin desarrollar mayormente el procedimiento para su otorgamiento, sin embargo destacan ciertas disposiciones como las que establecen al MDN como el órgano administrador de esta área. Esa Secretaría de Estado opera por medio de la SFFAA, indicándola como la autoridad con atribuciones privativas para el otorgamiento de las concesiones (arts. 1° y 2°), y a la DIRECTEMAR como la autoridad marítima encargada de la fiscalización y control del territorio marítimo. Asimismo, en la LCM se regulan, sumariamente, el cobro de las rentas y tarifas respectivas (art. 4°); el establecimiento de concesiones gratuitas a favor de entidades que no persigan fines de lucros (municipalidades, instituciones de beneficencia social, de deportes etc. art. 4° inc.2), y las normas de caducidad y terminación (arts.7° y 8°). Pero lo que genera mayor controversia¹³³, es la potestad que se confiere al Estado, que lo faculta a poner término anticipado a la concesión sin responsabilidad para éste, otorgando un plazo para prudente para ello (art.9°), o bien, la que le posibilita terminar el beneficio, sin necesidad de expresar causa alguna y sin estar obligado a otorgar plazo de gracia, en cuyo caso procederá una indemnización de perjuicios correspondiente (art. 10).

Ahora bien, la institucionalidad de la concesión marítima ha tenido que complementarse mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente, situación que -como sabemos-, genera cuestionamientos respecto de los límites para abocarse a materias no abordadas por el legislador.

¹³³ Véase, LAVÍN VALDÉS, Julio: "La Contraloría General de la República y el Régimen de concesiones marítimas y de acuicultura". En revista "La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Conmemoración 75 Aniversario. CGR. Santiago, 2002, pp. 189-211. Ver también, NAVARRETE TARRAGÓ, Arturo. "Régimen Jurídico de las Concesiones Marítimas". En Revista Chilena de Derecho. Vol. 25. N°4. Santiago, 1998.

El RCM, junto con precisar las líneas básicas tratadas en la LCM, establece otras reglas de importancia, a saber: la clasificación entre concesiones marítimas mayores (cuyo plazo de otorgamiento exceda de 10 años o involucre una inversión superior a las 2.500 Unidades Tributarias Mensuales) y concesiones marítimas menores (aquella que se otorga por un plazo superior a 1 año y que no excede de 10 años e involucre una inversión igual o inferior a las 2.500 Unidades Tributarias Mensuales). En ningún caso éstas concesiones mayores podrán exceder los 50 años de concesión (art. 24), sin embargo, se ha establecido la posibilidad de renovación, la que se otorgara con el mismo plazo señalado para la concesión primitiva, salvo que se acredite que el valor de la inversión ha aumentado, en cuyo caso, podrá otorgarse un plazo mayor; pero si dicha inversión ha disminuido, la autoridad puede establecer un plazo inferior (art. 15 inc. final). De ese modo, nos encontramos ante escenarios hipotéticos en que se puede establecer concesiones de 50 años renovables, por períodos de más años, convirtiéndose virtualmente, en perpetuas.

El RCM regula los pasos que el beneficiario debe seguir para obtener, en los sectores concesibles (playa, mar, terrenos de playa), los objetivos de su solicitud, la que puede constituirse en diversos tipos de fines, ejecución de actividades, construcción de obras o infraestructura, destinadas asimismo, a múltiples fines; por ej., casas de veraneo, muelles, boyas, kioscos, restaurantes, pescaderías y hasta plantas termoeléctricas.

Sin embargo, para resguardar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, el reglamento ha previsto que en su art. 11, que *“Las concesiones marítimas se otorgarán sin perjuicio de los estudios, declaraciones y permisos o autorizaciones que los concesionarios deban obtener de los*

organismos públicos y/o municipales para la ejecución de ciertas obras, actividades o trabajos, de acuerdo con las leyes o reglamentos vigentes, incluidos los de impacto ambiental cuando corresponda.", obligando al peticionario a realizar todas las gestiones y trámites que sean necesarios para que el desarrollo de su actividad, y que el objeto de su solicitud se ajuste al ordenamiento.

Por último, en cuanto al procedimiento para el otorgamiento del beneficio, el RCM detalla las etapas y trámites que deben seguir los particulares para obtener una concesión de esta naturaleza (Título IV). Asimismo, ha establecido el trámite de legalización, previo a la entrega de las concesiones (Título V); la transferencia y el arriendo (Título VI); las sanciones y multas (Título VII); la caducidad (Título VIII); la terminación (Título IX); la ocupación ilegal (Título X); las rentas por la concesión y las tarifas por el uso de las mejoras fiscales (Título XI), entre otras materias.

2.1.2. Los permisos o autorizaciones marítimas.

Sin constituir una afectación tan fuerte, los particulares pueden solicitar permisos de orden precario para utilización temporal (hasta 1 año) del borde costero, así lo establece el art. 3° inc. 4 de la LCM, al disponer que *"Son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgadas hasta por el plazo de un año."* Agrega que, *"Las autorizaciones o permisos serán otorgados directamente por la Dirección del Litoral y de Marina Mercante. Las demás concesiones se otorgarán por decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina."*

El RCM en su art. 5°, una similar definición a la anterior, pero agrega, que la DIRECTEMAR puede, en forma excepcional, otorgar permisos

transitorios, para ocupar en forma anticipada los sectores solicitados por concesión marítima, para efectuar estudios relacionados con el destino que se pretende darle, durante su tramitación. El inc. final, de la misma disposición señala que la DIRECTERMAR, podrá delegar en los Gobernadores Marítimos o Capitanes de Puerto, la facultad para otorgar estos permisos, cuando se trate de las materias indicadas en el art.4° del RCM¹³⁴.

El procedimiento de tramitación es similar al de las concesiones, con algunos matices, por ejemplo, no se requiere la reducción a escritura pública (art. 38 RCM), atendida la naturaleza transitoria y precaria del mismo¹³⁵.

2.1.3 Destinaciones Marítimas.

El art. 6° del RCM, establece la posibilidad de que a los servicios fiscales se les otorgue el uso privativo para realizar su actividad, por medio de la destinación, afectando, de ese modo, un sector específico, al cumplimiento de una función pública concreta, bajo la condición que se mantenga realizando el objeto para el cual fueron destinados¹³⁶.

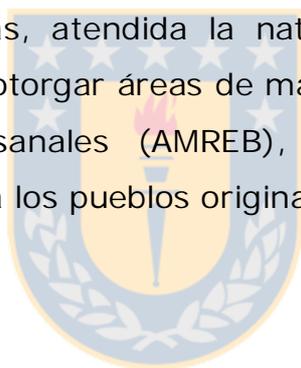
¹³⁴ Art. 4° RCM *"Dentro de las atribuciones a que se refieren los artículos anteriores, corresponderá especialmente a la Dirección el autorizar la extracción de materiales varios que se encuentren en las áreas sujetas a su fiscalización y control, como asimismo, autorizar en esos lugares la instalación temporal de carpas u otras construcciones desarmables, de avisos de propaganda, de boyas y atracaderos para embarcaciones menores, de colectores de semillas, de balsas para bañistas y boyarines destinados a delimitar áreas de recreación"*.

¹³⁵ Véase el dictamen N° 34.101/2012 CGR, que refiriéndose sobre la legalidad del otorgamiento del permiso, y la delegación del mismo a la Capitanías de Puerto de Algarrobo, señala que, se trata de una especie de concesión marítima de poca importancia, de carácter transitorio y precario.

¹³⁶ Art.6° RCM *"El Ministerio podrá destinar a los servicios fiscales, a través de la respectiva Secretaría de Estado, los bienes fiscales y bienes nacionales de uso público sometidos a su tuición."*

El ejemplo más patente se presenta, cuando se destina determinados sectores del borde costero a la Dirección de Obras Portuarias (DOP) del Ministerio de Obras Públicas para la ejecución de la infraestructura para pescadores artesanales, la que posteriormente, una vez ejecutadas las obras, podrá ser solicitada por agrupaciones de pescadores artesanales, como concesión marítima, usualmente, en forma gratuita.

Veremos *infra*, que la técnica de la destinación también se utiliza para otorgar de hecho, el uso exclusivo de parte del borde costero a particulares, bajo condiciones muy específicas, que se diferencian de las concesiones marítimas, atendida la naturaleza especial del uso que se otorga. Por ej., para otorgar áreas de manejo de recursos bentónicos para los pescadores artesanales (AMREB), o bien, para otorgar espacios costeros marinos para los pueblos originarios (ECMPO).



2.1.4. Concesiones de acuicultura.

Otra típica forma de otorgar usos especiales o particulares sobre el borde costero, se da mediante las concesiones de acuicultura. Esta institución, que tiene un desarrollo reciente en nuestro país¹³⁷, en un período muy breve de tiempo se ha convertido en la cuarta actividad en importancia económica de Chile, sobrepasando a la pesca extractiva en cantidad de

Ningún servicio fiscal podrá retener en su poder, bajo pretexto alguno, los bienes a su cargo sin ocuparlos en el objeto para el cual fueron destinados."

¹³⁷ Para un análisis del desarrollo de la actividad acuícola en nuestro país véase, PÉREZ YÁÑEZ, Eduardo: "Análisis Crítico de la Legislación sobre Acuicultura". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Valdivia, 2002.

producción y en nivel de exportaciones¹³⁸. Actualmente, pese haber sufrido una importante depresión por los virus que afectaron a la salmonicultura¹³⁹, ha tenido un repunte en sus exportaciones situándola nuevamente en las actividades económicas más rentables e importantes para nuestro país¹⁴⁰, cuestión que para nuestros efectos, demuestra el fuerte interés económico por la obtención de estos beneficios por parte de la Administración, en las áreas que sean apropiadas para su desarrollo. Respecto a su regulación, la LCM indica que estas concesiones serían una especie de concesiones marítimas, así el art. 3°, inc. 2, señala que las concesiones de acuicultura, son aquellas *“que se otorgan para fines de cultivo de especies hidrobiológicas, en las áreas fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por el Ministerio de Defensa Nacional, y se rigen por las disposiciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura”*. Complementando lo anterior, el inc. 3, en lo que interesa, agrega, que estas concesiones deben estar *“...situadas dentro de las áreas fijadas por el plano regulador dictado por el Ministerio de Defensa Nacional, y se regirán por las disposiciones de la ley general de ordenamiento pesquero.”*

¹³⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “Política y Regulación Ambiental de la Acuicultura chilena”. En RDUCV 1°. XXVIII, Valparaíso, 2007, p. 308

¹³⁹ En nuestro país, el primer caso de la Anemia Infecciosa del Salmón (ISA), fue reportado oficialmente el 25 de julio de 2007, en un centro de cultivo en Chiloé central, a partir de ese momento, se ha detectado la enfermedad y el virus en otros centros de cultivos de Salmón del Atlántico, ubicados en distintas zonas de la X, XI y XII región, produciendo pérdidas millonarias para el sector. Datos obtenidos del Servicio Nacional de Pesca. Recurso disponible en: http://www.sernapesca.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=588:anemia-infecciosa-del-salmisa&catid=31:acuicultura&Itemid=695. (junio 2013)

¹⁴⁰ Según las estadísticas del “RESUMEN DE EXPORTACIONES PESCA + ACUICULTURA” de la Revista Aqua, el año 2011 se exportó una cantidad de 343.441 toneladas, a un valor de 2.102.516 miles US; el 2012, una cantidad de 434.068 toneladas, por un valor de 2.282.443 miles US. Disponible en: <http://www.directorioaqua.com/contenido/pdf/Agosto12estadisticas/LISTA-Exportac%20por%20recurso%20Agosto%202012.pdf>. (junio 2013)

Si bien, de la lectura del precitado art. 3º, da la impresión que las concesiones marítimas engloban a las concesiones de acuicultura, empero, cabe advertir que estas últimas han desarrollado su propia individualidad después de la dictación de la LGPA¹⁴¹, al incorporar actualmente -en el Título VI de dicha ley- su propia regulación, la que con el tiempo ha obligado al poder legislativo a realizar una intensa actividad en orden a regular y actualizar su desarrollo¹⁴².

En efecto, la LGPA entregó al sector acuicultor un marco jurídico que contiene una serie de disposiciones que por primera vez sistematizaron un procedimiento único para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones de acuicultura. Este marco jurídico se vio complementado por los reglamentos dictados en cumplimiento del mandato legislativo, para integrar las disposiciones generales de la ley y desarrollar aquellas materias en las que ésta no había profundizado. Así, el procedimiento establecido en el Reglamento sobre Concesiones de Acuicultura, se efectúa

¹⁴¹ Las concesiones de acuicultura se reglamentan en el Título VI de la del DS 430/1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. D.O. 21 de enero de 1992; como también, en el RCA, DSN°290/1993, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción.

¹⁴² Entre otras modificaciones a la LGPA, en materia de acuicultura, podemos mencionar, Ley N° 20.091 Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en Materia de Acuicultura, Ley N° 20.434, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en Materia de Acuicultura. D.O. 8 de abril de 2010. Ley N° 20.437, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura, en Materia de Áreas de Manejo y Registro Pesquero Artesanal. D.O. 29, de mayo 2010. Ley N° 20.583 Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en Normas Sanitarias y de Ordenamiento Territorial Para las Concesiones de Acuicultura, D.O. 2 abril de 2012. Ley N° 20.597 Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en Materia de Fondo para la Pesca Artesanal, crea la Comisión Nacional de Acuicultura y los Consejos Zonales de Pesca que indica, y otras Materias y Modifica otros Cuerpos Legales Relacionados. D.O. 3 agosto de 2012.

fundamentalmente ante la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura¹⁴³ (SUBPESCA) y el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), correspondiendo intervenir a la SFFAA sólo en la fase resolutive, en el caso de las concesiones de acuicultura.¹⁴⁴

El art. 67 en su inc. 1, nos señala las áreas que son susceptibles de ser fijadas como apropiadas para el ejercicio de la actividad acuícola son las playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas dentro y fuera de las bahías, y en los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso. El inc. 2, agrega que en los ríos no comprendidos en la enumeración anterior (es decir, los no navegables) se podrá conceder concesiones de acuicultura sólo sobre la extensión en que estén afectados por las mareas y respecto de los mismos bienes o sectores ya indicados¹⁴⁵.

Sin embargo, el inc. 6 de la misma disposición, establece una excepción, en virtud de la cual no se podrán otorgar concesiones ni autorizaciones de acuicultura en los bienes que hemos señalado, si es que en las respectivas áreas existen *bancos naturales de recursos hidrobiológicos*, incluidas las praderas naturales de algas.

2.1.4.1 Áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA).

En el caso de las concesiones de acuicultura, es necesario que las áreas susceptibles de actividad acuícola hayan sido fijadas por un acto de

¹⁴³ El art. 4° de la ley 20.597, D.O. 3 de Agosto de 2011, reemplazó el nombre de la Subsecretaría de Pesca, por el de Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

¹⁴⁴ El RCA, se encuentra en el DS N°290/1993, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción.

¹⁴⁵ Inc.10 art. 67 LGPA "*Las clases de concesiones y autorizaciones de acuicultura reconocidas por esta ley son: de playa; de terrenos de playa; de porción de agua y fondo, y de rocas.*"

autoridad como *apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA)*¹⁴⁶. Esta declaración, debe ser hecha mediante decreto supremo expedido por el MDN (inc.1 art. 67)¹⁴⁷.

En forma previa a la dictación de los respectivos decretos, SUBPESCA es la responsable de elaborar los estudios técnicos para la determinación estas áreas, debiendo con este objeto consultar a los organismos encargados de los usos alternativos de esos terrenos o aguas, considerando especialmente dos aspectos: a) la existencia de recursos hidrobiológicos o de aptitudes para su producción, y b) la protección del medio ambiente¹⁴⁸.

Además, la Subsecretaría en la elaboración de estos informes también tendrá en cuenta otras circunstancias que la LGPA señala: a) las actividades pesqueras extractivas artesanales y sus comunidades; b) los canalizos de acceso y salida de puertos y caletas; c) las áreas de fondeo de la escuadra nacional y de ejercicios navales; d) las áreas de desarrollo portuario; e) los aspectos de interés turístico; y f) las áreas protegidas que se encuentren contempladas en la zonificación del borde costero.

¹⁴⁶Art. 16 RCA, *"Al Ministerio de Defensa Nacional le corresponderá el otorgamiento de toda concesión de acuicultura, mediante la dictación de una resolución de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas que indicará el régimen a que queda sometida la concesión, de conformidad con el artículo 80 bis u 80 ter de la ley e individualizará las coordenadas geográficas indicadas en el plano elaborado conforme al artículo 14 ter y las coordenadas de los vértices de la concesión referidas a la carta en que fueron fijadas las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura."*

¹⁴⁷ Inc. 10 art. 67 LGPA *"Los decretos que se dicten de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, deberán delimitar claramente las áreas geográficas que se fijan como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, especificándose el perímetro de ellas"*

¹⁴⁸ Inc. 9 art 67 LGPA.

Asimismo, se excluirán para el establecimiento de las AAA los caladeros de pesca que se establezcan en la forma que defina el reglamento¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

Actualmente, existen AAA en casi las regiones del país, exceptuándose las regiones V y VI; siendo las regiones X, XI, XII, donde más se han declarado estas áreas¹⁵¹, y por tanto, donde más se intensifica la actividad acuícola, debiendo mencionarse que el sur de nuestro país, atendida sus especiales características naturales es donde se probablemente se concentra el mayor potencial turístico¹⁵².

¹⁴⁹ Los aspectos de la letra f) fueron incorporados por el art. 1N° 5, letra d), de la ley N° 20.434, D.O el 8 de abril de 2010. Anteriormente, esa disposición se refería a las "*las áreas protegidas que constituyan Parques Nacionales, Reservas y Monumentos Nacionales*"

¹⁵⁰ El art. 67, LGPA, también señala que una vez elaborados los estudios, la SUBPESCA deberá publicar en el Diario Oficial y en otro de la zona respectiva, por una sola vez, las áreas que se hayan determinado como apropiadas para la acuicultura. Desde la última publicación comienza a correr un plazo de 60 días para que cualquier particular o institución afectada exprese por escrito las opiniones que los referidos estudios y fijación de áreas les merezcan. En tal caso, la Subsecretaría deberá responder a los interesados en el plazo de 60 días. Los referidos informes técnicos deberán ser remitidos al MDN para la dictación de los DS a que alude el inc. 1 del art 67.

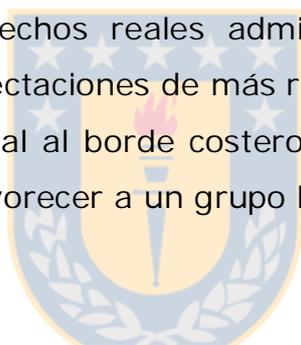
¹⁵¹ La información actualizada al 3 de enero de 2012, se encuentra disponible en la [página web: http://www.subpesca.cl/controls/neochannels/neo_ch847/neochn847.aspx?appin stanceid=855&pubid=1585](http://www.subpesca.cl/controls/neochannels/neo_ch847/neochn847.aspx?appin stanceid=855&pubid=1585). (enero, 2012)

¹⁵² TURISMO, INFORME ANUAL, 2011, Instituto Nacional de Estadística. La entrada de turistas desde el extranjero en la Zona Sur, que abarca las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos, registra el 10% de las llegadas (286.306 turistas); la Zona Austral, es decir las regiones de Aysén y de Magallanes y la Antártica Chilena, concentró el 14,5% de las llegadas (444.799 turistas). Según la llegada de pasajeros chilenos y extranjeros a establecimientos de alojamiento turístico en la zona sur (incluyendo la Región del Maule), y Austral, abarca una cantidad 3.559.415 personas, de un total 11.499.677 turistas. Recurso disponible en http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/18082011/Turismo_2010_18082011.pdf (junio, 2013)

Ahora bien, las AAA no son excluyentes de otros fines, pudiendo desarrollarse en su interior otras actividades, tales como turismo, concesiones marítimas, áreas de manejo, etc., la compatibilidad del área se fijara por medio de la zonificación del borde costero, instrumento que será analizado más adelante.

2.2. NORMAS ESPECIALES DE AFECTACIÓN AL BORDE COSTERO.

Más allá de las normas que regulan las concesiones marítimas y de acuicultura, existen múltiples disposiciones en virtud de las cuales se puede alterar el uso común del borde costero, y que incluso con su declaración, pueden llegar a restringir o prevalecer por sobre el otorgamiento de derechos reales administrativos. Destacamos en este apartado, aquellas afectaciones de más relevancia y que pueden configurar una protección especial al borde costero, sea de orden ambiental, o sean éstas destinadas a favorecer a un grupo humano específico.



2.2.1. Afectaciones para la pesca.

a) La servidumbre de pesca.

El Código de Bello estableció respecto de las playas una afectación especial en favor de los pescadores que ha llegado a denominarse servidumbre de pesca, regulada en los arts. 612, 613 y 614 CC.

Así, el art. 612 CC, señala que *"Los pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de*

embarazar el uso legítimo de los demás pescadores"¹⁵³. Ahora, conforme el art. 613 CC, se advierte que los pescadores *"Podrán también para los expresados menesteres hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de la playa; pero no tocarán a los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesarán las cercas, ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras."*

De este modo, los pescadores podrán hacer uso de playas o franjas de terreno de playa fiscal y predios de dominio privado colindantes a la playa, siempre y cuando tal actividad se encuentre dentro de los supuestos fácticos que establecen los arts. 612 y 613 del CC, debiendo someterse a la fiscalización y control que establezca la autoridad marítima sobre los bienes que comprenden el borde costero¹⁵⁴.

La jurisprudencia administrativa ha aclarado que si la ocupación se traduce en un uso privativo, de carácter exclusivo y excluyente, de un sector de la playa o franja de terreno de playa, escapa de la situación regulada en las normas citadas del Código Civil y necesariamente deberá solicitarse una autorización o permiso, o bien una concesión marítima, en los términos del art. 3° del LCM¹⁵⁵.

¹⁵³ Según el art. 614 CC *"Los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los dichos ocho metros, sino dejando de trecho en trecho suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca.*

En caso contrario ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio."

¹⁵⁴ La Contraloría General resolviendo una denuncia de un particular sobre el uso de un tercero en su terreno privado, colindante a un sector de playa, ha tenido la oportunidad de aclarar que la autoridad marítima solo tiene facultades fiscalizadoras en los bienes nacionales que constituyen el borde costero, véase el dictamen N° 48.387/12 CGR.

¹⁵⁵ Véase el dictamen N° 6.933/2011 CGR.

b) Áreas reservadas para la pesca artesanal.

Según la LGPA, las áreas de pesca, son los espacios geográficos definidos como tal por la autoridad para los efectos de ejercer en él actividades pesqueras extractivas de una especie hidrobiológica determinada¹⁵⁶. Por su parte, la pesca artesanal, es definida como la actividad pesquera extractiva realizada por personas naturales que, en forma personal, directa y habitual, trabajan como pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal, con o sin el empleo de una embarcación artesanal¹⁵⁷.

La actividad pesquera artesanal la ejercen los armadores artesanales, pescadores artesanales propiamente tal, buzos, recolectores de orilla, algueros o buzos apnea¹⁵⁸, y para ellos, se ha reservado un área específica, donde desarrollar sus actividades, con un régimen de prohibiciones y de acceso especial a los recursos hidrobiológicos.

Así, el art.47 de la LGPA dispone *“Resérvase a la pesca artesanal el ejercicio de las actividades pesqueras extractivas en una franja del mar territorial de cinco millas marinas medidas desde las líneas de base normales, a partir del límite norte de la República y hasta el paralelo 41°28,6' de latitud sur, y alrededor de las islas oceánicas.*

Asimismo, resérvase a la pesca artesanal el ejercicio de las actividades pesqueras extractivas en la playa de mar y en las aguas interiores del país”.

¹⁵⁶ Art. 2°, N° 7 LGPA.

¹⁵⁷ Art. 2°, N° 28 LGPA. Agrega ese numeral que *“Sin perjuicio de lo anterior, se considerará también como pesca artesanal la actividad pesquera extractiva realizada por personas jurídicas que estén compuestas exclusivamente por personas naturales inscritas como pescadores artesanales en los términos establecidos en esta ley. Esta excepción será aplicable sólo a armadores y a organizaciones de pescadores artesanales.”*

¹⁵⁸ Art. 2°, N°28, inc.3 LGPA.

Si bien, la norma establece una zona exclusiva para el ejercicio de la pesca artesanal, que comprende un área no menor del territorio nacional, no obstante, la misma disposición permite como excepción que se autoricen actividades extractivas por naves industriales cuando en una o en más zonas específicas del área, no se esté desarrollando pesca artesanal o cuando no interfieran con la actividad artesanal, bajo las condiciones y restricciones que se anotan en la ley.

Entonces, la verdadera restricción se da en una franja de una milla de mar territorial medida desde las líneas de base normales o desde la línea de más baja marea en las aguas interiores, según corresponde, ya que solo en ella se prohíbe desarrollar pesca industrial.¹⁵⁹

c) Las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos. Las Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos, comúnmente llamadas AMERB, son áreas asignadas a asociaciones de pescadores artesanales, con el fin de otorgarles derechos de exclusividad para el aprovechamiento sostenible de algunas de las especies bentónicas¹⁶⁰ que allí existan de modo natural, conservando inalterables las otras especies del fondo marino. Vale destacar que aunque las especies que habitan la columna de agua de las AMREB no están sujetas al régimen de manejo

¹⁵⁹ Art. 47, inc. 3, parte final, LGPA: *"No se autorizará desarrollar pesca industrial en la franja de una milla del mar territorial, medida desde las líneas de base normales o desde la línea de más baja marea en las aguas interiores, según corresponda."*

¹⁶⁰ Las especies bentónicas, son especies marinas que se adhieren a las rocas y habitan el fondo marino cercano, estas especies suelen ser machas, ostiones, locos, cholgas, etc.

sostenible, aparentemente suelen verse favorecidas por la protección de las bentónicas¹⁶¹.

Las AMERB para la LGPA, son medidas de administración que se establecen en las áreas determinadas dentro de la franja de cinco millas reservadas para la pesca artesanal, a organizaciones de pescadores artesanales legalmente constituidas para su manejo y explotación, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Concretamente, se encuentran reguladas en el párrafo III del Título IV de la LGPA y en el DS. N° 355, Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, de 1995, Reglamento sobre Áreas de manejo y explotación de recursos bentónico.

Conforme al art. 55 A de la LGPA, éste constituye un régimen al que podrán optar las organizaciones de pescadores artesanales inscritas en el Registro Pesquero Artesanal. Una vez establecida el área, SERNAPESCA deberá solicitar su destinación al MDN, debiendo ésta encontrarse vigente a la fecha de tramitación de la solicitud de asignación de la respectiva área de manejo, por parte de la o las organizaciones de pescadores artesanales¹⁶².

La organización de pescadores que tiene el permiso de explotación del Área de Manejo, tiene goce exclusivo sólo sobre el uso de los recursos hidrobiológicos presentes en el área, la extracción de los especímenes se

¹⁶¹Ministerio del Medio Ambiente: "Las Áreas Protegidas de Chile, Antecedentes, Institucionalidad, Estadísticas y Desafíos. Chile", Mayo, 2011, pp. 21-22. Recurso disponible en: http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf. (junio, 2013).

¹⁶² Cabe recordar que los pescadores artesanales que sean titulares de AMERB podrán realizar actividades de acuicultura, con arreglo a lo dispuesto en el DS. N°314/2004, Reglamento de Actividades de Acuicultura en Áreas de Manejo y Explotación de recursos bentónicos. D.O. 22 de mayo de 2004.

realiza de acuerdo a un plan, para que éstos no se agoten, y puedan ser un recurso constante en el tiempo para los pescadores artesanales. Correspondiéndoles a ellos mismos el control y la vigilancia directa y la supervigilancia a SERNAPESCA.

Las AMERB han tenido un crecimiento exponencial desde que comenzaron a funcionar en el año 1997, actualmente existen 707 AMERB, de esas 496 cuentan con un plan de manejo aprobado y funcionando. Aunque las AMERB no fueron diseñadas como áreas protegidas sino para el fomento productivo, en algunos casos han demostrado conservar adecuadamente los recursos manejados¹⁶³.

En forma reciente, con la dictación de ley N° 20.657, del 9 de febrero de 2013, que modifica la LGPA, se dispuso en el art. vigésimo segundo transitorio que *"No se establecerán nuevas áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, ni serán tramitadas ampliaciones a los sectores decretados bajo este régimen, por el plazo de tres años a contar de la entrada en vigencia de la presente ley. Sin embargo, en ambos casos se considerarán ingresadas, para efectos de esta ley, todas aquellas solicitudes presentadas hasta seis meses después de la entrada en vigencia de la misma."*¹⁶⁴ Ello, probablemente para la instalación de la nueva regulación en el ámbito pesquero, que impone dicha ley.

¹⁶³ "Situación del Fomento Productivo de la Pesca Artesanal". Centro para el Desarrollo para el Capital Humano: Consultoría Licitación Pública 585-126-LP09, pp. 21-22. Recurso disponible en <http://www.cendec.cl/documentos/INFORME%20PESCA%20ARTESANAL.pdf>. (junio, 2013)

¹⁶⁴ Ley N° 20.657, Modifica en el Ámbito de la Sustentabilidad de Recursos Hidrobiológicos, Acceso a la Actividad Pesquera Industrial y Artesanal y Regulaciones para la Investigación y Fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N°18.892 y sus Modificaciones. D.O. 9 de febrero de 2013.

d) Áreas Preferenciales para la pesca recreativa.

Las áreas preferenciales para la pesca recreativa fueron establecidas por la ley N° 20.256, en el año 2008, pensadas para resguardar partes de cuerpos de agua para la pesca recreativa sostenible y conservar el hábitat y las especies que allí viven.

Específicamente, el objetivo de ley, según el art. 2, "*será fomentar la actividad de pesca recreativa, conservar las especies hidrobiológicas y proteger su ecosistema, fomentar las actividades económicas y turísticas asociadas a la pesca recreativa y fortalecer la participación regional.*"

Ésta áreas preferenciales para la pesca recreativa o áreas preferenciales, corresponden a una sección de cursos o cuerpos de aguas terrestres de una cuenca (llamados también dulceacuícolas), que comprende sectores interdependientes que requieren de un manejo integrado para la conservación de la fauna íctica¹⁶⁵ y el desarrollo de actividades de pesca recreativa.

Se ha señalado que son de las pocas herramientas de este tipo que permiten proteger específicamente especies nativas y exóticas y sus hábitats en dulceacuícolas, aunque son aplicables también a espacios marinos¹⁶⁶.

Respeto al procedimiento, las dulceacuícolas son creadas por los Gobiernos Regionales y quedan bajo el control y vigilancia del municipio respectivo, debiendo licitar su concesión (arts.12 y 15 letra d)).

¹⁶⁵ El término "fauna íctica" hace referencia a las especies de peces presentes en un lugar.

¹⁶⁶ Ministerio del Medio Ambiente, ob. cit., (n. 161), p.22

Por último, destacamos el hecho que con la declaración del área preferencial el MDN –SFFAA-, deberá abstenerse de otorgar su uso particular o de afectarla de cualquier forma, quedando sometida dicha área exclusivamente al régimen previsto en la presente ley (art. 15 letra e). Sin embargo, no afectará las concesiones, cualquiera sea su naturaleza, destinaciones o los derechos de aprovechamiento de aguas obtenidos en conformidad con la ley a la fecha de la declaración.

2.2.2. Afectaciones para la Conservación y Protección del Medio Ambiente.

En nuestro país, la protección de espacios naturales tiene más de un siglo de tradición¹⁶⁷. Sin embargo, la protección de los espacios marinos y costeros -en contraposición a de los espacios naturales terrestres-, han tenido un escaso desarrollo, y ha estado inicialmente orientada a la conservación de los recursos pesqueros y fomento productivo¹⁶⁸, como vimos con las afectaciones del acápite anterior.

A continuación, pasaremos revista a ciertas instituciones que conforman áreas protegidas¹⁶⁹, y que tienen por objeto resguardar directa e indirectamente el borde costero.

¹⁶⁷ Entre algunos acontecimientos históricos, respecto de la materia, podemos mencionar: en el año 1907, se estableció la primera unidad de Área Protegida Terrestre, la Reserva Forestal Malleco; en 1912 se crea la Inspección General de Bosques pesca y caza; en 1925 se dicta la primera Ley de Bosques; en 1926 el establecimiento del Parque Nacional Vicente Pérez Rosales, vigente hasta la actualidad; en 1940 se firma la Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas de América o “Convención de Washington”; en 1995 entra en vigencia el “Convenio sobre Diversidad Biológica” de las Naciones Unidas ratificado por Chile mediante DS 1.963/1994, de Ministerio de Relaciones Exteriores. D.O 6 de mayo de 1995.

¹⁶⁸ Ministerio del Medio Ambiente, ob. cit., (n. 161), p.8

¹⁶⁹ El Convenio sobre la Diversidad Biológica, en su art. 2, “Por área protegida se entiende un área definida geográficamente, que haya sido designada o regulada y

a) Parques Nacionales.

La ley de bosques de 1925, contenida actualmente en el DS. N° 4.361, de 1931, del Ministerio de Bienes Nacionales -y que ha sido modificada por varios textos legales-, incorporó la figura de los Parques Nacionales.

Los parques nacionales se definen como un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad biológica natural del país, no alterada significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas, son de especial interés educativo, científico o recreativo¹⁷⁰.

Los objetivos de éstos parques son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación y recreación. Actualmente, la totalidad de la superficie en el país de los parques nacionales asciende a 9.140.330 de hectáreas¹⁷¹.

Respecto de las prohibiciones en parques nacionales, hay recordar que la Convención de Washington, suscrita por Chile, en 1967¹⁷², también regula

administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación". Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>. (junio, 2013)

¹⁷⁰ Definición tomada de la Corporación Nacional Forestal, véase su sitio web disponible en: <http://www.conaf.cl/parques/seccion-parques-nacionales.html>.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² En Chile, la Convención de Washington, entró en vigor el 10 de octubre de 1967. DS N° 531/1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores. D.O 4 de octubre de 1967.

materias específicas al respecto, y acorde ella, no se permite explotar con fines comerciales las riquezas existentes en los parques nacionales¹⁷³.

En el mismo sentido, la LGPA desde sus inicios -previo a la modificación de la ley N° 19.800-, en su art. 117, prohibió el desarrollo de la actividad extractiva y de acuicultura en áreas silvestres protegidas del Estado. Actualmente, el art. 158 de la misma ley –y en virtud de la citada modificación legal-, dispone que *“Las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura”*¹⁷⁴.

Sin embargo, el inc. 2 del art. 158, establece que en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, podrán realizarse dichas actividades.

Cabe recordar que aún no entra en vigencia la ley N° 18.362 que Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE)¹⁷⁵,

¹⁷³ Art. III: *“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.*

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibirla caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.”

¹⁷⁴ El art 117 de la LGPA, antes de la modificación de la ley 19.800, señalaba que *“Las Zonas lacustres, fluviales y marítimas que integren el sistema nacional de áreas silvestres protegidas por el Estado en conformidad con la ley N°18.362, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura.”*

¹⁷⁵ Esta ley regirá a partir del momento en que entre en vigencia la ley N° 18.348. D.O. 19 de octubre de 1984, La que a su vez, está sujeta a la dictación de un decreto, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 19 de la misma ley.

sin embargo, la ley N° 19.300 (LBGMA), en su art. 36, señala que *“Formarán parte de las áreas protegidas mencionadas en los artículos anteriores, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro.”*

La LBGMA no contiene arts. transitorios que exceptúen del art. 36 a las áreas protegidas creadas con anterioridad a su vigencia, siendo así, tal disposición se aplica a los parques nacionales creados con anterioridad a su vigencia, por lo que las aguas marítimas que se sitúen dentro de su perímetro forman parte de ellos y por ende, en éstos no se puede desarrollar actividades extractivas y de acuicultura.

De ese modo, dichos parques nacionales son parte del sistema de afectaciones del borde costero, en tanto que las normas expuestas y la jurisprudencia administrativa los vinculan con áreas protegidas en que se proscriben las actividades extractivas y de acuicultura¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Véase el dictamen N°28.757/2007 CGR. Que atiende consulta sobre procedencia de que la COREMA de Aysén admitiera a tramitación mediante Declaración de Impacto Ambiental, proyectos de acuicultura a desarrollarse dentro del perímetro de diversas áreas protegidas de la región. “La regla general es que está prohibida toda actividad de acuicultura en las porciones de agua - sean zonas lacustres, fluviales o marítimas- de las áreas silvestres protegidas. Sin perjuicio de ello, (...) puede ser autorizada la actividad de acuicultura en áreas silvestres protegidas si ella se realiza en zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, esto es -en los términos del art. 36 de la ley N°19.300-, en zonas marítimas que se encuentren dentro de su perímetro”. Recientemente ese criterio se ha ratificado en el dictamen N° 38.429/2013, al señalar que “De la interpretación armónica de los arts. 158 de la ley N° 18.892 y 36 de la ley N° 19.300, puede advertirse que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, lo que guarda concordancia, además, con la Convención de Washington, en virtud de la cual nuestro país se obligó a no explotar las riquezas existentes en esa categoría de protección con fines comerciales

b) Los Santuarios Naturales.

El monumento nacional es un área generalmente reducida, caracterizada por la presencia de especies nativas de flora y fauna o por la existencia de sitios geológicos relevantes desde el punto de vista escénico, cultural o científicos. Su objetivo es preservar el ambiente natural, cultural y escénico, y en la medida que sea compatible con ello, desarrollar actividades educativas, recreativas o de investigación.

La ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, dispone en su art. 31, que *"Son santuarios de la naturaleza todos aquellos sitios terrestres o marinos que ofrezcan posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado."*

Con la modificación que introdujo la ley N° 20.417, el Ministerio del Medio Ambiente, reemplazó el rol que le correspondía al Consejo de Monumentos Nacionales. De ese modo, este tipo de área protegida es establecida actualmente por con un rol preponderante de esa Secretaría de Estado.¹⁷⁷ Así, reza el inc.2 que *"Los sitios mencionados que fueren declarados santuarios de la naturaleza quedarán bajo la custodia del Ministerio del Medio Ambiente, el cual se hará asesorar para los efectos por especialistas en ciencias naturales"*

El procedimiento para su declaración establece que el Consejo de Monumentos Nacionales, confecciona un informe sobre la propuesta de un nuevo Santuario, luego lo envía al Ministerio de Medio Ambiente, quien lo remite a pronunciamiento por parte del Consejo de Ministros para la

¹⁷⁷ Véase el art. 70 de la LBGMA

Sustentabilidad¹⁷⁸. El Ministerio de Medio Ambiente mantiene la custodia general de estas áreas (públicas o privadas).

Finalmente, destacamos el inc. 3 del art. 31, en cuya virtud se establece que para desarrollar actividades como trabajos de construcción o excavación, pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar su estado natural, requieren previo a su desarrollo, la autorización de la autoridad administrativa¹⁷⁹.

c) Parques y Reservas Marinas.

La LGPA reconoce ciertas áreas protegidas que configuran una de las más potentes formas de afectación del borde costero. Así, este cuerpo legal - configuradas como instrumentos de administración pesquera-, reconoce tres categorías, las AMREB mencionadas *in supra*, y los parques y las reservas marinas que exponemos.

En primer término, cabe señalar que estas áreas son declaradas para limitar el acceso a las actividades pesqueras y otras que impliquen impactos negativos sobre el ecosistema y sus recursos. Se establecen prohibiciones y medidas de administración de recursos hidrobiológicos, tales como la veda biológica por especie, la prohibición de captura temporal o permanente, fijación de cuotas anuales de captura, declaración de áreas específicas de preservación¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Véase la letra c) del art. 71 LBGMA

¹⁷⁹ Acorde el dictamen N° 26.190/12 CGR, esa tarea corresponde al Consejo de Monumentos Nacionales, mientras no entre en actividad el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que se alude en el art 31 de la ley N° 17.288 D.O. 4 de febrero de 1970.

¹⁸⁰ Ministerio del Medio Ambiente, ob. cit.,(n. 161), pp.14-15

Actualmente, estas áreas están bajo la tuición de SERNAPESCA y sólo pueden efectuarse en ellas actividades extractivas por períodos transitorios previa resolución fundada de la SUBPESCA¹⁸¹.

La regulación de los parques marinos se encuentra en la LGPA en particular su art. 3° letra d), establece que en las áreas de pesca podrán declararse parques marinos *"destinados a preservar unidades ecológicas de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas, como también aquellas asociadas a su hábitat"*. Luego, dicha disposición, agrega que *"Los Parques Marinos quedarán bajo la tuición del Servicio y en ellos no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio"*.

Se advierte que los parques marinos no tienen una ubicación geográfica específica dentro de la LGPA. Es decir, no se limitan a las 5 millas náuticas reservadas a la pesca artesanal, sino que se pueden extender hasta las 12 millas náuticas del mar territorial¹⁸²⁻¹⁸³.

Por su parte, las reservas marinas corresponden a áreas de resguardo de los recursos hidrobiológicos con el objeto de proteger zonas de

¹⁸¹ Con la modificación de la ley N° 20.417, a la LGBM y cuando entre en ejecución el sistema nacional de áreas silvestres protegidas (SNAPSE), que incluyen los parques y reservas marinas según el art. 34 LBGMA, estos espacios quedarán bajo la supervigilancia del Ministerio del Medio ambiente y su creación dependerá del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (véase la letra b del art. 70 y letra c del art. 71, de LBGMA)

¹⁸² STEIGLER FLEMING, Felipe: "Las Áreas Marinas Protegidas, su situación e integración en los instrumentos de ordenamiento territorial costero como aporte para el desarrollo sustentable". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Geografía y Título de Geógrafo. Facultad de Recursos Naturales Instituto de Geografía. PUCV. Valparaíso, 2009, pp.62-63.

¹⁸³ Podemos mencionar que mediante el DS. N° 235/2010, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Subsecretaría de Pesca, se declara Parque Marino Motu Motiro Hiva, Isla Salas y Gómez.

reproducción, caladeros de pesca y áreas de repoblamiento por manejo. Siendo tratadas específicamente en el art. 48, letra b), de la LGPA, prescribiendo que en el área reservada para la pesca artesanal, así como en las aguas terrestres podrá establecerse, por decreto supremo reservas marinas¹⁸⁴.

El Reglamento sobre Parque Marinos y Reservas Marinas, está contenido en el decreto N° 238, de 2004, del Ministerio de Economía, y el art. 6° de dicho texto, dispone que *"Una vez declarada el área protegida¹⁸⁵, el Servicio solicitará la respectiva destinación al Ministerio de Defensa Nacional -SFFAA-, cuando corresponda. Asimismo, y con el objeto de asegurar el cumplimiento de los objetivos generales de preservación o conservación del área protegida, el Servicio podrá solicitar, si procede, la destinación de terrenos de playas fiscales y/o terrenos fiscales próximos"*.

d) Áreas Marinas Costeras Protegidas de Múltiples Usos.

Las Áreas Marinas y Costeras Protegidas de Múltiples Usos (AMCP-MU), son definidas por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, como el espacio que incluye porciones de agua y fondo marino, rocas, playas y terrenos de playa fiscales, flora y fauna, recursos

¹⁸⁴ Nos encontramos con las siguientes reservas marinas: DS. N° 151/2001, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca; Declara reserva marina espacio marítimo en torno a isla Choros e isla Damas, IV Región; DS. N° 133/2003, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca. Declara reserva marina para la ostra chilena en Pullinque, X Región; DS. N° 134/2003, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca. Declara reserva marina para choro zapato en Putemun X Región; DS. N° 150/2005, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca; Declara reserva marina, espacio marítimo en torno a isla Chañaral.

¹⁸⁵ En conformidad con el art. 2°, letra b) del DS. N° 238/2004, el área protegida, es una denominación genérica para referirse a parque marino o reserva marina.

históricos y culturales que la ley u otros medios eficientes colocan en reserva para proteger todo o parte del medio así delimitado.

Este tipo de área se usa a nivel mundial para conservar la biodiversidad, proteger las especies marinas en peligro, reducir los conflictos de uso, generar instancias de investigación y educación; y desarrollar actividades comerciales y recreativas. En nuestro país han sido establecidas, combinando atribuciones que la LCM y del DL N° 1939, de 1977, con el objetivo de conservación del patrimonio histórico-cultural marino y costero de las comunidades que las habitan para el desarrollo sostenible del turismo, la pesca y la recreación¹⁸⁶.

La administración de las AMCP-MU queda a cargo de unidades de administración público-privada con participación del Gobierno Regional y entidades locales sin fines de lucro¹⁸⁷, y con la dictación de la ley N° 20.417, quedarán bajo la supervigilancia del Ministerio del Medio Ambiente¹⁸⁸. Y al igual que ocurre con los parques y reservas marinas, esa modificación legal dispuso que sea el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, el órgano encargado de proponer al presidente la creación de AMCP-MU¹⁸⁹.

En Chile se han declarado tres AMCP-MU ubicadas en sectores estratégicos del litoral, en las tres macroregiones biogeográficas del país a, saber:

¹⁸⁶ Ministerio del Medio Ambiente, ob. cit., (n.161), p.15.

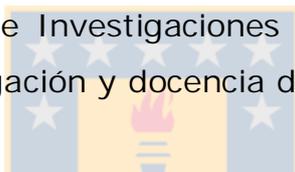
¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ Art. 70, de LGMA. Corresponderá especialmente al Ministerio: c) Proponer las políticas, planes, programas, normas y supervigilar las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos.

¹⁸⁹ Art. 71, inc. 3° LGMA. Serán funciones y atribuciones del Consejo: c) Proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos.

Punta Morro- Río Copiapó, Región de Atacama, declarada en agosto de 2004¹⁹⁰, Lafken Mapu Lahual, en la comuna de Río Negro, Región de Los Lagos, declarada en octubre de 2005¹⁹¹, y Francisco Coloane, Isla Carlos III, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, declarada en agosto del 2003¹⁹².

Además, existen tres unidades también denominadas áreas marino-costeras protegidas (AMCP), entre las que se cuentan los Parques Submarinos de Rapa- Nui¹⁹³; el Centro Científico de la Fundación Huinay, en el Fiordo Comau, Comuna de Palena¹⁹⁴, perteneciente a Endesa Chile y la Universidad Católica de Valparaíso; y la AMCP ubicada en Las Cruces, de la Estación Costera de Investigaciones Marinas (ECIM), donde existe un laboratorio de investigación y docencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile¹⁹⁵.



¹⁹⁰ DS. N° 360/2004, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida Punta Morro -desembocadura Río Copiapó, y sectores de terreno de playa fiscales de la Isla Chata Chica e Isla Grande (Atacama).

¹⁹¹ DS. N° 517/2005, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida, Lafquen Mapu Lahual, un sector de la costa de Osorno y terrenos de playas fiscales de la Isla Hueyelhue.

¹⁹² DS. N° 276/2003, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida, Francisco Coloane, un sector del estrecho de Magallanes y fiordos adyacentes a la Isla Carlos III y crea Parque Marino que indica, en la Provincia de Magallanes, XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

¹⁹³ DS. N° 547/2000, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida para fines que indica los sectores denominados Parques Submarinos Coral Niuniu, Motu Tautara y Hanga Oteo, Isla de Pascua, V Región de Valparaíso.

¹⁹⁴ DS. N° 357/2001, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida, Sectores del Denominado Fiordo Comau, X Región de los lagos.

¹⁹⁵ DS. N° 107/2005, MDN. Declara Área Marina y Costera Protegida, un sector costero del Borde Costero en Las Cruces, comuna de El Tabo, V Región de Valparaíso.

2.3. ESPACIO COSTERO MARINO DE PUEBLOS ORIGINARIOS.

El Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios (ECMPO), corresponde a una figura administrativa creada por la ley N° 20.249¹⁹⁶ -también denominada "Ley Lafkenche"-, la que lo define como un espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos miembros han ejercido el uso consuetudinario de esos espacios, el que podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos o medicinales.

El mensaje de la ley advierte que las regulaciones de las figuras jurídicas como las concesiones marítimas y las contenidas en la LGPA, no eran adecuadas para los fines expuestos. Al respecto, puntualiza que este cuerpo normativo creó figuras de protección de los espacios marinos como los parques y reservas marinas, pero ellas no pueden explotarse o estos son limitados y transitorios, y lo mismo ocurriría con las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos, cuyos beneficiarios son las organizaciones de pescadores artesanales, las que tampoco darían cuenta del uso ancestral que se pretendía. A lo anterior, se suma la intención de

¹⁹⁶La ley N° 20.249, D.O. de 16 de febrero de 2008, se enmarca en la denominada "Política del Nuevo Trato" hacia los Pueblos Indígenas, iniciada en el Gobierno del entonces Presidente Ricardo Lagos, el año 2004. En efecto, la historia de la tramitación de esta ley consigna que con la publicación de la ley N° 19.253, el 5 de octubre de 1993, el Estado chileno habría realizado un hito histórico al reconocer legalmente la existencia de los Pueblos Indígenas que habitan su territorio y crear la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, destacando la valoración que al respecto se observa, como los deberes de la sociedad en general y del Estado en particular, en cuanto a proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando medidas adecuadas para tales fines, previniendo que, en ese ámbito, la ley consagró el deber de proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

configurarla como un aporte a la conservación de los recursos hidrobiológicos.

En ese esquema, la ley pretendía llenar el vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico el que, como se expresó, hasta ese entonces no contemplaba figuras legales que reconocieran expresamente la forma en que las comunidades costeras venían utilizando desde tiempos inmemoriales esas áreas, lo que justificó crear una nueva figura administrativa denominada Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

2.3.1. Principios del ECMPO.

De acuerdo al aludido mensaje, los principios que informan el contenido de ésta forma de afectación son exclusividad, voluntariedad, asociatividad, gratuidad y respeto a los derechos constituidos.

La exclusividad se traduce en que el reconocimiento del uso consuetudinario que han realizado los pueblos originarios de los recursos costeros, sólo admite como titulares de un ECMPO a las asociaciones de comunidades indígenas constituidas al amparo de la ley N° 19.253 y, excepcionalmente, a comunidades indígenas. Por lo mismo, es posible concluir que quedan excluidas las comunidades constituidas bajo otros regímenes o disposiciones y las personas naturales indígenas, lo que se justifica plenamente, atendido que una vez constituido es espacio costero especial, su duración es de carácter indefinido.

En cuanto a la voluntariedad, es posible señalar que el uso de la figura administrativa que provee la ley es opcional, por lo que los pueblos originarios libremente pueden acogerse a ella o seguir al amparo de las figuras de afectación del borde costero actualmente vigentes en el

ordenamiento jurídico o decidir, posteriormente, someterse a aquella, a éstas o a otros institutos que en el futuro se creen.

A su turno, la asociatividad se sustenta en que el uso consuetudinario de los recursos costeros -que a nuestro juicio debe entenderse en términos amplios, es decir, recursos propiamente tal y espacio físico-, es compartido por la generalidad de los miembros de las comunidades, esto es, está vinculada a una utilización colectiva. De ello se deriva que sólo se admita como titulares de un ECMPO las señaladas asociaciones de comunidades y excepcionalmente una comunidad, lo que en concepto del ejecutivo de la época facilitaría el acceso a quienes invocan su vinculación con el área respectiva.

Por su parte, y atendido que se persigue el reconocimiento del uso consuetudinario de los recursos costeros que han realizados los pueblos originarios, no se contempla el pago de tributos por la entrega en administración de los referidos espacios.

Por último, en cuanto al respeto de los derechos constituidos, cabe destacar que de manera expresa la ley y el reglamento que regulan la materia, establecen el respeto de los derechos legalmente constituidos a la fecha de la solicitud de ECMPO, lo que previene el surgimiento de conflictos con los titulares de otras afectaciones del borde costero. No obstante, veremos que la aplicación práctica de la ley no ha sido pacífica, especialmente respecto de las sobreposiciones y de los usos concurrentes con las solicitudes para el uso del borde costero regidas por otras figuras administrativas o textos normativos, por cuanto las solicitudes de este espacio especial gozan de preferencia.

2.3.2. Ámbito de aplicación de la ley y definición de ECMPO.

El art. 1° de la ley, referido a su ámbito de aplicación, señala que a sus disposiciones quedarán sometidos la destinación, la administración y el término de todo espacio costero marino de los pueblos originarios. Por su parte, el art 2°, letra e)¹⁹⁷, define el espacio costero marino de los pueblos originarios como el espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario del mismo.

Originalmente esta ley estaba dirigida exclusivamente al pueblo Mapuche Lafkenche, de ahí la denominación con la que se conoce, pero durante su tramitación se dejó constancia expresa que ella era aplicable al Pueblo Rapa Nui, el pueblo Mapuche - Lafkenche (octava a décima región) el Pueblo Kaweskar, entre el golfo de penas y el estrecho de Magallanes, y el Pueblo Yámana o Yagán habitantes de las islas al sur de la tierra del fuego¹⁹⁸, lo que luego fue reiterado de manera genérica, explicitándose que el proyecto vale para todos los pueblos originarios, cambios por el norte a kawashkar y yaganes por el sur, y rapa nui¹⁹⁹.

Aunque corresponde destacar que este cuerpo normativo reviste especial importancia para el pueblo Mapuche Lafkenche, los que se destacan como destinatarios naturales de la norma, y así ha quedado demostrado en su aplicación práctica, representada por el gran número de solicitudes presentadas por comunidades de esa etnia y la superficie que ellas

¹⁹⁷ Norma que se repite en los mismos términos en el art. 1°, letra e), del DS. N° 134, de 2008, del Ministerio de Planificación, reglamento del citado cuerpo legal.

¹⁹⁸ Historia de la ley N° 20.249, página 90.

¹⁹⁹ Historia de la ley N° 20.249, página 123.

representan, y que actualmente tienen 475 proyectos paralizados en la región²⁰⁰.

2.3.3. Bienes susceptibles de ser declarados ECMPO.

De acuerdo al inc.2 del art. 2° de la ley, los espacios susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de los pueblos originarios, son todos aquellos bienes comprendidos en el borde costero.

No obstante lo anterior, de acuerdo a la historia de la ley, se entendió que la expresión "dentro y fuera de las bahías" en caso alguno comprendía, para estos efectos, las aguas interiores saladas ni los estuarios de los ríos de su entorno inmediato²⁰¹.

Del mismo modo, por no corresponder a espacios situados en el borde costero, no se comprende *"los ríos o lagos navegables por buques de más de 100 toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las mareas, de las playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberaños hasta una distancia de 80 metros medidos desde comienza la ribera"*²⁰².

2.3.4. Sobre el uso consuetudinario del ECMPO.

²⁰⁰ Recientemente se ha constatado que "ley lafquenche: norma creada en 2008 mantiene 475 proyectos paralizados", que esas comunidades de origen mapuche reclaman setecientos treinta y tres mil hectáreas de costa. Véase El Mercurio, Economía y Negocios, edición del 16 de agosto de 2012.

²⁰¹ Historia de la ley N° 20.249. D.O de 16 de febrero de 2008, Indicación del entonces Diputado señor Eugenio Tuma en ese sentido, página 22, la que fue declarada inadmisibles por no guardar relación con las ideas matrices del proyecto.

²⁰² Art. 2°, LCM.

Resulta necesario destacar que de acuerdo al art.3° de la ley, el objetivo del ECMPO consiste en resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, con la finalidad de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero.

En cuanto a la superficie comprendida en este espacio, cabe tener presente lo prescrito en el art. 4°, que señala que su delimitación estará determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él, en los términos que precisa.

Esta última disposición añade que el ECMPO siempre debe tener por fundamento el uso consuetudinario del mismo por parte de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad que lo solicite, en tanto que el art.6° de la ley previene que se entenderá por tal *"las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura"*, mandatando al reglamento establecer, respecto de cada tipo de uso, la periodicidad de las prácticas o conductas, advirtiendo que la habitualidad no se verá afectada por las interrupciones del uso.

Según el inc. final de la misma disposición, el uso consuetudinario podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales, debiendo concluirse que la norma realiza una enumeración ejemplar, permitiendo por tanto otros usos, en la medida que ellos revistan ese carácter.

Sobre este aspecto, resulta esclarecedor lo señalado en la discusión parlamentaria²⁰³, en la que se consigna que el uso consuetudinario es distinto de la ocupación ancestral, vinculándose a aquél la habitualidad y a este último la ocupación física, por lo que para efectos de su reconocimiento no se requiere que el uso consuetudinario sea actual, de lo que se desprende que el requisito fundamental para su otorgamiento es la existencia de una vinculación de la comunidad con el área respectiva, en los términos descritos.

Al respecto, el art. 3° del reglamento de la ley precisa la periodicidad que debe comprender el uso, las prácticas o las conductas que se invoquen en la solicitud respectiva, señalando que serán considerados consuetudinarios cuando hayan sido realizados por la generalidad de los integrantes del grupo-comunidad o asociación de comunidades indígenas, según corresponda-, de manera habitual y que sean reconocidos colectivamente como manifestaciones de su cultura. En ese sentido, la realización general del uso comprende su ejecución material y el desarrollo de actividades vinculadas al mismo.

Esta última disposición en su inc. segundo, señala que para la determinación del carácter consuetudinario se entenderá que existe periodicidad cuando ésta se haya realizado a lo menos dos veces en un período de diez años. En el ámbito del uso pesquero se entenderá que ella concurre cuando la actividad extractiva sobre recursos hidrobiológicos se ha ejercido uniformemente en temporada de pesca continuas al menos cada tres años, de lo que se desprende que respecto de este específico uso la exigencia es superior, resultando infundadas las críticas que indican que serían suficientes tres zarpes o actividades en diez años para su acreditación.

²⁰³ Historia de la ley N° 20.249, página 90.

En este orden de ideas, y atendido que se exige la habitualidad y no la ocupación efectiva, las interrupciones del respectivo uso no afectan la habitualidad de la práctica o conducta invocada, considerándose para estos efectos como interrupciones de uso, todas aquellas circunstancias materiales, legales o administrativas que hayan limitado el uso consuetudinario invocado por el o los peticionarios, de acuerdo al inc. cuarto de la norma en comento.

2.3.5. Procedimiento y tramitación de las solicitudes de ECMPO

a) Contenido de la solicitud e inicio del procedimiento.

Sólo están legitimados para iniciar el procedimiento una asociación de comunidades o excepcionalmente una comunidad indígena, a través de una solicitud que debe ser presentada ante SUBPESCA, en la necesariamente se deben señalar los fundamentos que justifican el uso consuetudinario por parte del peticionario y los usos específicos que pretenden incorporar en el plan de administración²⁰⁴. Además, se debe identificar adecuadamente la asociación o comunidad y su ubicación, presentando el certificado de vigencia de la o las comunidades indígenas y de la respectiva directiva, el plano del área solicitada con coordenadas WGS-84, y un mapa sociocultural de los usos consuetudinarios que se invocan, el que podrá ser acompañado de documentos, testimonios y relatos de los ancianos, sin perjuicio de otros elementos de acreditación²⁰⁵.

²⁰⁴ Art. 7°, inc.1, ley N° 20.249.

²⁰⁵ Art. 4° DS. N° 134/2008

b) Actuaciones de la Administración frente a la solicitud de ECMPO.

Una vez recibida la solicitud, SUBPESCA deberá verificar, en el plazo de dos meses, si ella se sobrepone a concesiones marítimas, de acuicultura o áreas de manejo ya otorgadas a titulares distintos del solicitante. Para estos efectos, deberá informar a la SFFAA y a la Autoridad Marítima, pudiendo remitir los antecedentes a esta última en consulta. De verificarse tal sobreposición, y ella impide absolutamente el otorgamiento del ECMPO, tal circunstancia se comunicará al peticionario mediante resolución denegatoria fundada dictada por SUBPESCA, en tanto que si la sobreposición es parcial, esta repartición propondrá al solicitante la modificación del espacio solicitado, limitándola al espacio sobre el cual no exista sobreposición, en cuyo caso el solicitante dispondrá de 30 días para aceptar la propuesta, bajo apercibimiento de declarar abandonado el procedimiento según lo prescrito en el art. 43 de la ley N° 19.880²⁰⁶.

Se debe tener presente que no afecta el inicio del procedimiento la sobreposición con una de las citadas concesiones o con un área de manejo, si el titular de la misma es la comunidad solicitante, cuando ella excepcionalmente puede requerir el espacio costero especial, pero en ese caso la concesión o área de manejo será dejada sin efecto expresamente en el decreto sobre destinación del espacio costero marino de pueblos originarios²⁰⁷.

Enseguida, SUBPESCA deberá remitir la solicitud respectiva a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), para que ésta emita, en el plazo de un mes, un informe que deberá ser suscrito por su Director Nacional, que

²⁰⁶ Art. 7°, inc. 2 y 3, ley N° 20.249, y art.4°, inc. 1 y 2, DS.N° 134/2008.

²⁰⁷ Art. 7°, inc.4, ley N° 20.249, y art.4°, inc. final, DS.N° 134/2008.

acredite el uso consuetudinario invocado por el peticionario²⁰⁸. Este informe, entre otras menciones, deberá identificar el nombre de la práctica o uso consuetudinario invocado, la o las comunidades indígenas que lo ejercen, su alcance geográfico, la periodicidad, habitualidad y ciclos continuos en el que se desarrolla, los sitios de significación cultural, el número de familias y comunidades que han ejercido ese uso y las que actualmente lo ejercen, la identificación y análisis de los antecedentes presentados al efecto, las interrupciones que no afecten la habitualidad del uso consuetudinario, el análisis general y sus conclusiones²⁰⁹.

Ahora bien, si el informe no da cuenta del uso consuetudinario, ello será comunicado al solicitante, disponiendo del plazo de un mes contado desde la notificación, para interponer un recurso de reclamación ante el Ministerio de Planificación²¹⁰, el que deberá resolverlo dentro del plazo de un mes, oyendo a una institución externa. Si no lo acoge, devolverá los antecedentes para que la Subsecretaría rechace la solicitud por resolución fundada sin más trámite²¹¹.

Por el contrario, si dicho informe establece la efectividad del uso consuetudinario que se alega, o en el evento que el citado Ministerio haya acogido el recurso de reclamación, la CONADI deberá inmediatamente someter a consulta de las comunidades indígenas próximas al área, el establecimiento del espacio costero especial, e informar a la comunidad regional sobre la presentación mediante mensaje radial y una publicación en un diario de circulación regional. El resultado de la consulta deberá ser remitido a la Subsecretaría dentro del plazo de dos meses contados desde la

²⁰⁸ Art. 8°, inc. 1, ley N° 20.249.

²⁰⁹ Art. 6°, inc. 1, DS. 134/2008.

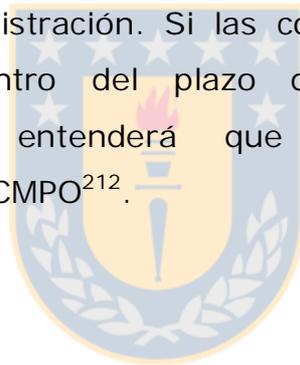
²¹⁰ Actualmente, Ministerio de Desarrollo Social.

²¹¹ Art. 8°, inc. 2 y 3, ley N° 20.249

emisión del informe o de la resolución que acogió el recurso de reclamación, según sea el caso, como las observaciones recibidas de la comunidad regional.

Además, SUBPESCA deberá mantener en su página la información actualizada de solicitudes de ECMPO sobre las que se haya acreditado el uso consuetudinario.

De existir una o más comunidades indígenas que hayan ejercido el uso consuetudinario sobre el mismo espacio, podrán asociarse con el peticionario para ejercer la administración conjunta o serán comprendidos como usuarios en el plan de administración. Si las comunidades consultadas no emiten pronunciamiento dentro del plazo de un mes, contado desde su requerimiento, se entenderá que no existen observaciones al establecimiento del ECMPO²¹².



c) Pronunciamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero.

La SUBPESCA deberá someter el establecimiento del ECMPO a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC²¹³), la que contará con el plazo de un mes para emitir su pronunciamiento, el que se entenderá es favorable si nada dice dentro de ese lapso.

²¹² Art. 8°, inc. 4, 5, 6 y 7 de la ley N° 20.249.

²¹³ Esta institución se abordara con mayor profundidad en el capítulo tercero, sobre zonificación del borde costero.

La CRUBC puede aprobar, rechazar o proponer modificaciones fundadas al espacio, las que serán consideradas por la SUBPESCA para solicitar la destinación del ECMPO, de lo que se colige que su pronunciamiento es vinculante en esta materia²¹⁴. La ley previene que el rechazo de la destinación²¹⁵ del espacio por esa comisión deberá emitirse por resolución fundada. La resolución respectiva será comunicada²¹⁶ dentro del plazo de 10 días hábiles, de la que podrá reclamarse ante la misma comisión, en el plazo de un mes contado desde la notificación de la resolución denegatoria, recurso que deberá ser resuelto en el plazo de un mes contado desde su presentación²¹⁷.

Si la CRUBC rechaza el recurso de reclamación o transcurrido el plazo para su interposición, sin que se hubiera presentado, la SUBPESCA rechazará la solicitud de ECMPO²¹⁸.

d) De la destinación del ECMPO.

Una vez aprobado por la comisión, o con las modificaciones propuestas, SUBPESCA dentro del plazo de diez días hábiles, deberá presentar los antecedentes respectivos al MDN –SFFAA-, conjuntamente con un informe técnico sobre la delimitación del espacio costero en análisis. Le corresponde a ese ministerio entregar en destinación el ECMPO a SUBPESCA, debiendo

²¹⁴El carácter decisorio de esa comisión en el ámbito de los ECMPO, la posibilidad de dictar actos administrativos y que ellos sean recurribles, se opone -como veremos más adelante-, a la naturaleza consultiva que ellas tienen.

²¹⁵ Pensamos que la Comisión puede rechazar el establecimiento del ECMPO, lo que impide que la SUBPESCA tramite la destinación respectiva, pero lo concerniente a la destinación propiamente tal se encuentra radicado en el MDN.

²¹⁶ El art. 7° DS. N° 134/2008, establece que esa notificación la realizará la Subsecretaría de Pesca.

²¹⁷ Art. 8°, inc. octavo, noveno, décimo y undécimo de la ley N° 20.249

²¹⁸ Art. 7°, inc. final DS. N° 134/2008

identificar la asociación de comunidades o comunidad, en su caso, que podrán acceder a la administración.

Dicha solicitud deberá ser resuelta en el plazo de cuatro meses contados desde su presentación, además, deberá publicarse en el Diario Oficial un extracto del decreto de destinación, dentro de los tres meses siguientes a su total tramitación²¹⁹⁻²²⁰. La destinación tiene el carácter de indefinida²²¹.

e) Del plan de administración y del convenio de uso.

El asignatario deberá presentar ante SUBPESCA, dentro del plazo de un año contado desde la destinación, el que se podrá prorrogar por hasta dos meses, un plan de administración que necesariamente deberá incluir los usos y las actividades que serán desarrolladas en él. Si no es presentado o no es oportuno, ello será causal de término de la destinación.

Dicho plan contendrá los usos a realizar y sus períodos, si corresponde, los que deberán desarrollarse de acuerdo a la normativa sectorial correspondiente, la individualización de los usuarios que no sean integrantes de la comunidad indígena y que se encuentren contempladas en el plan, las normas de solución de conflictos de uso con terceros no indígenas, y la periodicidad del uso que realizarán. De igual forma, debe incluir la individualización de otras comunidades indígenas con uso consuetudinario en el mismo espacio y que no se hubiesen asociado con la solicitante, para efectos de su administración conjunta, con indicación del uso y la

²¹⁹ Arts. 9° de la ley N° 20.249 y 8° DS. N° 134/2008.

²²⁰ De acuerdo a la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, ni la destinación ni el convenio de uso se encuentran afectos a dicho trámite. Arts. 10°, numeral 10.1.3 y 8°, numeral 8.5, respectivamente.

²²¹ Art. 13, inc.1 ley N° 20.249

periodicidad del mismo, si corresponde, los que se ejercerán de acuerdo a la normativa sectorial respectiva. Asimismo, contendrá el respectivo plan de manejo si es que se contempla la explotación de recursos hidrobiológicos, y los estatutos del asignatario que, al menos, deberán abordar la organización interna y las formas de solución de conflictos. Tratándose de una comunidad indígena, pueden corresponder a sus propios estatutos y normas de solución de controversias.

Facultativamente, el plan puede contener una autorización para que el usuario no titular de la ECMPO pueda realizar presentaciones ante la autoridad con relación al plan de manejo, y las actividades que desarrollarán las asignatarias para la difusión a los visitantes y a la comunidad en general del espacio costero²²². Por último, deberá comprender la entrega a esa subsecretaría de informes de actividades, los que serán aprobados o rechazados por ella, por resolución, dentro del plazo de tres meses contado desde su presentación.

Luego SUBPESCA, dentro del plazo de 10 días, contados desde la presentación del plan, lo remitirá a cada uno de los integrantes de la comisión intersectorial.

El plan de administración debe ser aprobado por una comisión intersectorial²²³ en el plazo de dos meses contados desde su presentación. Su labor fundamental es verificar el cumplimiento de la normativa sectorial a que se encuentran sometidos los usos incorporados en el plan de

²²² Arts. 11 de la ley N° 20.249, y 9° DS. 134/2008

²²³ De acuerdo al art. 11, inc. 4 de la ley N° 20.249, esa comisión estará integrada por representantes del Ministerio de Planificación, hoy Ministerio de Desarrollo Social, de las Subsecretarías de Marina, hoy SFFAA, y de SUBPESCA, de la DIRECTEMAR y de la CONADI.

administración. Al efecto, esa repartición deberá convocar a los miembros de esta Comisión Intersectorial para que emita su pronunciamiento, el que constará en una resolución dictada por la Subsecretaría, cuya copia se remitirá al Servicio Nacional de Pesca y a la Autoridad Marítima para los fines de fiscalización contemplados en la ley²²⁴.

El procedimiento culmina con la suscripción de un convenio de uso, una vez que el plan de administración y el plan de manejo, si fuere el caso, hayan sido aprobados. SUBPESCA suscribirá el convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria, en el plazo de un mes contado desde la referida aprobación.

El convenio de uso tiene carácter indefinido, salvo que se verifique alguna de las causales del art.13 de la ley, en cuyo caso SUBPESCA deberá ponerle término²²⁵.

f) Causales de término del ECMPO.

No obstante que la destinación y el respectivo convenio de uso tienen el carácter de indefinidos, el espacio costero marino de los pueblos originarios puede terminar si la asignataria incurre en alguna de las causales contempladas en la ley, a) el incumplimiento del plan de manejo que haya afectado gravemente la conservación de los recursos hidrobiológicos del espacio, de acuerdo con los informes de actividades, salvo que de los mismos informes se constate que la asignataria desplegó acciones concretas para revertir tal situación, con anterioridad a la fecha en que se constata la causal, b) disolución de la beneficiaria del área, c) por haber sido sancionada la asignataria reiteradamente, esto es, cuando se le hayan aplicado tres

²²⁴ Art. 11, inc. 3, 4 y 5, de la ley N° 20.249, y art. 11 DS. N° 134/2008

²²⁵ Art. 12 de la ley.

sanciones por resolución ejecutoriada en un año, i) por contravenir el plan de administración, ii) por impedir el acceso al espacio asignado²²⁶, o iii) si los usuarios no titulares del espacio contravienen el plan de administración de cualquier forma²²⁷, y d) por renuncia de la asignataria, mediante comunicación formal a la SUBPESCA²²⁸.

Las infracciones serán cursadas por la Autoridad Marítima o por SERNAPESCA, según sea el caso, mediante el procedimiento establecido en el párrafo 2° de la LGPA²²⁹.

A su turno, las sanciones serán aplicadas conforme al procedimiento contemplado en la ley, sucintamente, la Subsecretaría comunica a la asignataria la constatación de la causal, para que ésta plantee sus descargos y aporte los antecedentes respectivos. En el evento que esa Subsecretaría rechace lo manifestado por el titular, dictará una resolución de la que se puede reclamar ante el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo en el plazo de un mes, contado desde su notificación, recurso que, a su vez, deberá resolverse en el término de un mes contado desde su interposición. Si éste es rechazado o no se interpone, SUBPESCA pondrá término inmediato al convenio, comunicándolo a SFFAA, para que el MDN deje sin efecto el decreto que entregó en destinación el espacio costero marino de los pueblos originarios. Finalmente, corresponde precisar que rechazada la

²²⁶ Respecto de la asignataria, estas dos infracciones se cursarán de acuerdo a lo previsto en el art. 116 de la LGPA.

²²⁷ De acuerdo al art. 15 de la ley N° 20.249, si los usuarios contemplados en el plan de administración incurre en tres infracciones en el plazo de un año, la asignataria podrá solicitar a la subsecretaría deje sin efecto su calidad de usuario comprendido en dicho plan.

²²⁸ El art. 13, inc.5 de la ley N° 20.249, señala que se pondrá término a la destinación del espacio cuando la asignataria manifieste formalmente a SUBPESCA su voluntad de dar por finalizada tal destinación. Al respecto, entendemos que se trata del convenio, puesto que el "titular" de la destinación es precisamente la SUBPESCA.

²²⁹ Art. 15, inc. final de la ley N° 20.249.

reclamación, el afectado sólo podrá recurrir al tribunal de letras en lo civil con jurisdicción en la comuna en que se encuentre ubicado el espacio respectivo, el que determinará en procedimiento sumario si da o no por terminado el convenio de uso, y mientras el fallo respectivo no se encuentre ejecutoriado queda suspendida la declaración de término, debiendo adoptarse las medidas necesarias en resguardo de los recursos naturales del área²³⁰⁻²³¹.

2.4. SOBRE LA CONSULTA INDÍGENA.

Finalmente, es necesario mencionar que todo el sistema de afectaciones que hemos repasado –así como otras medidas administrativas-eventualmente dentro de su regulación tendrán un punto convergente frente la Administración del Estado, independientemente del procedimiento administrativo que se use para establecerlas.

Nos referimos, por cierto, al cumplimiento de las medidas especiales contenidas en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989²³², el que recién entró en vigencia en nuestro

²³⁰ El examen de constitucionalidad efectuado en s. Rol N° 1007-2007, de fecha 17 de enero de 2008, recaída en el proyecto de la ley que nos ocupa, señala en el Considerando Décimo del fallo del TC deja establecido que ello es sin perjuicio de las vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental.

²³¹ El art. 13 inc. final del reglamento, precisa que la SUBPESCA no pondrá término al convenio de uso en caso que la asignataria haya recurrido al órgano jurisdiccional, mientras no quede ejecutoriada la respectiva sentencia. Conforme a la jerarquía normativa y a la lógica jurídica, debe entenderse en los mismos términos que la ley, por lo que debe dictarse el acto administrativo respectivo, supuesto de la reclamación, en tanto que los efectos del término del convenio quedan suspendidos hasta que la sentencia quede ejecutoriada.

²³² Fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1989, y fue aprobado por el Congreso Nacional de Chile en marzo del 2008, después de 17 años de tramitación. Fue promulgado por medio del DS. N° 236/2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. D.O. 14 de octubre de 2008.

país el 15 de septiembre de 2009²³³, con la finalidad eliminar la discriminación y las brechas socioeconómicas que mantienen los pueblos indígenas en relación al resto de la población, para lo cual los Estados que lo ratifican deben adoptar una serie de medidas especiales, con la participación de dichos pueblos, con miras a salvaguardar sus instituciones, propiedades, cultura y medio ambiente, y respetando su identidad social y cultural, y garantizando su integridad²³⁴.

El Convenio establece el deber de los gobiernos de consultar a dichos pueblos, a través de sus organizaciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente (art. 6°). Asimismo, reconoce a los pueblos interesados el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan, y de controlar, en la medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7°).

El Convenio establece además que la consulta a los pueblos indígenas deberá realizarse mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus organizaciones representativas, cada vez que se prevean

²³³De conformidad con el art. 38, párrafo 3° del Convenio. Disponible tramitación del Tratado en Historia de la Ley en <http://bcn.cl/13tsn>.

²³⁴ "Marco Normativo sobre Consulta y Participación Indígena". Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, elaborado para la Comisión Permanente de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, en el marco del proyecto de ley sobre Administración del borde costero y concesiones marítimas (Boletín N° 8467-12). Valparaíso 2013, p.3. El recurso se encuentra disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCDcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bcn.cl%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drepositorio%2F10221%2F16273%2F1%2FMarco%2520normativo%2520sobre%2520consulta%2520indigena%2520en%2520Chile_v4.doc&ei=Uq-7UZihH6r1ygHe3oHoAw&usg=AFQjCNEbr0Mohf0GtHVL-kJs3nlekZlqvq&sig2=p9WTz19vCedtuwWQxnc8vw&bvm=bv.47883778,d.aWc (junio, 2013)

medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente; las consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas(art. 6° N°1 a) y N° 2))²³⁵⁻²³⁶

En ese contexto, la OIT señala que las consultas deben ser de carácter previo y, además ser formales, y debe producirse un diálogo real entre gobierno y pueblos indígenas, deben existir mecanismos apropiados a escala nacional, debe realizarse por instituciones representativas. En ella debe primar el criterio de la auto-identificación, donde debe llegarse a acuerdos o lograr el consentimiento sin que implique derecho a veto. Lo anterior, debe hacerse de acuerdo a las características de cada país y de una manera adaptada a sus circunstancias.²³⁷

La problemática comienza con la implementación del Convenio, por cuanto en teoría, la consulta abarcaría todas las leyes o actos administrativos en que pueda afectarse directamente a los pueblos indígenas. Y ante la indeterminación de la noción de afectación directa y los órganos competentes para efectuarlas, se presenta una dificultad en nuestro país que

²³⁵ El Convenio 169 de la OIT establece, además, el deber de realizar consultas a los pueblos indígenas en relación con las siguientes cuestiones: a) En la autorización o ejecución de los programas de exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras (Art.15, 2); b) Siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (Art. 17, 2); c) En cuestiones específicas relativas a la educación (Arts. 27,3 y 28,1); d) Se requiere de su consentimiento previo en caso de traslado o reubicación de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, sólo cuando sea absolutamente necesario (Art. 16.2).

²³⁶El TC en su S. de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, ha calificado las disposiciones sobre la consulta y la participación como autoejecutables, es decir de ejecución inmediata, sin necesidad que el Estado complete o desarrolle esas disposiciones a través de actividad normativa interna.

²³⁷ Informe BCN, ob. cit., (n. 234), p.4.

hace cuestionar todo el ordenamiento jurídico respecto al tratamiento de los pueblos originarios.

La primera iniciativa del Ejecutivo para implementar la consulta fue a través del DS. N° 124/2009, del Ministerio de Planificación²³⁸, cuyo objeto es regular *"la obligación de los órganos de la Administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la Ley 19.253"* (Art. 2°)²³⁹.

Sin embargo, esa normativa ha recibido críticas de varios sectores. En pocas palabras, estas señalan que se trata un trámite no consultado; que se vincula a los supuestos de la ley indígena y no a los arts. 6° y 7° del Convenio; y porque, básicamente, no satisface estándares fijados para la consulta y participación²⁴⁰.

Lo anterior ha derivado en una judicialización, la que en mayor medida ha estado relacionada con la aplicación de la ley N° 19.300, principalmente, respecto de la calificación ambiental de proyectos de inversión desarrollados en territorio indígena²⁴¹.

²³⁸ Decreto disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486>.

²³⁹ Informe BCN, ob. cit.(n. 234), p.7

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Respecto al análisis de la jurisprudencia nacional de los años 2011 y 2012, la mayoría de las sentencias han resuelto aceptar los recursos de protección interpuestos y las Cortes han ordenado enmendar o corregir los actos que vulneran los derechos de los pueblos originarios. Aquellos fallos que han rechazado los recursos de protección han fundamentado su decisión en la falta de oportunidad de presentación de los recursos, antes de la vigencia del Convenio 169 en Chile, y otros fallos, de la Corte de Apelaciones, que han rechazado los recursos fundados en la correcta aplicación de la consulta, han sido revocados por la Excm. Corte Suprema. Sin embargo, en otro fallo más reciente, (Caso Línea de Transmisión Melipeuco-Freire) la Corte Suprema rechazó el Recurso de

Si bien, los Tribunales de Justicia han comenzado a delinear criterios de la razonabilidad y proporcionalidad para determinar los márgenes de afectación, es menester que prontamente se resuelva la materia a objeto de no impedir o retrasar la gestión del territorio.

Lo anterior, ya se ha visto reflejado en el desarrollo del sector eléctrico de nuestro país, donde se han detenido algunos proyectos de inversión por acciones judiciales de protección deducidas durante su tramitación, cuestión que afecta directamente al crecimiento económico y a la estabilidad en otros proyectos de inversión que dependen del suministro eléctrico a largo plazo²⁴².

En nuestro caso, se advierte una inmensa gama de formas en que se puede afectar directamente al pueblo indígena con las medidas administrativas (o afectaciones) de que es susceptible el borde costero, especialmente porque con la entrega de ECMPOs, se amplía aún más los territorios que pueden llamarse indígenas y los cuales sus riberas pueden considerarse como estratégicas para el desarrollo de proyectos económicos y al mismo tiempo pueden verse afectadas por éstas acciones judiciales.

De ese modo, la indefinición de la materia, es una responsabilidad del Estado, el que no ha dado debido cumplimiento a sus compromisos internacionales, lo que lleva a una incerteza debido a la correcta

Protección por considerar que no existía afectación de la población indígena ante el trazado de tendido eléctrico en esta zona. Véase Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. pp. 174-ss. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/11/6-derechos-humanos-de-los-pueblos-indigenas.pdf>

²⁴² MORAGA SARIEGO, Pilar "*Las Razones de la Conflictividad del Sector Eléctrico: El caso de la Consulta Indígena*". En Anuario de Derecho Público, 2012. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. pp. 376-ss.

implementación de la normativa sectorial, que esperamos no se extienda al borde costero.

No obstante, cabe hacer presente que durante el segundo semestre del 2012, el Poder Ejecutivo ha presentado una nueva propuesta de reglamento para la consulta y efectuar un mecanismo consensuado de participación, Sin embargo a la fecha de desarrollo de este trabajo seguía en trámite²⁴³.



²⁴³ Nueva propuesta de reglamento de consulta y participación, disponible en: <http://www.conadi.gob.cl/index.php/component/content/article?layout=edit&id=783%20>(junio, 2013)

3.- CAPÍTULO TERCERO.

3.1. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL.

Tras la segunda postguerra mundial, la ordenación del territorio (OT), surge como una institución orientada a dar una respuesta global a los problemas que plantea la utilización del espacio físico²⁴⁴. Los autores se refieren a ella como una función pública, pero sobre la cual, aún, no existe consenso sobre su alcance y significado, siendo objeto de diversas interpretaciones²⁴⁵.

Sobre la materia la doctrina distingue dos grupos relativos a las diferentes tendencias dogmáticas que se refieren a la OT²⁴⁶. A) Aquellos que entienden que la OT es una evolución del urbanismo que supera el nivel local y que se instala a nivel regional o, incluso, nacional, como una forma de resolver de forma más apropiada los problemas globales, como son la ordenación de infraestructura o de protección del medio ambiente. Así se habla de la ordenación del territorio como marcourbanismo o, más recientemente, PAREJO ALFONSO señala que la ordenación del territorio y la ordenación urbanística son sistemas de igual objeto al servicio de políticas de gobierno del territorio diferenciadas.

²⁴⁴ Vid. HILDENBRAND, Andreas: "Política de ordenación del territorio en Europa", Universidad de Sevilla, Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. Colección Kora. Sevilla. 1996, pp.207-ss. Sin embargo en países como Alemania, Suiza y Holanda sus raíces son más antiguas, especialmente en lo referente a la planificación territorial de nivel subregional. Ver también, SEPÚLVEDA S., Paulo, cit. (n.6), pp. 13-14.

²⁴⁵ MASSIRIS CABEZA, Ángel: "Ordenación del Territorio en América Latina". Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Scripta Nova, Universidad de Barcelona. Vol. VI, N° 125, Barcelona, 2002 p. 2. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-125.htm> (junio, 2013)

²⁴⁶ Vid CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental..."ob. cit. (n. 18), pp. 216-217.

B) En un segundo grupo, se comprende aquellas concepciones que consideran que la OT no solo es una suerte de supraurbanismo, sino que cumple unos objetivos distintos, apoyados en diversos instrumentos, como sería la función coordinadora de todas las políticas o actividades con incidencia física sobre el territorio, como se sostiene en Alemania; la plasmación geográfica de la planificación económica especialmente a nivel regional, postura predominante en Francia; o, por último, como una función pública con una finalidad global, de integración, con un fuerte carácter antropocéntrico y que tiende, en definitiva, a un mejoramiento de la calidad de vida de las personas²⁴⁷.

De ese modo, se aprecian diferentes tendencias que consideran a la OT con diferentes nociones y contenidos. Para nosotros, una de las definiciones más integrales es la que presenta Domingo GÓMEZ OREA, para quien la OT puede entenderse como una función pública que da una respuesta global a todos aquellos problemas que plantea el uso del espacio físico a través de la materialización de un modelo territorial determinado. Implica una proyección en el ámbito espacial de las políticas de carácter social, cultural, ambiental y económica que existen en una sociedad, siendo el sistema territorial el resultado de aquéllas²⁴⁸.

Uno de los referentes principales que se suele recurrirse a la hora de definir la OT, es la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, que la concibe como *“la proyección espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad, cuyos objetivos fundamentales son el desarrollo económico y equilibrado de las regiones, la mejora de la*

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ GÓMEZ OREA, Domingo: “Ordenación Territorial”, 1ª Edición, Ediciones Mundi-Prensa y Ed. Agrícola Española. Madrid, 2001, p. 30. Citado en SEPÚLVEDA S., *ob. cit.*, (n. 6), p. 14.

calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y, por último, la utilización racional del territorio"²⁴⁹.

En nuestro país, por su parte, la CONAMA ha señalado que la OT es la *"acción estatal ejercida consensuadamente que permite la integración pública y privada orientada a armonizar los usos del territorio, tanto público como privados, proponiendo a un uso racional y sustentable del territorio en su más amplio sentido"*²⁵⁰.

Cabe aclarar que la voz territorio²⁵¹, en la OT no corresponde únicamente a la existencia de un espacio físico, sino que debemos incluir a los actores y actividades que en él se desenvuelven y desarrollan. De ese modo, el objeto de esta disciplina son las actividades humanas, las cuales son identificadas, distribuidas, organizadas y reguladas en el espacio físico en conformidad con ciertos criterios y prioridades²⁵².

²⁴⁹Carta Europea de Ordenación del Territorio, 1983. Disponible en: http://virtual.eapc.cat/file.php/1/continguts_cursos_EAPC/urbanisme/bloc_1/unit_at_1/media/ceot.pdf (junio, 2013)

²⁵⁰ CONAMA (Chile). "Una política ambiental para el desarrollo sustentable: Ordenamiento territorial o regulación del comportamiento espacial. Comisión Nacional de Medio Ambiente, Departamento de Recursos Naturales". Documento de discusión, no oficial. Santiago, 1998.

²⁵¹ Ministerio de Planificación. División de Planificación Regional, "Zonificación para la planificación territorial. Serie Planificación Territorial." *Cuaderno 1*. División de Planificación Regional, Fundación Eduardo Frei, Santiago, 2005, p.5. El territorio *"se entiende como una porción de superficie terrestre o acuática perteneciente a un predio, región o nación, que es ocupado por actores sociales, donde se dan relaciones de acoplamiento estructural, de determinación mutua y de coevolución"*. Disponible en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/cuad1-zon.planterrit.pdf>. (junio, 2013)

²⁵² GÓMEZ OREA, Domingo, ob. cit., (n. 248), p. 29. Citado en SEPÚLVEDA S., Paulo, ob. cit., (n. 6) p. 14.

Mediante esta institución, se busca definir, a futuro, el marco físico en que se ubicarán las actividades propiciadas por las políticas social, económica, cultural y ambiental de la sociedad, regulando el comportamiento de los agentes socioeconómicos; todo ello orientado a conseguir un desarrollo equitativo, equilibrado y sostenible de las diferentes regiones²⁵³.

De ese modo, se trata de una disciplina de carácter horizontal que condiciona a la planificación sectorial, al urbanismo y a la planificación económica (considerando sus múltiples regulaciones sectoriales), procurando la consecución de una estructura espacial adecuada para un desarrollo eficaz y equitativo de la política sectorial y superar la parcialidad de las mismas²⁵⁴.

En tal sentido, la OT no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental pues, constituye una medida al servicio de objetivos generales como el uso adecuado de los recursos, el desarrollo y el bienestar o calidad de vida de los ciudadanos.²⁵⁵ Esto hace que la OT sea una expresión espacial de las políticas, pero al mismo tiempo, una política que articula a las demás, atendido que su origen se debe a una necesidad de integración de la planificación socioeconómica con la planificación física, consistiendo la primera en la implementación de políticas con incidencia territorial, en especial de carácter sectorial, dirigidas a corregir desequilibrios territoriales y al desarrollo de regiones atrasadas, y la segunda en la ordenación armoniosa de los usos del suelo, de los edificios

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ MASSIRIS CABEZA, Ángel, *ob. cit.*, (n.245), p. 4.

²⁵⁵ ZOIDO NARANJO, Florencio: "Geografía y Ordenación del Territorio". *Scripta Vetera*, Universidad de Barcelona, núm. 77. Barcelona, 1998. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sv-77.htm> (junio, 2013)

y de los asentamientos urbanos, que busca alcanzar estándares más elevados de diseño y eficiencia²⁵⁶.

Así, bien ha dicho PAREJO ALFONSO que lo que busca la ordenación del territorio como objetivo final, es la calidad de vida (cifra del bien común) que se concreta en dos objetivos-valores mayores que están en una constante dialéctica: desarrollo económico y preservación del medio ambiente²⁵⁷.

3.1.1. La ordenación territorial en Chile

En Chile no existe en el ordenamiento jurídico normas que consagren planes específicos de OT, sin embargo, esta función pública se desprende de forma indirecta de ciertas normas constitucionales.

Por cierto, si consideramos que la finalidad última del Estado es la promoción del bien común (art.1° CPR), y que la conservación del patrimonio ambiental es parte de la función social, como límite a la propiedad (19 N° 24 CPR), y teniendo presente, además, que las actividades económicas no deben vulnerar el orden público y las normas legales que lo regulan (19 N°21 CPR), vemos como la ley podrá delinear estos derechos, lo que incluye aquellos casos en que se atribuye a alguna autoridad competencias con incidencia en el territorio. A ello, debe agregarse la consagración constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8 CPR), disposición que autoriza a establecer restricciones específicas a otros derechos para proteger el medio ambiente²⁵⁸.

²⁵⁶ SEPÚLVEDA S., Paulo, ob. cit. (n.6) p. 15

²⁵⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ob. cit. (n. 18), p.218

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 16.

Cabe destacar que no hay una entidad encargada de coordinar este tema sino que existen diversos organismos públicos involucrados con competencias directas o indirectas que inciden en el ámbito territorial, sin embargo, mediante la dictación de la ley N° 19.175 (LOGGAR) en 1993, los Gobiernos Regionales (GOREs) serían los órganos que tiene competencia en ordenamiento territorial, en conformidad con lo dispuesto en el art. 17²⁵⁹, al disponer que en su letra a) que corresponderá a los GOREs *"establecer políticas y objetivos para el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos en la región, con las desagregaciones territoriales correspondientes"*. A lo que se agrega atribuciones de orden urbanístico, como es aprobar la Estrategia Regional

²⁵⁹ El art. 17 de la LOGGAR dispone: *"Serán funciones del gobierno regional en materia de ordenamiento territorial: a) Establecer políticas y objetivos para el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos de la región, con las desagregaciones territoriales correspondientes; b) Participar, en coordinación con las autoridades nacionales y comunales competentes, en programas y proyectos de dotación y mantenimiento de obras de infraestructura y de equipamiento en la región; c) Fomentar y velar por la protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente, adoptando las medidas adecuadas a la realidad de la región, con sujeción a las normas legales y decretos supremos reglamentarios que rijan la materia; d) Fomentar y velar por el buen funcionamiento de la prestación de los servicios en materia de transporte intercomunal, interprovincial e internacional fronterizo en la región, cumpliendo las normas de los convenios internacionales respectivos, y coordinar con otros gobiernos regionales el transporte interregional, aplicando para ello las políticas nacionales en la materia, sin perjuicio de las facultades que correspondan a las municipalidades; e) Fomentar y propender al desarrollo de áreas rurales y localidades aisladas en la región, procurando la acción multisectorial en la dotación de la infraestructura económica y social, y f) Proponer a la autoridad competente la localidad en que deberán radicarse las secretarías regionales ministeriales y las direcciones regionales de los servicios públicos, sin perjuicio de los traslados transitorios a otras localidades de la región"*.

de Desarrollo, los Planes Regionales de Desarrollo Urbano, los Planes Reguladores Intercomunales y los Metropolitanos²⁶⁰.

Incluso algunos GOREs han tratado de regular esta materia a partir de reglamentos, conforme la facultad que les confiere el art. 20 letra a) de la misma ley. Sin embargo, la Contraloría General ha sido categórica en señalar que no es posible crear por la vía reglamentaria un instrumento de ordenación territorial distinto a los previstos por la ley²⁶¹.

De ese modo, todavía existe la enorme necesidad de implementación de medidas que logren una adecuada configuración de la OT en cuanto a su contenido, y en relación a la coordinación de las administraciones públicas con competencias en esta materia, además del fortalecimiento de la calidad de los GORES para el desarrollo de esta tarea²⁶².



3.2. LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL.

El ordenamiento u ordenación del territorio se refiere a un conjunto de objetivos y directrices que constituyen las líneas principales de la

²⁶⁰ Art. 20 letra e) y f) de la LOCGAR.

²⁶¹ Véase el dictamen N° 59.316/2006 CGR. Jurisprudencia administrativa citada en CORDERO QUINZACARA cit. (n.18), p.218. El autor, agrega, que para tratar de paliar este vacío, se presentó un Mensaje presidencial N° 128-3586, de 8 de abril de 2008, el cual se tramita como el número de boletín 5872-06. "para modificar la *Ley de gobierno y administración regional* en la materia y establecer expresamente estos instrumentos de ordenamiento territorial. Sin embargo, a la fecha esta iniciativa no ha sido aprobada. Por su parte, la Ley No 20.417 que modificó ley N° 19.300, consideró dentro del sistema de evaluación estratégica a estos planes (art. 7 bis), aunque todavía no tienen existencia legal.

²⁶² Vid. CORDERO QUINZACARA, Eduardo: "El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos". En RDUCV, 2. XXIX, Valparaíso, 2007, pp.294-ss. Y SEPÚLVEDA S., Paulo. cit. (n. 6), p. 16.

planificación y de aquellos instrumentos que sirven para estos efectos. Por su parte, la planificación territorial implica desarrollar planes y medidas para efectos de implementar los distintos objetivos y directrices, para de esa manera definir un modelo territorial futuro²⁶³.

La planificación es un proceso sistemático y organizado, que opera a través de la organización, siendo su propósito desarrollar una adaptación coordinada y proactiva, anticipatoria a los cambios en el medio externo, en tanto busca mantener la efectividad interna²⁶⁴. Este proceso surge por la utilización espontánea e indiscriminada del suelo por parte del hombre, generando consecuencias adversas y nocivas, pudiendo mencionarse, entre otras: el desequilibrio y desintegración territorial, impactos ecológicos y paisajísticos negativos y, manejo inadecuado de los recursos naturales y, inadecuada distribución de la densidad²⁶⁵.

Cabe precisar la división existente en la planificación, por un lado la indicativa, y la planificación vinculante. Entendemos por planificación indicativa, aquella que se presenta en los instrumentos que sin tener un carácter obligatorio, orientan las decisiones de la administración y los particulares. La planificación vinculante, por su parte, se establece en

²⁶³ ARENAS, Federico, LAGOS, Marcelo Y HIDALGO, Rodrigo: "Los riesgos naturales en la planificación territorial". Instituto de Geografía. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica. Año 5, N° 39, octubre. Santiago, 2010, pp. 7.

²⁶⁴ MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, ob. cit., (n. 251), p. 18.

²⁶⁵ Vid. FAO, OFICINA REGIONAL PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, "Enfoques Generales y Métodos para la Planificación Territorial: Proyecto Regional "Ordenamiento Territorial Rural Sustentable". *Documento Técnico N° 3*. Santiago, 2006, pp. 9. Disponible en: <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Planificacionterritorial.pdf>. (junio, 2013).

instrumentos a los que deben someterse necesariamente, como resultado de disposiciones imperativas²⁶⁶.

Por último, es necesario aclarar que la gestión del territorio opera teniendo como base las normas generales de la OT o los distintos de los instrumentos de planificación territorial, la autoridad administrativa dicta, modifica o revoca permisos específicos para uso del suelo en un lugar determinado, o decreta sanciones por usos o actividades indebidas, no se trata ya de planificación, sino de administración o gestión del territorio, por lo es correcto hablar de instrumentos de gestión territorial (IGT)²⁶⁷.

3.2.1 Planificación territorial en Chile.

En el sistema jurídico chileno, la forma de hacer efectiva la planificación del uso del suelo es a través de los llamados “Instrumentos de Planificación Territorial (IPT)”, establecidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUyC) y su Ordenanza (OGUyC)²⁶⁸.

Existen diversos IPT, cada uno con diferentes ámbitos de extensión territorial: nacional, regional, intercomunal y comunal.²⁶⁹ Se reconoce la planificación urbana en el ámbito nacional (aunque, en la práctica, no se ha aprobado), regional (planes regionales de desarrollo urbano o PRDU),

²⁶⁶ ÁLVAREZ MELÉNDEZ, Juan-Carlos: “La Planificación Territorial (Ordenación del territorio I)”. Universidad de Córdoba. Disponible en: <http://www.uco.es/~gt1tomam/master/ot/alvarez.pdf> (enero, 2013)

²⁶⁷ ARENAS, *et al.*, ob. cit., (n. 263), p.7. En Chile un ejemplo de lo anterior está dado por los permisos de construcción, las recepciones de obras, las multas y sanciones que aplican las municipalidades caso a caso.

²⁶⁸ DFL N° 458/1976 (modificado por última vez mediante Ley N° 20.218 D.O. 27 septiembre de 2007 y DS N° 47/1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (modificado por última vez mediante DS. 143/2007).

²⁶⁹ Art. 28 LGUyC.

intercomunal (Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, PRI o PRM) y comunal (Plan Regulador Comunal o PRC y planes seccionales o PS)²⁷⁰.

Como explica CORDERO QUINZACARA, los IPT tienen una doble dimensión: constituyen normas y, al mismo tiempo, incorporan la técnica propia de la planificación (diagnostico, objetivos, estrategias, etcétera). En cuanto normas, los IPT forman parte de la categoría de los reglamentos, es decir, son disposiciones que tienen por objeto ejecutar, complementar y desarrollar los preceptos legales. Sin embargo, en este caso, los IPT tienen una singularidad, pues se trata de normas reglamentarias de segundo grado o nivel, en la medida que deben ceñirse a la ley, vale decir, a LGUyC y a las disposiciones reglamentarias dictadas por el Presidente de la República (esto es, a la *Ordenanza general de urbanismo y construcciones*, OGUyC).

Del mismo modo, se establece la *cláusula de prevalencia* a favor de los IPT de mayor nivel, por lo que lo dispuesto en un plan intercomunal prima sobre el plan comunal.²⁷¹ Este punto tiene gran relevancia -como explica HERVÉ ESPEJO-, puesto que instrumentos tales como los planes reguladores comunales, que por su origen y por los actores que intervienen en su elaboración, tienen un marcado acento local –lo que genera expectativas de descentralización y mayor democracia–, pueden verse afectados por lo que se disponga a nivel central (a través de la OGUyC) o incluso a nivel intercomunal. Como señala Dominique HERVÉ ESPEJO “*Esta primacía de lo central por sobre lo local es una característica clave del marco jurídico del ordenamiento territorial en Chile y constituye*

²⁷⁰ HERVÉ ESPEJO, Dominique, ob. cit., (n.5) p. 198

²⁷¹ Vid. CORDERO QUINZACARA. *El Derecho Urbanístico*..ob. cit., (n. 262) p. 277, nota 6.

una de las causas de los conflictos socio-ambientales por el uso del territorio"²⁷².

En Chile, la OT ha obedecido principalmente a objetivos urbanísticos, es decir, busca establecer los diversos usos del suelo en una zona urbana. Excepcionalmente se aplican los IPT al suelo rural, ya sea a través de los planes reguladores intercomunales que incluyen zonas rurales (entre zonas urbanas incluidas en el plan) o a través del instrumento que permite el cambio de uso del suelo fuera de los límites urbanos²⁷³.

Esta situación evidencia un vacío regulatorio en materia de uso del suelo que, en la práctica, se llena con las legislaciones sectoriales respectivas. Dicho de otra manera, debido a que el ordenamiento jurídico nacional reconoce, además de las competencias regulatorias sobre el uso del suelo, una serie de competencias sectoriales respecto del uso de determinados recursos, en aquellos casos donde no hay norma del uso del suelo se aplica la normativa sectorial del recurso respectivo. Además, esta situación produce que, incluso donde sí existe una norma de uso de suelo, se ocasione una superposición de competencias y normativas aplicables respecto de un mismo recurso²⁷⁴.

Dicha situación ha generado, regularmente, que las decisiones sean adoptadas por la autoridad sectorial sin tener presente la multiplicidad de usos que compiten dentro de una misma zona. De ahí que se sostenga que el OT nacional se ha visto afectado por *"las tensiones derivadas de la*

²⁷² HERVÉ ESPEJO, cit. (n. 8), p. 198

²⁷³ *Ibíd.*, p.199

²⁷⁴ Como veremos *infra*, esto es lo que ocurre, por ejemplo, respecto al uso de las costas y de las playas, recursos cuyo uso implica definiciones en materia de uso del suelo.

presión concurrente sobre un mismo territorio de distintos usos y competencias de los órganos públicos"²⁷⁵.

3.3. LA ORDENACIÓN DEL BORDE COSTERO.

En consideración a los compromisos internacionales en orden al desarrollo sustentable de esta zona²⁷⁶ y atendido la ausencia de regulación en materia de planificación del uso de los recursos del borde costero, se dictó en 1994 la "Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC)"²⁷⁷.

Cabe destacar que el manejo al que se refiere esta política se centra sólo en el área del "borde costero", la que sólo se refiere a los componentes geográficos explicados en el primer capítulo. Tal situación constituye un problema pues supone el acotamiento espacio, dejando fuera zonas que están interrelacionadas y que merecen un trato por parte de la planificación. En efecto, la gran riqueza de las zonas costeras proviene de la interacción entre el agua (hidrósfera), la tierra (litósfera) y el aire (atmósfera), siendo imposible hablar de una planificación uniforme en el litoral si se deja de lado el espacio terrestre.

Entonces, el concepto de borde costero utilizado en esta planificación se traduce en la práctica en una escisión de la zona costera de Chile, en el

²⁷⁵ CORDERO QUINZACARA. *El Derecho Urbanístico...* ob. cit., (n. 262), p.271. Obra citada por HERVÉ ESPEJO, ob. cit. (n.8), p. 199.

²⁷⁶ El Programa o Agenda 21 es un acuerdo de las Naciones Unidas para promover el [desarrollo sostenible](#), aprobado en la [Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo \(CNUMAD\)](#), que se reunió en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Destaca, para nuestros efectos, el capítulo 17 referido a la "Protección de los Océanos y de los Mares de Todo Tipo, Incluidos los Mares Cerrados y Semicerrados, y de las Zonas Costeras, y Protección, Utilización Racional y Desarrollo de Sus Recursos Vivos". Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/> (junio, 2013)

²⁷⁷ El DS. N° 475/1995, MDN, que contiene la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República (PNUBC).

que queda, por un lado, el ámbito acuático y, por el otro, el ámbito terrestre.

La situación anterior ha hecho merecedora de duras críticas respecto al restringido ámbito de planificación, y ha derivado en la búsqueda de una adecuada coordinación entre los distintos órganos que tienen competencia tierra adentro y aquellos que tienen competencia mar adentro, con el objeto de que el manejo de las mismas se verifique de manera integral²⁷⁸.

Empero, desde el punto de vista del funcionamiento de la administración Estatal –ámbito de nuestro trabajo-, el concepto actual de borde costero permite delimitar en forma clara las competencias de los diversos órganos sectoriales, a un espacio donde no hay dominio de particulares (enclaves privados), cuestión que facilita la gestión de las regímenes de afectación a los que nos hemos referido en el capítulo segundo.

3.3.1. Concepto de zonificación del Borde Costero.

Desde un punto de vista teórico, “zonificar” consiste en la separación y segregación del territorio respecto de su entorno, donde se reconocen por una parte elementos que lo diferencian, y por otra, se actúa con el fin de aislarlos para un propósito particular. Históricamente hablando, el origen del concepto se vincularía al hombre primitivo, quien ya se encontraba en condiciones de identificar áreas o zonas con determinadas características

²⁷⁸ Como mencionamos, la SSFFAA tiene la tuición y administración del borde costero del litoral, sin embargo, corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales, como regla general la administración del resto de los bienes fiscales de propiedad del Estado, sin perjuicio de la competencia de las Municipalidades y de los Gobiernos Regionales.

que le eran favorables para satisfacer ciertas necesidades, diferenciándolas de aquellos espacios en los que podría atender a otro tipo de carencias²⁷⁹.

Ahora bien, en lo relativo al borde costero, la zonificación fue definida inicialmente por el RCM, que en su art. 1º prescribe que para la aplicación de dicho reglamento se entenderá por: *"41) Zonificación: proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, que tiene por objeto definir el territorio y establecer sus múltiples usos, expresados en usos preferentes, y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración, en conformidad con lo dispuesto en el DS. (M) N° 475, de 14 de Diciembre de 1994"*.

Según el concepto del RCM, lo que se busca es ordenar y planificar el borde costero, introduciéndose, de esta forma, los distintos matices ligados a la consecución de un modelo territorial determinado, en virtud de una planificación vinculada tanto a aspectos físicos como económicos, siendo todo ello sustentado por una política determinada²⁸⁰.

En aras de fortalecer el concepto de borde costero, el año 2010, se publicó la ley 20.434²⁸¹ que modifica la LGPA, introduce a nivel legal el concepto de zonificación del borde costero. Así, reza el N° 57 del art. 2º de la LGPA: *"Zonificación del borde costero: proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, que tiene por objeto definir el territorio y establecer sus múltiples usos, expresados en*

²⁷⁹ Ministerio de Planificación, ob. cit., (n. 251), p. 8.

²⁸⁰ SEPÚLVEDA S. ob. cit., (n. 6), p. 27

²⁸¹ Ley N° 20.434, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en Materia de Acuicultura. D.O. 8 de abril de 2010.

usos preferentes, los que no serán excluyentes, salvo en los casos que se establezcan incompatibilidades de uso con actividades determinadas en sectores delimitados en la misma zonificación y graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración, en conformidad con lo dispuesto en la Política Nacional de Uso del Borde Costero establecida en el decreto supremo (M) N° 475, de 1995, del Ministerio de Defensa Nacional, o la normativa que lo reemplace”.

De ese modo, y sin perjuicio que el enunciado del art. prescribe que las palabras que se definen son para los efectos de esa ley, lo que hace tal disposición, es elevar el rango de importancia de ese instrumento al consagrar la zonificación como IPT.

Ello, se aprecia de la historia de dicho texto legal²⁸² pues, se buscaba dar un mayor categoría al deber de sujeción a la zonificación, ya que ésta, al estar establecida mediante un decreto supremo no producía efectos ante concesiones acuícolas otorgadas en sectores no destinados a esta actividad y que se fundaban en las disposiciones de la LGPA, de una mayor jerarquía que un DS y referida a un ámbito temático distinto al de la LCM y el RCM²⁸³⁻²⁸⁴.

3.3.2. Usos preferentes

²⁸² Historia de la ley 20.434, pp. 326-327.

²⁸³ Véase el dictamen N° 865/2005 CGR.

²⁸⁴ SEPÚLVEDA S., cit. (n.6), p.28. El autor señala, que uno de los casos que resultaron ejemplificadores en esta materia corresponde al de la región de Aysén. Dicha región fue zonificada mediante el DS. N° 153 del 20 de mayo de 2004. A través de él, se estableció el turismo como uso preferente en distintas zonas, sin embargo en esas mismas zonas existían una serie de concesiones acuícolas que provocaron efectos negativos importantes en el medio ambiente y que perjudicaron de sobremanera a la industria turística.

Como mencionamos anteriormente, los instrumentos destinados a la planificación del territorio pueden caracterizarse por su obligatoriedad, en cuyo caso hablaremos de planificación vinculante. Sin embargo, al referirnos a la zonificación del borde costero aludidos a una planificación indicativa.

Lo anterior se debe a la introducción de la idea de “usos preferentes”, un concepto técnico que alude a la determinación de zonas orientadas a cumplir una o varias funciones territoriales, las cuales deben ser conservadas y desarrolladas en el tiempo. Esto implica que todas las otras funciones o usos territoriales deben supeditarse a la función o uso fijado como preferente en el proceso de zonificación. Una zona preferente no es excluyente para otras funciones o usos territoriales; todos los otros usos podrán desarrollarse siempre y cuando se ajusten a los criterios de compatibilidad establecidos para ese efecto²⁸⁵.

Cabe detenerse en la diferencia que da la definición de zonificación de la LGPA, frente a la del concepto del RCM, en orden a que se incorpora en la primera la idea de que los usos establecidos no son excluyentes, *“salvo que se contemplen incompatibilidades con actividades determinadas en sectores delimitados en la misma zonificación”*.

La incorporación mencionada es bastante exigente pues, para constituir incompatibilidades debe indicarse pormenorizadamente los usos o actividades excluidas y el sector del mismo. De lo contrario, si esto no se

²⁸⁵ Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (SUBDERE): “Guía de Zonificación Costera para el Ordenamiento Territorial”. Primera Edición, Agosto, 2011, p. 10. Tomada de la definición del el Plan Regional de Ordenamiento Territorial Región de Aysén 2005. Disponible en: <http://www.gorecoquimbo.gob.cl/pgobierno/prot/docu/docu/Guia%20Zonif%20Costera%20.pdf>(junio. 2013)

establece, sólo queda analizar los criterios de compatibilidad relativos al uso preferente²⁸⁶.

3.4. POLÍTICA NACIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO.

Como lo mencionamos *supra*, la OT implica una proyección en el ámbito espacial de las políticas (sociales, culturales ambientales y económicas) para la materialización de un modelo territorial determinado.

En ese orden de ideas, respecto al borde costero resalta la Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC), instrumento que se estableció en el art. 1° del DS. N° 475, publicado el día 11 de enero de 1995, y que -en términos generales-, orienta el marco de acción en el que se desenvolverán los distintos organismos públicos competentes en el ámbito del borde costero²⁸⁷.

Además, para PATTILLO BARRIENTOS con ella el Estado *"asume la obligación ineludible de estudiar y diseñar una planificación global, conjunta y armónica de su territorio, terrestre y marítimo, creando los mecanismos idóneos que permitan un desarrollo integral y coordinado de ellos, mediante el uso y explotación más eficiente y adecuado de sus recursos y potencialidades presentes y futuros"*²⁸⁸.

3.4.1 Principios generales de la PNUBC

El art. 1° de DS. N° 475/1995, enuncia los principios de esta política.

1.- Es una política de Estado, por lo cual debe mantener una continuidad, tanto en su formulación como en su ejecución, puesto que la eficacia de

²⁸⁶ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n. 6), p. 29

²⁸⁷ *Ibíd.*, p.30

²⁸⁸ PATTILLO BARRIENTOS, Juan: "Política Nacional del Uso del Borde Costero de la República. Oportunidades y riesgos". En Revista de Marina. Vol. 114/837. Valparaíso, 1997, pp. 3-4. Disponible en <http://www.revistamarina.cl/revistas/1997/2/pattillo.pdf>. (junio, 2013)

sus resultados dependerá, entre otros factores, de la permanencia del esfuerzo que se realice en el tiempo;

2.- Es una política nacional que, por una parte, busca a acrecentar la conciencia en todos los sectores y actores de la vida nacional, respecto a la importancia y trascendencia de una ocupación equilibrada y armónica del borde costero, y al mismo tiempo, procura conciliar los diversos intereses regionales y locales con la naturaleza misma de la problemática que aborda.

3.- Es multidisciplinaria, atendida la diversidad de usos que potencialmente puede tener el borde costero del litoral, los organismos que en ella participan y los intereses que deben ser armonizados, tomando en consideración aspectos sociales, de desarrollo económico, de uso de recursos naturales, de protección del medio ambiente, etc.

4.- Es sistémica. Los complejos desafíos de una ocupación armónica del borde costero del litoral, requieren que: 1°. Se coordine los procesos de trabajo interinstitucionales públicos y privados; 2°. Se establezca un sistema de información y gestión conjunta, en lo relativo al desarrollo del borde costero del litoral; y 3°. Se coordine los programas y proyectos específicos que a nivel nacional, regional, local y sectorial se planteen o desarrollen.

3.4.2. Los objetivos de la PNUBC.

El mismo art. 1° del mencionado texto normativo, describe los objetivos generales y específicos de la Política.

Así, los objetivos generales incluyen, entre otros, el propender a una adecuada consideración de la realidad geográfica de cada uno de los sectores o áreas del litoral, que en algunos casos condicionan en forma

determinante usos específicos, como es el caso de las bahías naturales, proximidad a centros poblados, condiciones meteorológicas locales, accesos, etc.; propender a una adecuada compatibilización de las múltiples actividades que se realizan o puedan realizarse en el borde costero; posibilitar y orientar el desarrollo equilibrado de las diferentes actividades, desde una perspectiva nacional, acorde con los intereses regionales, locales y sectoriales; y contribuir a la identificación de las perspectivas y proyecciones futuras de cada una de las actividades que precisen ser ejecutadas en los espacios territoriales que conforman el borde costero, para evitar su uso inadecuado o inconveniente, tomando en consideración que éste constituye un recurso limitado.

Consecuente con lo anterior, constituyen objetivos específicos de la PNUBC los que a continuación se mencionan⁴²:

Determinar los diferentes objetivos y propósitos específicos posibles, para las diversas áreas del litoral.

1. Identificar los planes y proyectos de los distintos organismos del Estado, que afecten al Borde Costero.
2. Procurar la compatibilización de todos los usos posibles del Borde Costero, en las distintas áreas y zonas, promoviendo su desarrollo armónico, integral y equilibrado, maximizando su racional utilización, precavando posibles requerimientos futuros y tomando en cuenta la realidad actual del uso del mismo.
3. Posibilitar la realización de inversiones, el desarrollo de proyectos públicos y privados, bajo reglas predeterminadas, que permitan su concreción.
4. Proponer los usos preferentes del Borde Costero. Los usos preferentes específicos se determinarán teniendo en consideración

factores geográficos, naturales, recursos existentes, planes de desarrollo, centros poblados próximos o aledaños, definiciones de usos ya establecidos por organismos competentes (...).

3.4.3. Los órganos que intervienen en la PNUBC.

Como lo manifestamos en el primer capítulo, existen diversos órganos con competencias en la gestión y planificación del borde costero. Respecto de la implementación y aplicación de la PNUBC, identificamos como intervinientes al Ministerio de Defensa Nacional (MDN), a la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero (CNUBC) y a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC).

a) El Ministerio de Defensa Nacional.

Como pudimos advertir en el primer capítulo, el órgano encargado de ejercer la administración sobre del borde costero es la SFFAA del MDN, con arreglo al art. 1° de la LCM, y a lo dispuesto en el inc. segundo del art. 6° del D.L. 1939/1977.

Por cierto, este es el organismo que cuenta con las facultades para determinar, con amplia discrecionalidad, el otorgamiento de permisos y concesiones marítimas, como también de las concesiones de acuicultura (art. 2° LCM)²⁸⁹.

²⁸⁹ Art. 2° de la LCM *"Es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral; como asimismo la concesión de rocas, fondos de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías; y también las concesiones en ríos o lagos que sean navegables por buques de más de 100 toneladas, o en los que no siéndolo, siempre que se trate de bienes fiscales, en la extensión en que estén afectados por las mareas, de las*

Ahora bien, considerando las normas expuestas, en relación con la zonificación resulta claro que sea la SFFAA, la entidad que determine de antemano los sectores en que podrá otorgarse tal o cual concesión siguiendo un criterio rector²⁹⁰.

Entonces, corresponderá al MDN, acorde a las decisiones tomadas por la SFFAA acerca de la zonificación correspondiente a un territorio determinado, el encargado de dictar el respectivo decreto supremo que apruebe una zonificación del borde costero. Por cierto, ha sido la antigua Subsecretaría de Marina la que le ha proporcionado la información para establecer, como anexo del DS. N° 475/1995, una zonificación preliminar, a nivel nacional, que servirá como base al proceso zonificador que se desarrolla desde el nivel regional²⁹¹.

Conforme al procedimiento de zonificación, existen a la fecha once zonas costeras del país han sido objeto de zonificación, siendo declaradas de uso preferente (portuario o turístico); reservadas para determinados usos o, en su caso, calificadas como zonas protegidas²⁹².

b) La Comisión Nacional de Uso del Borde Costero (CNUBC).

playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberaños hasta una distancia de 80 metros medidos desde donde comienza la ribera."

²⁹⁰ SEPÚLVEDA S., ob. cit. (n.6), p. 34.

²⁹¹ *Ibíd.* Además, el autor agrega que la labor que desarrolla la SFFAA, se ha visto apoyada también por la Subsecretaría de Desarrollo Regional del Ministerio del Interior, que en virtud de un convenio suscrito con la primera, han puesto en marcha el "Programa Nacional de Zonificación del Borde Costero SSMSUBDERE", que pone a disposición de las regiones recursos técnicos y financieros para desarrollar planes de ordenamiento territorial.

²⁹² CORDERO QUINZACARA., ob. cit. (n. 18), pp. 233-234.

La institución encargada de la planificación y gestión del borde costero es CNUBC, creada en por el DS. N° 475/1994, con el objetivo principal de que proponga al Presidente de la República acciones que impulsen la PNUBC.

Está compuesta por representantes de diferentes organismos públicos relevantes, entre los cuales se consideran no solamente aquellos relativos al territorio marítimo, sino también ciertas autoridades sectoriales como los ministerios de Planificación, de Obras Públicas, de Vivienda y Urbanismo, el Servicio Nacional de Turismo o la Comisión Nacional de Medio Ambiente²⁹³.

Recientemente, con la dictación ley N° 20.597²⁹⁴, publicada el 3 de agosto de 2012, se creó la Comisión Nacional de Acuicultura, incorporándose a la institucionalidad de la LGPA, cuya función principal es la formulación y evaluación de las acciones, medidas y programas que se requieran para implementar la Política Nacional de Acuicultura (art.90 A LGPA), correspondiéndole, además, dar su opinión respecto de la zonificación del

²⁹³ Art. 3° DS. N° 475. La Comisión estará integrada por las siguientes personas: 1. El Ministro de Defensa Nacional, quien la presidirá; 2. El Subsecretario para las Fuerzas Armadas; 3. Un representante de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior; 4. Un representante de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; 5. Un representante del Ministerio de Desarrollo Social ; 6. Un representante del Ministerio de Obras Públicas; 7. Un representante del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; 8. Un representante del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; 9. Un representante del Ministerio de Bienes Nacionales; 10. Un representante de la Armada de Chile; 11. Un representante del Servicio Nacional de Turismo; y 12. Un representante de la CONAMA. Actualmente, la CONAMA ya no existe, y en conformidad con lo dispuesto en el art. tercero transitorio de la ley 20.417, deberá sucederla en este caso un representante del Ministerio del Medio Ambiente.

²⁹⁴ Ley N° 20.597, Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en Materia de Fondo de Fomento para la Pesca Artesanal, Crea la Comisión Nacional de Acuicultura y los Consejos Zonales de Pesca que Indica, y Otras Materias, y Modifica otros Cuerpos Legales Relacionados. D.O. 3 de agosto de 2012.

borde costero en relación con actividades de acuicultura (art.90 C letra c) LGPA).

Sobre la integración de esta comisión, ANDRADE, *et al*, critican la falta de participación de otros organismos, como los ministerios de Agricultura y de Minería y Energía, los cuales desde el punto de vista de una gestión integral de la zona costera, tienen roles muy importantes en todas aquellas áreas en que las actividades de su rubro interfieren o coincidan con el ambiente costero²⁹⁵.

El art. 2° del DS. N° 475/1994, enumera las funciones de la comisión, destacando, la de proponer una zonificación de los diversos espacios que conforman el borde costero, considerando los lineamientos básicos contenidos en la zonificación preliminar elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina (art.2° letra a)).

Las letras correlativas de la misma disposición enumeran las otras facultades de la comisión. Así también, le corresponderá elaborar un informe para evaluar la implementación de la PNUBC y proponer los ajustes que correspondan (letra b); formular proposiciones, sugerencias y opiniones a las autoridades encargadas de estudiar y aprobar los diversos planes comunales e intercomunales, para que exista coherencia en el uso del borde costero del litoral (letra c); proponer soluciones a las discrepancias que se susciten respecto del mejor uso del borde costero del litoral, que sean sometidas a su consideración por la autoridad competente (letra d); recoger los estudios que los diversos órganos de la Administración del Estado realicen sobre el uso del borde costero del litoral

²⁹⁵ ANDRADE, ARENAS, y GUIJÓN., *ob.*, cit. (n.3) p. 29.

(letra e); y formular recomendaciones, dentro del ámbito de su competencia, a los órganos de la Administración del Estado(letra f)²⁹⁶.

Se aprecia que la generalidad de sus atribuciones se refieren a la formulación de proposiciones y sugerencias. Pero el carácter asesor de la CNUBC se complementa con tareas de coordinación entre los otros organismos públicos con competencia en el borde costero tanto para la planificación como para la ejecución de proyectos específicos, en armonía con el interés regional y local, según las circunstancias concretas que presentan²⁹⁷.

Esta situación se hace posible puesto que, como vimos *supra*, está presidida por el MDN, y su conformación está integrada por una serie de autoridades competentes en distintos aspectos relacionados con el borde costero, según lo dispuesto en el art. 3° del DS N° 475.

Esta idea de agente coordinador se refuerza, pues la CNUBC contará con una Secretaría Técnica, la que estará radicada en la SFFAA (art. 4° DS. N° 475) y podrá invitar a funcionarios de otros ministerios y servicios así como a representantes del sector privado, si lo estimare conveniente para su buen desempeño (art. 5° DS. N° 475). Debiendo, las autoridades y directivos de los órganos de la Administración del Estado prestar a la comisión, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, toda la colaboración que ésta les solicite (art.7° DS N° 475).

²⁹⁶ Art. 2°, DS. N° 475/1995.

²⁹⁷ Ver PATTILLO BARRIENTOS, ob. cit., (n. 288), p.4. Ver también SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n. 6), pp. 34 y 35.

Por último, respecto de la naturaleza jurídica de éste órgano -creado por un decreto supremo y no por una ley-, tomando a SEPÚLVEDA, estamos frente a un traspaso de facultades de decisión fundado en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuya estabilidad está limitada por las consideraciones que pudiera tener el gobierno respecto de la existencia de la comisión nacional, pero sustentada por los principios derivados de la legalidad y la inderogabilidad singular del reglamento, por ello es que los integrantes de la CNUBC son, en su mayoría funcionarios vinculados jerárquicamente con el presidente²⁹⁸.

c) La Comisión Regional de Uso del Borde Costero del Litoral (CRUBC).

Por medio del Instructivo Presidencial N° 1 del 31 de enero de 1997, se crearon las CRUBC, con el objeto de servir de apoyo al trabajo realizado por la CNUBC, teniendo como función principal la elaboración y remisión a esta última de propuestas de acciones tendientes a impulsar, en sus respectivas regiones, la PNUBC, siendo reguladas actualmente a través del Reglamento interno de Funcionamiento de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero de la República de Chile (RCRUBC), dictado mediante Oficio del Gabinete Presidencial N° 1 del 28 de febrero de 2005.

²⁹⁸ SEPÚLVEDA S., ob. cit. (n.6), pp. 35-ss. Para el autor, la excepción la da el Servicio Nacional Turismo, órgano descentralizado cuyo representante no es dependiente del Presidente de la República sino del director nacional del mismo. *"Por ello es que la integración de este representante cabe ser considerada sólo como una invitación, aunque una invitación un tanto coercitiva, puesto que el director nacional del Servicio Nacional de Turismo es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la república, de modo que existe una vinculación principalmente política para efectos de que dicho representante se integre en la comisión nacional."*

Esta entidad, además, es la encargada de elaborar las propuestas de zonificación del borde costero que serán presentadas ante la CNUBC, siendo también la encargada de guiar todo el proceso de zonificación regional (Art. 2° letra b) del RCRUB).

Se ha criticado el hecho que la fuente por la cual se creó este organismo sea un instructivo presidencial²⁹⁹, principalmente, por los medios de exigibilidad de la participación de órganos desvinculados de la presidencia, como ocurre con los alcaldes o de los representantes de servicios públicos llamados a formar parte de la CRUBC³⁰⁰.

Sin embargo, con la dictación de la ley N° 20.249, el año 2008 –Crea Espacios Costero Marinos Protegidos de los Pueblos Originarios-, se supera la principal problemática pues, se reforzó la posición de las CRUBC, al definirla a nivel legal³⁰¹. Así, la normativa expresa: "*Comisión Regional de*

²⁹⁹ *Ibíd.* p.36.

³⁰⁰ Art. 3° RCRUBC. La Comisión Regional de Uso del Borde Costero estará conformada por: El Intendente Regional, quien la presidirá; Los Gobernadores de las Provincias que tengan jurisdicción territorial sobre el Borde Costero de la Región; Los Alcaldes de las Municipalidades que tengan jurisdicción territorial sobre el Borde Costero de la Región; El Secretario Regional Ministerial de Economía, Fomento y Reconstrucción; El Secretario Regional Ministerial de Planificación y Coordinación, quien actuará como Secretario Ejecutivo de la Comisión; El Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo; El Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones; El Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales; Un representante de la Armada Nacional; Los Gobernadores Marítimos; El Director Regional de Obras Portuarias; El Director Regional del Servicio Nacional de Turismo; El Director Regional del Servicio Nacional de Pesca; El Director Regional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente; El Director Zonal de Pesca correspondiente; Dos representantes elegidos por el Consejo Regional, entre sus integrantes; Dos representantes del sector pesquero artesanal; Dos representantes del sector acuícola; Dos representantes del sector turístico; tres representantes de otros sectores, diferentes de los señalados precedentemente, nombrados por el Intendente Regional.

³⁰¹Corresponde tener presente que el examen de constitucionalidad respectivo efectuado en s. Rol N° 1.007-07, TC .,de fecha 17 de enero de 2008, recaída en el proyecto de la ley en comento, no se pronunció sobre esta materia, pero el

Uso del Borde Costero o Comisión: comisión creada como instancia de coordinación en la aplicación de la política de uso del borde costero del litoral aprobada por el decreto supremo N° 475, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, integrada por representantes de los ministerios y de los servicios públicos regionales con competencia sobre el borde costero o cuyas funciones tengan incidencia en él, creadas en cada región por el Intendente Regional” (art. 2 letra b) de la ley N° 20.249).

Ahora bien, tal definición legal no ha impedido que la jurisprudencia administrativa haya considerado a esas comisiones regionales como órganos de carácter meramente consultivo y de coordinación, ya que sus opiniones no revisten el carácter de actos administrativos susceptibles de recursos administrativos de la ley N° 19.880³⁰², cuestión que implica entender a los informes que emiten, como antecedentes que pueden, o no,

Ministro Raúl Bertelsen Repetto, que concurrió al fallo, previno que el TC debía extender el control de constitucionalidad a los arts. 2°, letra b y 8°, incs. octavo a decimoprimeros, es decir, respecto de la definición de Comisión Regional de Uso del Borde Costero y de sus atribuciones decisorias en materia de ECMPO, respectivamente, y al 11, inc. cuarto, sobre la existencia de la comisión intersectorial a que alude con facultades decisorias y fiscalizadoras para aprobar el plan de administración de un ECMPO y verificar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan su uso. Al efecto, señala que esa materia es propia de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y que la organización básica de los ministerios y servicios públicos contenidos en ese cuerpo legal, no contempla la existencia de los organismos antes mencionados, los que “*deben ser creados por normas legales de rango orgánico constitucional, aprobadas por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio y sometidas al control previo de constitucionalidad ante este Tribunal*”(considerando 6° de la prevención).

³⁰² Véase el dictamen N° 65.515/11 CGR. EL pronunciamiento señala que las aludidas comisiones “*fueron creadas por los Intendentes como una instancia de coordinación entre las diferentes autoridades regionales para abordar esa materia, y no por ley; no están dotadas de facultades ejecutivas y/o resolutorias propias de los servicios públicos, ejerciendo solo funciones asesoras de conformidad con su naturaleza consultiva. En ese orden de ideas, sus informes no constituyen decisiones formales emitidas por un órgano de la Administración del Estado en los cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*”

ser considerados por las MDN y SFFAA, en el caso del otorgamiento de concesiones marítimas, en el evento de estimarlo necesario³⁰³.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar con SEPÚLVEDA *"que la consagración de la comisión regional a nivel legal permite concebirla como un órgano funcionalmente desconcentrado y refuerza el deber jurídico de participación de los servicios públicos con competencia en el borde costero (aunque no de las municipalidades)"*³⁰⁴.

Cabe destacar del Reglamento, la creación de la Oficina Técnica Regional del Borde Costero, cuyo objeto es apoyar técnicamente a la CRUBC en el ejercicio de sus funciones, estará a cargo de un secretario técnico que será de la confianza del intendente regional (art.11 RCRUBC), quien actuará como ministro de fe de la CRUBC debiendo llevar el libro de actas de la misma y registrando su correspondencia, sus archivos y registrando su correspondencia, sus archivos e informes (art. 11, inc.2 RCRUBC).

También esta entidad debe someter al conocimiento de la Comisión Regional las solicitudes que cualquier interesado presente respecto al cambio de un uso preferente, o de adecuación de la zonificación vigente, debiendo acompañar un informe fundado al respecto (art. 13 letra c) RCRUBC).

³⁰³ *Ibíd.* El mismo dictamen agrega: *"Pues bien, durante la tramitación de las solicitudes de concesiones marítimas y para verificar la concordancia del objeto de las mismas con la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas puede recabar todos los informes que estime necesarios, pudiendo oficiar para este efecto, a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero. En ese aspecto, cabe precisar que a falta de disposición expresa en contrario, dichos informes no poseen carácter vinculante, por lo que sólo constituyen antecedentes a considerar por el Ministerio de Defensa Nacional para resolver los otorgamientos requeridos"*.

³⁰⁴ SEPÚLVEDA S., *ob. cit.*, (n. 6), p.37

Por último, destaca el hecho que la oficina técnica busca servir de instancia de coordinación de las acciones de los distintos organismos de la Administración del Estado que afecten o tengan relación con el uso de los espacios terrestres o marítimos del borde costero regional (art. 13 letra d) RCRUBC).

3.5. ZONIFICACIÓN DEL BORDE COSTERO.

Al comenzar este acápite, cabe señalar que de las 14 regiones de Chile que son costeras, sólo las regiones de Coquimbo y Aysén han finalizado su proceso de zonificación, aprobados respectivamente, mediante el DS. N° 518, publicado el día 6 de abril de 2006, y DS N° 153, publicado el 16 de mayo de 2005, ambos del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina³⁰⁵.

Enseguida, debemos señalar que para realizar la zonificación del borde costero, no existe una normativa legal ni reglamentaria que trate específicamente los procesos para efectuarla, por lo que se otorga amplia discreción a los órganos administrativos intervinientes³⁰⁶.

³⁰⁵ Por su parte, el DS. que aprobaría la zonificación de la región del Bío Bío todavía se encuentra en tramitación. Ver <http://bordecostero.ssfaa.cl/>. (Junio, 2013)

³⁰⁶ SEPULVEDA S., cit., (n. 6), p. 38. Al respecto el autor señala que *“La falta de regulación hizo surgir la necesidad de idear metodologías que resulten adecuadas para llegar a buen puerto en el proceso, para lo cual resultaron fundamentales los acuerdos de cooperación técnica suscritos entre el gobierno de Chile y la República Federal Alemana –con frutos para las regiones de Aysén y del Bío Bío-, por una parte, y entre Chile y la Comunidad Europea –focalizado en la Región de Coquimbo-”*El primero de ellos fue promulgado por el DS del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 62, de 28 de febrero de 2003.D.O. de 30 de abril de 2003, el segundo, fue promulgado por el DS 1.753, del mismo ministerio, de 20 de octubre de 1999, D. O. de 14 de enero de 2000.

El instrumento más relevante que regula algunos aspectos procedimentales de la zonificación es RCRUBC, disposición que, al igual que la CNUBC, carece del rango suficiente para tratar la materia. Dicho instrumento se complementa con la "zonificación preliminar", elaborada por la antigua Subsecretaría de Marina para todo el país, y que se acompaña como anexo al DS N° 475/1995, documento que ha dado los parámetros necesarios para que las regiones inicien sus propias zonificaciones, teniendo como base las diversas categorías que se aplican a los espacios costeros para la asignación de los usos correspondientes.

El procedimiento que se ha establecido en el RCRUBC, principalmente, señala los pasos a seguir a partir de la presentación de una propuesta de zonificación en las comisiones regionales.

Así, el art. 14, prescribe que la propuesta de zonificación regional deberá considerar al menos una serie de contenidos:

- Zonificación propuesta y cartografía asociada.
- Objetivos de la zonificación propuesta, fundamentos técnicos, económicos, ambientales y sociales que soportan las vocaciones de uso territorial identificadas.
- Análisis de compatibilidad territorial, que incluye dos apartados:
 - a) Metodología de distribución espacial de las vocaciones de uso que se hayan identificado, su descripción y resultados (Matriz de compatibilidad, definición de usos preferentes y exclusivos, definición de criterios de compatibilidad para las áreas de uso preferente, minutas de deslindes respectivos),

b) metodología de participación ciudadana, describiendo el proceso de convocatoria, instancias de decisión territorial, solución de conflictos, niveles de representatividad alcanzados, gravitación de los resultados de esta metodología en la propuesta final y los acuerdos de aplicación diferida (incluyéndose la documentación de respaldo del proceso y las actas de acuerdo y votación).

- Resultados esperados, describiendo los efectos económicos, sociales y ambientales previstos, expresados en eventos medibles y enmarcados en una línea de tiempo y proponiendo, además, políticas públicas complementarias o coadyuvantes, necesarias para el logro de los resultados esperados.

- Antecedentes recogidos en la elaboración de la propuesta, debiendo incluirse la bibliografía de soporte y los estudios e investigaciones efectuados para el proceso.

Por su parte, el art. 15 del RCRUBC establece una medida de publicidad de la propuesta zonificación, previa a la aprobación de la CRUBC, realizada por el Gore, que publicara un aviso destacado un domingo, en un diario de circulación regional, dando a conocer a la opinión pública que dicha propuesta de zonificación y la documentación que ha servido de respaldo podrá ser consultada por los interesados en las oficinas del Gobierno Regional, señalando el período en que los podrán conocer, periodo que no podrá ser inferior a 30 días corridos y dentro del cual deberán formularse todas las observaciones que sean del caso.

El inc. 2 del mismo art., dispone que estas observaciones deberán ser enviadas por escrito a la Oficina Técnica Regional del Borde Costero,

señalando por qué la propuesta de zonificación afecta al interesado, de manera fundada. Sin embargo, no se contempla el efecto de dichas observaciones, si deben considerarse de alguna manera en el procedimiento.³⁰⁷

De acuerdo con el art. 16 del RCRUB, la CRUBC deberá remitir la propuesta aprobada de zonificación a la comisión nacional a través de la oficina técnica respectiva, entidad que elaborará un informe al Presidente de la República, que deberá referirse al cumplimiento o incumplimiento de los requisitos establecidos por ella para la aprobación de la propuesta. Este informe servirá de base para que el MDN dicte el correspondiente decreto supremo de zonificación.

Luego, el art. 17 finaliza señalando que la macro y la micro zonificación pueden ser aprobadas de manera conjunta o separada, siendo, a fin de cuentas, decisión del propio gobierno regional la determinación del nivel de detalle con el que trabajará³⁰⁸.

3.5.1. Elementos de la zonificación.

Como soporte de la zonificación del borde costero, se consideran aquellos elementos a través de los cuales ella será graficada y detallada para que

³⁰⁷ Desde nuestro punto de vista, respecto de las opiniones que formalmente presenten los administrados, CRUBC deberán considerarse como una solicitud ante la administración del Estado, regulada por el art. 19 N° 14 CPR, y el procedimiento de la ley N° 19.880.

³⁰⁸Vid. SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6) p. 45. El autor aclara que, "si bien, el despliegue de la zonificación del borde costero se verifica a nivel regional (tal como lo reconoce el inc. final del art. 67 de la LGPA), ésta puede proyectarse en una macro zonificación y/o micro zonificación, diferenciándose en específico por el nivel de detalle en que se desarrolla la zonificación y en la escala geográfica con la que se trabaja para cada una."

su aplicación sea posible. Así, consta la “cartografía correspondiente” y la “memoria explicativa”.

El primer elemento, la “cartografía correspondiente”, constituye el soporte gráfico de los usos preferentes que se haya determinado para la región respectiva. Refiriéndose a ella, el concepto de zonificación del borde costero dado por el RCM y por la LGPA, que señalan, en lo que interesa, que los usos preferentes serán *“graficados en planos que identifiquen, entre otros aspectos, los límites de extensión, zonificación general y las condiciones y restricciones para su administración”*³⁰⁹.

Por su parte, destaca la llamada “memoria explicativa” o “memoria de zonificación”, elemento de mayor importancia, pues en ella se detalla al menos, los antecedentes o definiciones previas; la visión de desarrollo para la comuna o región; una descripción breve del proceso realizado, indicando actividades efectuadas con sus plazos y resultados; el listado de los actores involucrados en las diferentes fases del proceso; las fuentes de información consultadas y la explicación de los acuerdos de zonificación en áreas de conflicto potencial recomendaciones para su resolución y propuesta de medidas para facilitar la concreción de lo planificado³¹⁰.

Ahora, si bien la memoria no ha sido concebida en ningún documento formal, los DS que han aprobado las zonificaciones, suelen salvar la

³⁰⁹ Véase el concepto de zonificación del N° 57 del art. 2 de la LGPA y del N° 45 del art 1 RCM.

³¹⁰ Ver SALZWEDEL, Horst, ZAPATA, Néstor, EILBRECHT, Michael y ARZOLA, Ana María: “Zonificación del Borde Costero – Guía metodológica para el nivel comunal. La Experiencia de la Región del Bío Bío”. Proyecto de Cooperación Técnica Chileno-Alemana “Ordenamiento Territorial de la Zona Costera de la Región del Bío Bío”, Concepción, 2002, pp. 34 y 35. Citado en SEPULVEDA S., ob. cit., (n. 6), pp. 45-46.

situación, al incluirlos en ellos al señalar que las éstas forman parte del decreto respectivo. Sin embargo, aún pesa la ausencia de la norma que contenga las exigencias que debe cumplir las memorias explicativas para que ellas sean aprobadas como tal.

3.5.2. Zonificación y otros instrumentos de planificación.

Como pudimos constatar la zonificación se refiere, básicamente, al área del borde costero, concepto que -como ya sabemos-, cubre un espacio territorial reducido en relación al de las zonas costeras, además, al constituirse la zonificación como una planificación indicativa, carece del elemento vinculante necesario para ejercer la sujeción correspondiente a una planificación eficaz.³¹¹ Por ello, se hace necesario recurrir a los otros IPT existentes con el objeto obtener mediante una acción coordinada de los órganos públicos intervinientes en ellos, una ordenación y planificación más integral respecto de aquellos espacios que van más allá de los terrenos de playa fiscales, como también a los terrenos privados que existen en las áreas del litoral.

a) Sobre la planificación urbana.

En primer lugar, nos encontramos con la Estrategia Regional de Desarrollo, instrumento rector de la planificación regional, que si bien no es vinculante, define los lineamientos para el crecimiento de la región en su conjunto que guía el actuar de las autoridades locales. De ese modo, ésta

³¹¹ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 18), pp. 235-236. El autor menciona como excepción, dos casos: cuando en virtud de normas legales, especialmente contenidas en tratados internacionales, el Presidente de la República puede declarar un área marina y costera protegida; y *ii*) cuando la ley expresamente lo ha dispuesto, como ocurre con la LGPA, en su art. 2 N° 57 define la zonificación del borde costero, haciendo una referencia expresa a la PNUBC. A su vez, el art. 67 del mismo cuerpo legal, establece que la zonificación del borde costero es vinculante al momento de otorgar una concesión de acuicultura.

debe estar presente a la hora de zonificar el borde costero, actuando en forma coordinada con los lineamientos de interés de desarrollo.

Luego, encontramos los PRDU, instrumentos indicativos a través del cuales se orienta el desarrollo de los centros urbanos de las distintas regiones fijando los roles de dichos centros urbanos, sus áreas de influencia recíproca, relaciones y gravitaciones, metas de crecimiento, etc. Este IPT es de elaboración de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, y de aprobación del Consejo Regional, sirviendo a esa SEREMI de apoyo técnico a la hora de condicionar los proyectos que se proponen ocupar el territorio regional fuera de los límites urbanos con asentamientos que significan edificaciones y urbanizaciones destinadas a albergar actividades de carácter urbano.

Cabe recordar que el SEREMI de Vivienda y Urbanismo es miembro de la CRUBC, y en ese sentido, debiese considerar ambos instrumentos de una manera complementaria en el proceso de elaboración de uno y de otro³¹². El Intendente, por su parte, como presidente de la CRUBC, debiese propiciar y fomentar dicha coordinación, pues los SEREMIS son colaboradores directos de él (art.62 LOCBGAR)³¹³⁻³¹⁴.

³¹² CORDERO QUINZACARA, ob. cit. (n.18), p. 231. El autor destaca el PRDU de la II Región de Antofagasta, publicado en el *Diario Oficial* con 10 de junio de 2005. Dicho plan establece en su art. 80 las áreas de protección por conservación (APPC), la cual comprende, entre otros lugares, la península de Mejillones y la desembocadura del Río Loa, que son, a su vez, parte del borde costero. En virtud de dicha calificación, en dichas áreas se limita el asentamiento humano y la creación de nuevas áreas urbanas, ya que tienen un uso exclusivo de relevancia ambiental, excluyendo todo otro uso que no fuere compatible con aquél. En tal sentido, debiese existir coordinación y concordancia entre lo que dispone ese PRDU y la futura zonificación de esa región.

³¹³ El art. 62 de la LOCBGAE, señala en lo que interesa, que los SEREMIS son colaboradores directos del intendente, al que estarán subordinados en todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional.

En relación a los PRI y PRM, cabe señalar que éstos IPT regulan el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas que, por sus relaciones, se integran en una unidad urbana, enfocándose, principalmente, hacia a las conurbaciones, permitiendo la planificación de las áreas rurales que los comprenden, como primer paso en la política de ordenación de todo el territorio³¹⁵.

Tanto el PRI como PRM deben ser elaborados por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, con consulta a las municipalidades correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario. No obstante, con previa autorización de la SEREMI correspondiente, un grupo de municipalidades afectas a relaciones intercomunales podrán confeccionar directamente un PRI, el que deberá ser aprobado por dicha Secretaría³¹⁶.

De ese modo, se hace extensivo la observación de los párrafos anteriores respecto de los PRDU, en orden a que los SEREMIs de Vivienda y Urbanización actúen coordinadamente y consulten éstos IPT para la elaboración de una zonificación adecuada³¹⁷.

A su vez, encontramos los PRC y los PS, ambos instrumentos son elaborados por la municipalidad respectiva mediante un procedimiento

³¹⁴ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6) p. 49. Con acierto el autor señala que el propio Intendente también constituye un eje de coordinación entre ambos instrumentos al ser también la cabeza de la CRUBC.

³¹⁵ CORDERO QUINZACARA. *El derecho urbanístico...*, ob. cit., (n. 262), p. 279.

³¹⁶ *Ibíd.*

³¹⁷ Por ejemplo, en la región de O'Higgins se procedió a la elaboración de un PRI del Borde Costero, enfocado específicamente hacia comunas relacionadas con éste ámbito territorial, el cual, de todas maneras, todavía no ha sido objeto de aprobación, sin embargo, este deberá estar en consonancia con la futura zonificación del sector.

similar, deben ser objeto de un informe técnico por parte de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y ser aprobados por parte del consejo regional, en caso de que no exista un PRI o PRM vigente, o por el propio alcalde, en el caso en que dichos instrumentos sí existan³¹⁸.

Respecto de estos instrumentos se aprecia una influencia más directa en relación a la gestión del borde costero, pues si se requiere el uso particular de un área de terrenos de playa urbanos se necesita una concesión marítima, la que en su tramitación exige que se acompañe un certificado de la DOM correspondiente, indicando si las obras proyectadas o el destino que se quiere dar a la concesión se ajustan al uso de suelo establecido en el plano regulador vigente (Art. 26 letra e) y 27 letra d) N° ii), ambos del RCM)³¹⁹.

De ese modo, el papel que juegan las municipalidades en la zonificación del borde costero es de suma importancia, ya que implica una responsabilidad de esas autoridades locales de hacer presente los intereses que primaron al realizar la planificación municipal, así como el deber por parte de la CRUBC de establecer una adecuada interrelación con los PRC y PS, para que las proyecciones que pudieran hacerse sobre los terrenos de playa fiscales no interfieran con la planificación urbana local.

b) Sobre la planificación rural.

³¹⁸ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n. 6), p.50

³¹⁹ La jurisprudencia administrativa ha exigido que dicho certificado especifique claramente si el objeto de la concesión se ajusta al uso de suelo permitido, de lo contrario este será representado del trámite de toma de razón correspondiente. Véase, por ej. los dictámenes N°s 44.097/2011 y 77.387/2011, en que se rechaza un decreto de concesión marítima solicitada por la Compañía Portuaria de Tal-Tal S.A.

Los únicos IPTs que -hasta ahora- han podido planificar terrenos rurales son los PRI y PRM. Sin embargo estos instrumentos, tienen la limitación de que la planificación que establezcan debe verificarse en relación a distintas comunas que conforman una sola unidad urbana, y además tiene el carácter de reglamentos, por lo que no pueden hacer frente a situaciones como las que se desarrollan por la aplicación de lo dispuesto en el DL N° 3.516/1980, sobre subdivisión de predios rústicos, la que tiene el rango de ley. Así, han proliferado las parcelas de agrado, por sobre un uso más adecuado de los terrenos rurales, como los fines agrarios, situación que se ha replicado en las zonas costeras.

Ahora bien, la zonificación del borde costero que se efectúe en los espacios rurales, deberá tomar en consideración lo dispuesto en el art. 55 de la LGUyC³²⁰.

³²⁰ Art. 55 LGUyC. Fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del predio, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores, o para construir conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado. Será la SEREMI de Vivienda y Urbanismo respectiva la encargada de cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional. En su inc. 2º, la disposición señala que cuando sea necesario subdividir y urbanizar terrenos rurales para complementar alguna actividad industrial con viviendas, dotar de equipamiento a algún sector rural, o habilitar un balneario o campamento turístico, o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado, la autorización que otorgue la SEREMI de Agricultura requerirá del informe previo favorable de SEREMI de Vivienda y Urbanismo. Este informe señalará el grado de urbanización que deberá tener esa división predial, conforme a lo que establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Por último, dispone que las construcciones industriales, de equipamiento, turismo y poblaciones, que se encuentren fuera de los límites urbanos, requerirán, de un informe favorable de la SEREMI de Vivienda

Así, para otorgar el uso particular de un terreno de playa rural, se deberá durante la tramitación de una concesión marítima que comprenda éstos sectores, consultar, entre otros, al SEREMI de Vivienda y Urbanismo respectivo, si respecto de si las obras proyectadas y el destino que se pretende dar a la concesión se ajusta al uso de suelo. (Art. 26 letra g) y art.27 letra d) N° vi) del RCM).

De ese modo, vemos que igualmente se resguarda que los usos particulares en el borde costero, se ajusten a las prohibiciones del art. 55 de la LGUyC, protegiendo en cierta medida las áreas rurales. Sin embargo, para renovar concesiones marítimas, en aquellos casos que ha cambiado de rural a urbano el sector (o viceversa) no se ha considerado en el RCM, que se soliciten nuevos certificados para verificar el nuevo uso de suelo correspondiente, por lo que esa situación deberá ser salvada por la SFFAA, por medio de la coordinación con las SEREMIs y las DOMs correspondientes, debiendo adoptar la medida que más se ajuste a los instrumentos de planificación del lugar³²¹.

y Urbanismo y del Servicio Agrícola que correspondan de manera previa a la correspondiente aprobación por parte de la Dirección de Obras Municipales.

³²¹ La CGR por medio del dictamen N° 57.872/2011, que cursa con alcance un decreto que concede una concesión marítima, señala *"que en virtud de la necesaria coordinación que debe existir entre los órganos de la Administración del Estado conforme lo previsto en el artículo 5° de la ley N° 18.575, corresponde que en lo sucesivo se pondere requerir a la Municipalidad de Arica el certificado de uso de suelo a que alude el artículo 27 letra d) acápite ii), del decreto N° 2, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional, en que conste que el objeto de la concesión que se renueva se ajusta a los instrumentos de planificación territorial vigentes, pues de los antecedentes incorporados en el expediente administrativo no aparece que el tipo de suelo rural o urbano que poseía el terreno de playa a la época del otorgamiento, mantenga la calidad respectiva."*

En conclusión, del análisis de los instrumentos de planificación terrestres urbanos y las normas que afectan las áreas rurales, podemos apreciar la influencia que ejercen y como éstos se interrelacionan con las áreas del litoral, ante esta panorámica, entonces, se puede apreciar la importancia de una adecuada coordinación de los distintos órganos con competencia en el borde costero, destacando la conformación y la importante función que en este sentido debe cumplir la CRUBC a nivel regional, siendo también relevantes las atribuciones con que cuenta la CNUBC.

3.5.3. Evaluación Ambiental Estratégica y Zonificación del Borde Costero.

Finalmente, debemos recordar respecto al proceso de zonificación del borde costero que con la dictación de la ley N° 20.417, publicada el 26 de enero de 2010, se ha incorporado en nuestra legislación la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE).

Dicha norma, además de implementar toda una reforma en materia de la institucionalidad ambiental, realizó una serie de modificaciones y agregaciones a la LGBMA, las que también inciden en la regulación de las afectaciones, y que ya tuvimos oportunidad de revisar en el análisis particular de los Santuarios Naturales.

Cabe destacar que la EAE no es una materia que analizaremos a fondo en este trabajo³²², pues básicamente, es un instrumento que carece de aplicación efectiva en nuestro ámbito de estudio, atendido que aún no se dicta el reglamento que lo implementa. Sin embargo, resulta importante

³²² Al respecto véase SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n. 6), pp. 53-ss.

enunciar que la EAE ha incorporado específicamente en su evaluación el proceso de zonificación del borde costero, y que dentro de los objetivos subyacentes a este proceso se propende a una mayor coordinación de los órganos intervinientes.

Actualmente la EAE sí es parte de los instrumentos de gestión ambiental, siendo definida en la letra i bis) del art. 2 de la LGBMA como *“el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales”*.

Ahora sobre cuáles objetos recae la EAE, el art. 7° bis de la LGBMA, señala que *“Se someterán a evaluación ambiental estratégica las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros, señalado en el artículo 71, decida.”*

Enseguida, cabe destacar el inc. 2° del art. 7° bis, el establece que *“siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica... zonificaciones del borde costero del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen”*.

Creemos que fue acertada la inclusión específica del proceso de zonificación del borde costero pues, por una parte, pudo haberse

considerado que el trámite no era necesario. Y por otra, atendido que con dicha inclusión se sofisticaba el actual proceso de Zonificación del Borde Costero, en el sentido que incorpora nuevos elementos que mejoran el análisis de los impactos que pueden tener con su establecimiento, propendiendo a una mayor sustentabilidad y dota de mayor legitimidad a dicho proceso, por cuanto aumenta la participación ciudadana³²³.

Ahora bien, respecto al órgano que le corresponde su evaluación, el mismo art. 7 bis de la ley de la LGBMA, señala que *“en esta situación el procedimiento y aprobación del instrumento estará a cargo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la Administración del Estado, respectivamente”*. Es decir, le corresponde al ministerio sectorial correspondiente, ello suena razonable, no obstante en el caso de IPTs, en que su elaboración y aprobación corresponde a dos órganos diferentes, cuesta a primera vista saber a qué órgano específico se refiere, como ocurre en nuestro caso, en que la zonificación intervienen varios órganos en su elaboración (GOREs, ministerios respectivos, entre otros), diversos al que le corresponde su aprobación.

En una interpretación armónica de las normas que regulan el borde costero es posible identificar al MDN, como el ministerio sectorial, por

³²³El art 7° quáter LBGMA. La etapa de aprobación de la política o plan, culminará con una resolución del Ministerio sectorial, en la cual se señalará el proceso de elaboración de la política o plan desde su etapa de diseño, la participación de los demás organismos del Estado, la consulta pública realizada y la forma en que ha sido considerada, el contenido del informe ambiental y las respectivas consideraciones ambientales y de desarrollo sustentable que debe incorporar la política o plan para su dictación, así como los criterios e indicadores de seguimiento destinados a controlar la eficacia del plan o política, y los criterios e indicadores de rediseño que se deberán considerar para la reformulación de dicho plan o política en el mediano o largo plazo.

cuanto éste es quien tiene que aprobar la planificación del borde costero. De ese modo será este órgano estatal al cual le corresponda llevar adelante el proceso de evaluar ambientalmente el proyecto de zonificación respectivo³²⁴.

En relación a la coordinación a la que propende la EAE, cabe recordar que los criterios de desarrollo sustentable los establecerá el MDN, pero según lo dispuesto en la letra e) del art. 70³²⁵ y la letra b) del art. 71³²⁶ de la LBGMA, la determinación de estos criterios se efectuará con la colaboración del Ministerio del Medio Ambiente y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad respectivamente.

Por otro lado, el inc. 4º del art. 7º bis de la LBGMA dispone el deber de integrar a otros órganos del Estado que estén vinculados a las materias que son objeto de la política o plan, disponiendo luego, el art. 7º ter que será el reglamento el encargado de determinar la forma en que estos órganos se coordinarán.

Si bien, estas disposiciones para el caso de la zonificación parecen redundantes, ya que, como dijimos, las CRUBC y CNUBC también contemplan reunir a entidades representantes de los distintos sectores públicos para efectos de aplicar la PNUBC y planificar este territorio. Sin

³²⁴ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6), p. 80

³²⁵ Art. 70. LBGMA. Corresponderá especialmente al Ministerio: e) Colaborar con los Ministerios sectoriales en la formulación de los criterios ambientales que deben ser incorporados en la elaboración de sus planes y políticas, evaluaciones ambientales estratégicas y procesos de planificación, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados.

³²⁶ Art. 71 LBGMA. Créase el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad,... Serán funciones y atribuciones del Consejo: b) Proponer al Presidente de la República los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados.

embargo, nada obsta a que en el reglamento que regule la EAE, se establezcan otras instancias de coordinación que pudieran incluir a más entidades³²⁷, ello siempre velando por el principio de eficiencia que debe existir en la actuación de la Administración del Estado (art.3° de LOCBGAE).



³²⁷ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6), pp. 80-81.

4.- CAPÍTULO CUARTO.

4.1. EL DEBER DE COORDINACIÓN DEL ESTADO.

4.1.1. Consideraciones generales.

En los capítulos anteriores expusimos la posibilidad de que se establezca sobre el borde costero una serie de afectaciones mediante ciertas figuras administrativas que alteran los usos que normalmente le corresponde. En efecto, por medio de los diversos institutos que explicamos se pretende ocupar este espacio del territorio con distintas finalidades, lo que genera, en consecuencia, una confrontación de intereses que deben ser atendidos por la Administración. En ese orden de ideas fue que revisamos cómo se ha intentado establecer una ordenación del área por medio de la zonificación del borde costero, la que a través de la asignación de “usos preferentes” busca establecer las áreas en que se desarrollara cada actividad.

En ese contexto se verifica la existencia de una multiplicidad de organismos que intervienen, tanto en su ordenamiento como en su gestión³²⁸, y sobre los cuales pesa el deber de actuar en forma coordinada en armonía con los principios que orientan la Administración del Estado.

En el presente capítulo abordaremos ciertas manifestaciones del aludido deber de coordinación frente a gestión de las afectaciones más comunes, y en particular los ECMPOs. Finalmente, revisaremos el proyecto de ley que busca reformar la regulación de las normas de administración del borde costero, y las concesiones marítimas.

³²⁸ Véase la nota 17 de este trabajo.

4.1.2. El deber de coordinación de la Administración del Estado.

Como cuestión previa, debemos recordar que la organización administrativamente de nuestro país, acorde con la Constitución Política, establece que Chile es un Estado unitario (art.3° CPR), el Gobierno y la Administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es, además, el Jefe de Estado. Estas funciones las realiza con la colaboración de los órganos de la Administración del Estado, constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley (art. 24 CPR. y 1° LOCBGAE).

Si bien, la idea de coordinación se caracteriza por su ambivalencia, con ella se hace referencia a las relaciones interadministrativas que se dan a nivel del Estado y de las entidades territoriales³²⁹. Ésta idea matriz se inserta en el Derecho positivo chileno, tanto en la propia CPR como en la legislación administrativa más relevante³³⁰.

En algunos preceptos legales subyace la idea que éste principio de la organización administrativa persigue evitar la integración de la diversidad de las partes en el conjunto administrativo con la finalidad de evitar contradicciones del sistema y reducir disfunciones que impedirían su buen funcionamiento³³¹.

³²⁹ CORDERO QUINZACARA, ob. cit., (n. 262), pp. 282-284

³³⁰ Véase los arts. 123 CPR; 3° y 5° LOCBGAE.

³³¹ CORDERO QUINZACARA. ob. cit., (n. 262), pp. 282-284.

Desde ese punto de vista, la coordinación puede ser entendida como *“la fijación de medios y de sistemas de relación que hacen posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las diversas Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema”*³³².

En este contexto, la doctrina distingue entre: la coordinación forzosa o coordinación en sentido estricto, y de coordinación voluntaria o cooperación³³³.

a) La coordinación forzosa supone la adopción por parte de un órgano de la Administración del Estado de una decisión de obligado cumplimiento para otro u otros órganos, que condiciona el ejercicio de sus propias competencias. Comprende, por tanto, un poder directivo de la Administración coordinante sobre las coordinadas, con una posición supremacía. En la medida en que estas formas de coordinación se traducen en la imposición de una decisión en la actuación de los órganos públicos, nos encontramos ante una coordinación forzosa, como ocurre, por ejemplo, con los informes vinculantes o la resolución de conflictos de competencias.

b) Por su parte, la coordinación voluntaria o cooperación implica una conducta activa de los órganos de la Administración del Estado con el objeto de facilitar las actuaciones de los demás órganos de la Administración o para llevar a cabo acciones conjuntas y voluntariamente aceptadas para la consecución de sus fines de interés

³³² *Ibíd.*

³³³ *Ibíd.*

común. Entre las manifestaciones de la última noción del principio de coordinación encontramos por ej., informes, consultas, propuestas, y acuerdos directos entre las diversas entidades.

El art. 3° inc. 2, de la LOCBGAE, consagra la coordinación en este doble sentido. Primero, como principio básico de la organización administrativa y luego, como un deber general que se impone a todos los órganos de la Administración del Estado, en este caso, bajo la forma de cooperación. Así, estos órganos deben cumplir sus cometidos coordinadamente de forma de propender a la unidad de acción, evitando la duplicidad o interferencia de funciones, como lo ratifica los diversos preceptos de la LOCGAR y LOCM³³⁴.

4.2. LA COORDINACIÓN EN EL BORDE COSTERO.

Acorde lo descrito en el acápite anterior y en atención a las especiales características ambientales del borde costero -fragilidad y vulnerabilidad-, se desprende la importancia de una adecuada coordinación de los distintos órganos con competencia en el área en estudio.

De inmediato, como principal agente interviniente en el borde costero destaca la labor del MDN, que -con arreglo a la LCM, al DL 1939/1977, y a la LGPA, entre otras normas-, gestiona este espacio con fuertes potestades. Así, en uso de sus facultades le corresponde entregar en forma privativa derechos administrativos sobre esta área, v. gr., concesiones marítimas, permisos o autorizaciones, concesiones de acuicultura, destinaciones marítimas (éstas últimas pueden significar la entrega de ECMPOs, AMREBs, etc). Asimismo, mediante el ejercicio de sus atribuciones dicta los decretos supremos que declaran: parques y reservas marinas, las áreas apropiadas

³³⁴ Véase los arts. 2 j), 17 b) y c), 18 b), 19 b), 24 m), 45 e), 62, 64 a), c) y f), 103, y 104 LOCGAR; y los arts. 7, 10 y 63 k) y l) LOCM.

para el ejercicio de la acuicultura (AAA); los lagos que son navegables por buques de 100 toneladas y que por tanto conforman el borde costero, entre otros actos administrativos de importancia y que inciden en la gestión de este espacio territorial.

De ese modo, la actividad coordinada de éste órgano con los demás agentes que intervienen en la toma de decisiones y en su gestión, es fundamental para el óptimo uso del borde costero.

En ese orden de ideas, debemos recordar que en términos generales, el propósito con el que se ha presentado la zonificación del borde costero, es ser un instrumento que guíe el desarrollo del borde costero. Esto implica que las distintas actividades desarrolladas en el ámbito regional se ejecuten de acuerdo con lo que la zonificación dispone y se encaminen-según las proyecciones elaboradas-, hacia la consecución de un modelo determinado.

También resulta de suma relevancia la conformación y la importante función que en este sentido debe cumplir la CRUBC a nivel regional, siendo también relevantes las atribuciones con que cuenta la CNUBC, según el art. 2º, inc. 3º letra c) del DS. N° 475/1995, para formular proposiciones, sugerencias y opiniones a aquellas autoridades encargadas de estudiar y aprobar los diversos planes comunales e intercomunales, con el objeto de que exista coherencia en el uso del borde costero del litoral, y que en otros términos es una manifestación de coordinación como cooperación.

Ahora bien, son múltiples los casos en que el MDN requiere actuar coordinadamente con otros organismos de la Administración, pues su interrelación y comunicación es continua y constante en cada una de sus

decisiones. Por tanto, abordar cada una de dichas instancias se alejaría de las posibilidades de éste trabajo.

Siendo así, nos abocaremos a revisar cómo se ha plasmado el deber de coordinación en el procedimiento para el otorgamiento de las afectaciones que consideramos más relevantes (concesiones marítimas, de acuicultura y ECMPOs), en particular revisaremos como el sistema evita que éstas se sobrepongan y cuál es el privilegio entre unas y otras.

4.2.1. La zonificación y la coordinación del borde costero.

Reconociendo entonces como punto común de las medidas de gestión la existencia de un instrumento que oriente los usos en las áreas susceptibles de gestionarse, resulta de especial interés verificar en los procedimientos respectivos-previo a adoptarse medidas que lo afectan-, la existencia de una zonificación del borde costero, cuestión que, como veremos, implica una labor intensa labor de coordinación.

A continuación se analizará la incidencia de la zonificación del borde costero y la coordinación de la Administración respecto de los distintos ámbitos en que ésta se proyecta.

a) Efectos relativos a las concesiones marítimas.

Respecto a las concesiones marítimas, el art. 25 inc.2 del RCM en relación al procedimiento para el otorgamiento de la concesión, establece que presentada la solicitud, el capitán de puerto deberá verificar, entre otras cosas, que el expediente respectivo se enmarque en la zonificación del borde costero, y en caso de no adecuarse a esta última, o de haber

sobreposición con otra concesión (marítima o de acuicultura), el inc. 3° de ese art. se dispone que el capitán de puerto devuelva definitivamente la documentación presentada al solicitante interesado.³³⁵

Por tanto, la autoridad marítima comunicara al MDN, entre otros asuntos, la existencia de otras concesiones marítimas o de acuicultura que se superpongan al sector solicitado, como también determinara la conformidad del objeto de la concesión con la zonificación del borde costero, en el caso que existiere.

Respecto a la determinación de la existencia de otras concesiones el RCM ha establecido en el procedimiento para su otorgamiento, que la DIRECTEMAR realice un informe que determine, entre otras materias, la superposición con otras concesiones o destinaciones otorgadas o en trámite respecto del sector solicitado (art. 29 letra a). Asimismo, se requiere de un informe por parte de SERNAPESCA que determine la existencia de solicitudes de concesiones de acuicultura ya otorgadas o en

³³⁵ Art. 25, inc. 1° a 3°, RCM: *"La solicitud de concesión marítima deberá ser presentada por el interesado en la Capitanía de Puerto, en un expediente que contenga, en dos ejemplares, el formulario de solicitud y planos, estos últimos debidamente respaldados para la utilización de medios electrónicos, y según el tipo de concesión, los demás antecedentes e informes establecidos en los artículos 26 y 27 del presente reglamento, dirigido al Ministerio o la Dirección, según proceda.*

Una vez presentado el expediente, el Capitán de Puerto verificará, en un plazo no superior a 10 días hábiles, en coordinación con un Asesor Técnico de la Subsecretaría, que todos los antecedentes e informes reglamentarios estén completos y conformes; que los planos estén confeccionados de acuerdo con las normas técnicas y con las instrucciones que al efecto imparta la Dirección; que exista correspondencia entre la solicitud y los respectivos planos y que el objeto de la solicitud se enmarque en la zonificación del borde costero, elaborada conforme al DS. (M) N° 475, de 14 de diciembre de 1994, que existiere.

En los casos que exista sobreposición con otra concesión marítima o acuícola ya otorgadas, o que la solicitud no se enmarque en la zonificación que se hubiere establecido para el sector solicitado, el Capitán de Puerto notificará personalmente al interesado sobre el particular, devolviéndole definitivamente toda la documentación presentada".

trámite, cuando el o los sectores solicitados se encuentren ubicados en áreas declaradas aptas para la acuicultura (arts. 26 letra f), 27 letra d) numeral iii).

Al respecto la jurisprudencia administrativa ha señalado que no se pueden otorgar concesiones marítimas en sectores donde existan derechos que sean incompatibles con el objeto solicitado, y que el concesionario de acuicultura sólo puede utilizar el sector otorgado para actividades de acuicultura, no pudiendo sobreponerse a otro tipo de concesiones³³⁶.

Por otra parte, respecto de la existencia de zonificación como criterio de compatibilidad, hay que recordar el concepto de “uso preferente”³³⁷, el cual, en este caso, podría significar un rechazo de la concesión, si es que la concesión o permiso solicitado representa un grado de incompatibilidad tal, que atenta contra el uso establecido, o que los propios instrumentos de la zonificación hayan considerado que dicha actividad es incompatible.

Por lo anterior, adquiere relevancia lo dispuesto en el art. 10 del RCM, que se pone en el supuesto de que varios interesados soliciten concesión en todo o parte sobre un mismo sector, en cuyo caso deberá prevalecer aquella solicitud que objeto represente mejor el uso previsto para el área de acuerdo con la zonificación respectiva y en caso de dos o más solicitudes que tengan un mismo objeto, tendrá preferencia aquella que mejor represente alguno de los siguientes factores, en el orden señalado: seguridad nacional, beneficio fiscal, interés social, generación de empleos o divisas.

³³⁶ Véase el dictamen N° 9.014/2011 CGR.

³³⁷ Véase punto 3.3.2 de este trabajo.

Si las solicitudes significan beneficios iguales o equivalentes, la preferencia se determinará por su fecha de presentación, y cuando también haya igualdad en este último caso, resolverá el MDN³³⁸ o la DIRECTEMAR, para el caso de los permisos³³⁹.

En el caso en que no se presente este tipo de colisión, el criterio para resolver deberá ser siempre el resguardo de la función asignada como preferente.

Por último, destacamos como mecanismo de coordinación la instrucción del MDN, contendía la resolución exenta N° 2.643, de 2012³⁴⁰, que determina cuándo las concesiones deben ser sometidas a conocimiento de las CRUBC. En ese sentido se advierte que el MDN, en buena forma ha utilizado el art. 30 del RCM³⁴¹, y las normas de la ley N° 19.880 (arts. 37 y 38), que le permite requerir los informes que sean necesarios para mejor resolver las solicitudes. Ello por cuanto abre la posibilidad de que este órgano dé una opinión transversal sobre un proyecto específico, y que en abstracto no debió someterse a su análisis, pero que busca establecer con mayor claridad

³³⁸ Sobre solicitud de concesión de varios interesados en que prevalece el mejor uso conforme PNUBC, véase los dictámenes N°s 13.851/1997; 32.087/1998; 14.886/1999; 48.505/2004 y 28.021/2008 CGR.

³³⁹ Sobre los permisos véase el dictamen N° 34.101/2012 CGR.

³⁴⁰ Resolución Ministerial Exenta N° 2.634, de 30 de marzo de 2012, del Ministerio de Defensa Nacional. Fija trámites que deben ser sometidos a conocimiento de las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero –CRUBC.

³⁴¹ Art. 30 RCM. “La Subsecretaría de Marina examinará el expediente, solicitará informe a la Dirección de Fronteras y Límites cuando se trate de solicitudes de concesiones marítimas ubicadas en zonas declaradas fronterizas, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 6° y 7° del D.L. N° 1.939, de 1977, que establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, cuando corresponda; a la Dirección de Obras Portuarias, del Ministerio de Obras Públicas cuando la solicitud tenga por objeto la construcción o modificación de una obra portuaria y los demás informes o antecedentes que estime necesarios”.

si el objeto de las solicitudes tiene una correspondencia o no, a la planificación para algún sector determinado.

Como criterio para enviarse a la CRUBC se dispone que vayan: las solicitudes que signifiquen el desarrollo de nuevas actividades u obras de impacto social, político, económico; solicitudes de dos o más interesados que presenten sobreposición; modificaciones con cambio sustancial de objeto, modificaciones que aumenten la superficie o aumento de obras, solicitudes cuyo objeto no se ajuste a los usos preferentes de la zonificación aprobada por el MD; y cualquier solicitud en la que por su complejidad, magnitud o impacto se estime conveniente el pronunciamiento de la CRUBC.

b) Efectos relativos a las concesiones de acuicultura.

En relación a las concesiones de acuicultura, recordemos que la LGPA en su art. 67 establece que estas concesiones se entregaran en los sectores del borde costero, solo en aquellas áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA), fijadas por decreto supremo del MDN³⁴².

El mismo art. 67, establece que dichas AAA, se fijaran acorde informes técnicos elaborados por SUBPESCA, quien debe consultara los organismos encargados de los usos alternativos de los terrenos o aguas *"considerando especialmente la existencia de recursos hidrobiológicos o de aptitudes para su producción y la protección del medio ambiente. Se considerarán también las actividades pesqueras extractivas artesanales y sus comunidades, los canalizos de acceso y salida de puertos y caletas, las*

³⁴² El art. 67, inc.6 LGPA, dispone que *"Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, no se otorgarán concesiones ni autorizaciones de acuicultura en aquellas áreas en que existan bancos naturales de recursos hidrobiológicos incluidas las praderas naturales de algas"*. Lo que a nuestro entender configura una suerte de afectación especial del área, pues establece una prohibición para el otorgamiento de concesiones de acuicultura cuando existan de bancos naturales de peces.

áreas de fondeo de la escuadra nacional y de ejercicios navales, las áreas de desarrollo portuario, los aspectos de interés turístico y las áreas protegidas que se encuentren contempladas en la zonificación del borde costero."

En ese sentido, el momento para determinar si en una zona específica se podrá realizar o no la actividad acuícola será al establecer las AAA, por lo que necesariamente se debe tener presente para su establecimiento, entre otras materias, la condiciones ambientales, y la existencia de áreas protegidas, de modo que exista cierta coherencia de las características del área respectiva con la posibilidad del ejercicio de la actividad acuícola.

Respecto de la zonificación, la LGPA y su reglamento establecen normas similares a las concesiones marítimas. Sin embargo, en este caso, el efecto no se extiende sólo a las concesiones sino también en lo relativo a las AAA.

Por cierto, el penúltimo inc. del art. 67 de la LGPA, señala que en caso de que se haya publicado un decreto que establece una zonificación del borde costero para alguna región, las AAA deberán ser modificadas para hacerlas compatibles con dicha zonificación. Cuestión que también se aprecia como una suerte de coordinación, puesto que si lo que se busca con la zonificación es identificar los espacios en los que un uso determinado pueda desarrollarse de mejor manera, y ello no coincide con un área apta para el ejercicio de la acuicultura, lo lógico es que dicha área sea movida a donde sea más conveniente. En este caso, para la modificación de las AAA bastará su aprobación por DS.

Recientemente, con la modificación de la ley N° 20.583 del año 2012 -que modificó la LGPA, y que agregan un inc. final al art. 67-, se previó que en el momento en que SUBPESCA proponga AAA, la CRUBC de la región respectiva, deberá pronunciarse en el plazo de seis meses contado desde el requerimiento y si no se pronuncia en ese plazo, se entenderá que las propuestas son aprobadas.

En cuanto a las concesiones propiamente tales, el mismo art. 67 dispone que *"desde la fecha de publicación del decreto supremo que establezca la zonificación, no podrán otorgarse nuevas concesiones de acuicultura en los sectores que se hayan definido de uso incompatible con dicha actividad"*³⁴³.

Desde ya se aprecia una norma respetuosa de los derechos adquiridos y afín a la situación que vino a solucionar, puesto que la prohibición afecta sólo a las nuevas concesiones. De todas formas, la imposibilidad de otorgarlas recae únicamente en la medida que la acuicultura haya sido definida como incompatible con la actividad prevista en la zonificación, de modo que, si ello no se establece, habrá que analizar la sustentabilidad del uso preferente respectivo para luego decidir sobre el otorgamiento de la concesión.

Respecto a la sobreposición de concesiones de acuicultura, el art. 78 de la LGPA, prescribe que una vez que SUBPESCA reciba una solicitud de concesión acuícola, deberá verificar, entre otras materias *"...si el área se sobrepone, en forma total o parcial a una o más concesiones o*

³⁴³ Véase el art. 14, inc. 3, DS. N° 290/93. La solicitud será denegada en los siguientes casos: letra e) *"el sector solicitado se encuentra en un área definida de uso incompatible con la acuicultura en virtud de la zonificación del borde costero de conformidad con el artículo 67 de la ley"*.

*autorizaciones de acuicultura ya otorgadas o a las solicitudes en trámite presentadas con anterioridad*³⁴⁴. Asimismo, deberá verificarse si la solicitud cumple con los requisitos de distancia con concesiones de acuicultura o solicitudes en trámite establecidos en los reglamentos.³⁴⁵ En el caso que el área estuviera concedida o se sobrepone a otra solicitud que ya se encuentra en trámite, o no cumple con los requisitos de distancia entre concesiones que prescribe el reglamento, se denegará la solicitud³⁴⁶.

El RCM agrega que la solicitud será denegada cuando la Autoridad Marítima dé cuenta en su certificado, de una sobreposición con una concesión marítima o destinación otorgada o que el río no es navegable por buques de más de 100 toneladas de registro grueso, o que no esté afectado por las mareas³⁴⁷.

Tanto en relación a las concesiones de acuicultura, como a las concesiones marítimas, cabe considerar además lo dispuesto en el art. 8º inc. 3º de la LBGMA, que dispone que *"sin perjuicio de los permisos o pronunciamientos sectoriales, siempre se requerirá el informe del Gobierno Regional, del Municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado"*, de modo que, igual se plasma el deber de coordinación en otros instrumentos, en los cuales tendrá gran trascendencia lo que se haya dispuesto en la respectiva zonificación del borde costero.

³⁴⁴ Art. 14, inc. 3, letra c), DS. N° 290/93 *"...el área solicitada ya estuviere concedida total o parcialmente o se sobrepone total o parcialmente con la de otra solicitud en trámite."*

³⁴⁵ Art. 14, inc. 3, letra g), DS. N° 290/93 *"el área solicitada no da cumplimiento a los requisitos de distancia establecidos en el artículo 67 de la ley y en los reglamentos a que se refieren los artículos 86 y 87 de la ley."*

³⁴⁶ Véase el dictamen N° 56.546/2005 CGR, en se representa una resolución de la SFFAA, por estos motivos.

³⁴⁷ Ver el art. 14 inc. 3, letra c), DS. N° 290/93.

c) Efectos relativos a otras actividades.

La zonificación del borde costero también se perfila como la guía para el desarrollo de otras actividades que no se manifiestan en una concesión propiamente tal. Esto se menciona puesto el ordenamiento jurídico ha otorgado la facultad de instituir determinados usos con el objeto de que éstos se respeten, de modo que el solo reconocimiento de la zonificación del borde costero como medio para el establecimiento de “usos preferentes”, sirve como fundamento de obligatoriedad para el respeto de estos últimos, siendo trascendental en este punto el análisis de compatibilidad en relación al uso preferente establecido.

Sin embargo, a nuestro entender, para el ejercicio de actividades como las turísticas será mucho más relevante el establecimiento de áreas *no apropiadas* para el ejercicio de la acuicultura y su posterior declaración de áreas de usos incompatibles en la zonificación respectiva, lo que producirá naturalmente como efecto la protección del medioambiente y el mejor desarrollo de actividades que aprovechen la protección y conservación, teniendo presente el fuerte impacto que tiene en el ambiente el ejercicio del cultivo de especies hidrobiológicas, especialmente los cultivos no nativos con sistema de producción intensivos³⁴⁸.

³⁴⁸ El Reglamento Ambiental para la Acuicultura, contenido en el DS 320/2001, D.O. 14 de diciembre de 2001. En su art. 2 letra s), define: “*Sistema de producción intensivo: cultivo de recursos hidrobiológicos cuya alimentación en etapa de engorda se basa principalmente en dietas suministradas antrópicamente y/o en la fertilización de las aguas en que se realiza*”. Sobre el daño ambiental de la actividad acuícola véase: BUSCHMANN, Alejandro: “Impacto Ambiental de la Acuicultura, el Estado de la Investigación en Chile y El Mundo. (Un Análisis Bibliográfico de los Avances y Restricciones para una Producción Sustentable en los Sistemas Acuáticos)”. Recurso digital Universidad de Los Lagos, Osorno 2001. Disponible en:

De todas formas en la normativa existente ya es posible encontrar disposiciones que tienden a reconocer la interrelación entre la biosfera, atmósfera e hidrósfera, destinadas a ser incorporadas en los distintos instrumentos de planificación y que tienen una connotación eminentemente medioambiental³⁴⁹. Una de ellas corresponde a las llamadas zonas de protección costera, definidas como el *"área de tierra firme de ancho variable, de una extensión mínima de 80 metros medidos desde la línea de la playa, en la que se establecen condiciones especiales para el uso del suelo, con el objeto de asegurar el ecosistema de la zona costera y de prevenir y controlar su deterioro"*³⁵⁰.

Por otro lado, la propia LGPA en el art. 67 inc. 8° establece que en aquellos casos en que haya áreas protegidas terrestres que colinden con el mar, la zonificación del borde costero deberá establecer una franja marina mínima de resguardo para excluir el desarrollo de cultivos intensivos o extensivos de especies hidrobiológicas exóticas.

Por el momento podemos apreciar que los avances en el establecimiento de una complementariedad adecuada entre los instrumentos terrestres y la zonificación del borde costero, dependen especialmente de la coordinación que logren alcanzar los órganos respectivos. De todas maneras la postura que están asumiendo las CRUBC en orden a asumir como ámbito de zonificación un área mayor a la que correspondería al borde costero, se

<http://www.cetmar.org/DOCUMENTACION/dyp/ImpactoChileacuicultura.pdf>
f. (junio, 2013)

³⁴⁹ SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6), p. 51.

³⁵⁰ Art. 1.1.20GUyC.

presenta como una iniciativa interesante para los efectos de planificar el litoral³⁵¹.

4.2.2 Coordinación en las ECMPOs.

Debemos recordar que con el establecimiento de los ECMPOs se creó una institucionalidad orientada en la protección de los recursos a que accedían en forma ancestral los pueblos originarios, a quienes, por cierto, se les había postergado por mucho tiempo las medidas como las que dicha ley consagró. Sin embargo, con la incorporación de otro grupo de interés, diverso a los ya existentes, suponía aumentar los conflictos respecto al actual y al futuro uso del borde costero.

No obstante y de forma acertada, esta especial figura administrativa, previó tanto en la ley como en su reglamento que uno de los principios que la orientaría, sería el respeto de los derechos legalmente constituidos a la fecha de la solicitud.

En efecto, los arts. 7° de la ley N° 20.249 y 5° del reglamento, establecen que SUBPESCA debe verificar, dentro del plazo que se señala, si la solicitud de ECMPO se sobrepone a concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas a titulares distintos del solicitante. Si la sobreposición con esas afectaciones ya otorgadas impiden absolutamente el otorgamiento de espacio costero marítimo de los pueblos originarios, se comunica al solicitante mediante una resolución denegatoria. En caso de que la sobreposición sea parcial, la subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del ECMPO.

³⁵¹ Vid. SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n. 6), p. 52

De esta manera, con la información que es proporcionada a SFFAA, y que supone una evidente instancia de coordinación, se previene el surgimiento de conflictos con los titulares de otras afectaciones del borde costero, en la medida que estas ya estén otorgadas.

Ahora bien, con la creación de esta figura también se suponía que se generara conflictos entre los mismos usuarios de los EMPCOs. Empero, la normativa previó que el sistema de solución de conflictos debía estar contemplado en el respectivo plan de administración que la asociación de comunidades indígenas o la comunidad indígena deben presentar ante SUBPESCA³⁵². En ese sentido, los conflictos que puedan suscitarse entre miembros de la asociación de comunidades o de la comunidad asignataria, se resolverán conforme a lo previsto en los estatutos de la asociación o de la comunidad, los que deben contemplar normas de solución de conflicto interno. De igual forma, el plan de administración debe contemplar las respectivas normas de solución para resolver los conflictos de uso entre la comunidad o asociación de comunidades indígenas, asignataria, y otros usuarios, de acuerdo con la normativa vigente.

Por su parte, respecto al caso de que existan solicitudes de incompatibles sobre el mismo espacio requerido, la ley estableció ciertos criterios de decisión que han tenido que ser aclarados por la jurisprudencia administrativa, y los que han tenido importantes efectos sobre las actividades económicas, que mediante otras afectaciones pretenden el uso del área.

³⁵² Ver el art. 14 de la ley N° 20.249 y art 9° del DS. N° 134/2009, del reglamento de la ley. D.O 26 de mayo 2009.

De acuerdo con lo previsto en el art. 10 de la ley N° 20.249, si el área solicitada como ECMPO ha sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe de uso consuetudinario por la CONADI, o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiera interpuesto en su contra. Si este informe no da cuenta del uso consuetudinario y fuera rechazado el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto, la CONADI inmediatamente consultará a las comunidades indígenas próximas al espacio costero marino de los pueblos originarios el establecimiento del mismo, debiendo informar a la comunidad regional mediante mensaje radial y una publicación en un diario de circulación regional³⁵³. Las comunidades indígenas tendrán el plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como ECMPO la misma área o un sector que se sobreponga a aquél. Vencido este plazo, sin que se hubiere solicitado el sector, la o las solicitudes que se hubieren suspendido continuarán su tramitación hasta su término. En todo caso, si el informe en comento establece el uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de los pueblos originarios, sin perjuicio de que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asignataria.

La Contraloría General respecto de la coordinación que tiene que existir entre los agentes intervinientes ha señalado que, atendido que la LCM y en LGPA, dispone que la facultad de otorgar concesiones marítimas y de acuicultura se encuentra radicada en el MDN y en la SFFAA, *"corresponde que esa Subsecretaría de Pesca efectúe las coordinaciones pertinentes con esa Cartera de Estado, a fin de que se efectúen las suspensiones que en derecho resulten procedentes y que en caso de tratarse de actos ingresados*

³⁵³ El art. 10, en este aspecto, se remite al art. 8°, inc. cuarto de la misma ley.

*a esta Contraloría General, se traducen en el retiro de los mismos o en la suspensión de la notificación de aquellos que ya se encuentran cursados*³⁵⁴.

Asimismo, la jurisprudencia administrativa dejando clara la materia, ha representado los actos administrativos que pretenden dar curso a concesiones marítimas mientras se encuentra en trámite la solicitud de una ECMPOs, en virtud del art. 10 de la ley N° 20.249, disposición que estableció una suspensión incluso de las renovaciones de concesiones que constituyan afectaciones para otros fines³⁵⁵.

En ese contexto, estimamos que el señalado art. 10 no establece normas de solución de conflictos sino de procedimiento para la tramitación de una u otra afectación en el borde costero, por cuanto la solicitud de ECMPO que cumpla los requisitos tiene preferencia³⁵⁶.

Por último, conviene tener presente que esa misma disposición se refiere a los "criterios de decisión entre solicitudes incompatibles", de lo que fluye que pueden existir solicitudes que sean compatibles, pudiendo coexistir afectaciones de distinto tipo, en la medida que materialmente ello sea factible. En caso de incompatibilidad (de objeto) se prefiere siempre el ECMPO, pero aún en ese caso, el titular de la solicitud rechazada puede ser incorporado en el respectivo plan de administración como usuario, entregándole a la asignataria el poder de decidir su incorporación, por cuanto se requiere acuerdo con la asociación de comunidades o comunidad indígena.

³⁵⁴ Véase el dictamen N° 77.934/2011 CGR.

³⁵⁵ Véase el dictamen N° 56.030/2011 CGR.

³⁵⁶ Véase el dictamen N° 56.257/2011 CGR.

4.3 PROYECTO DE LEY PARA UN NUEVO REGÍMEN DE ADMINISTRACIÓN DEL BORDE COSTERO Y CONCESIONES MARÍTIMAS.

El 31 de julio de 2012, fue ingresado a trámite el proyecto de ley "Administración del borde costero y concesiones marítimas"³⁵⁷, teniendo como fundamentos ciertos aspectos que hemos desarrollado y criticado en este trabajo.

4.3.1. Fundamentos de la iniciativa

La iniciativa legal ha tenido en consideración la importancia que tiene el borde costero para el desarrollo del país, área en la cual confluyen diversos procesos naturales e intereses, los que demandan una regulación coherente que permita su desarrollo sustentable. En tal sentido, advierte la ausencia de una definición de rango legal para este concepto, con un tratamiento poco orgánico, lo que ha impedido una administración territorialmente coherente.

Del mismo modo, el proyecto reconoce la compleja naturaleza del borde costero, advirtiendo esta suerte de bipolaridad de habláramos en el primer

³⁵⁷ Boletín N° 8467-12. Cabe señalar que conforme lo señala su mensaje, el proyecto de ley acoge la solicitud y reconoce la labor realizada por los Diputados Manuel Rojas, David Sandoval, Carlos Vilches, Nino Baltolu, Alejandro Santana, Joel Rosales, Cristián Letelier y Pedro Araya, quienes a través del proyecto de acuerdo N° 376 del año 2011 solicitaron expresamente el envío de un proyecto de ley que consagrara la entrega de la administración de los bordes costeros al Ministerio de Bienes Nacionales. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?-boletin_ini=8467-12. (Junio, 2013).

capítulo. Sin embargo, de forma novedosa, agrega como parte del borde costero a los terrenos de dominio privado, queriendo acercarse, más bien, a la idea de zona costera.

A su vez, el proyecto reconoce la necesidad de diferenciar las competencias especiales de defensa marítima y las de administración territorial -que actualmente le corresponde a la SFFAA del MDN-, asimismo, recuerda que la PNUBC, creó la CNUBC, siendo su titular el mismo MDN, cuestión que no va en orden al desarrollo estratégico que le corresponde al sector, para lo cual propone trasladar tales titularidades, naturalmente, al Ministerio de Bienes Nacionales, como órgano con vocación territorial, y entregarle a éste facultades de coordinación de las demás entidades públicas con competencia en el Borde Costero, con la finalidad de fomentar el desarrollo de esta área de una manera sustentable y armónica, tal como ocurre en otras regulaciones del derecho comparado.

En ese contexto, propone un nuevo régimen regulatorio de las concesiones marítimas con mayor celeridad en su tramitación y mayor seguridad jurídica para sus titulares, que considere los aspectos ambientales, sociales y económicos que confluyen en el Borde Costero, de forma coherente con la administración y gestión del resto del territorio nacional.

4.3.2. Objetivos del proyecto de ley.

El proyecto no pretende modificar las potestades de control, fiscalización y supervigilancia que posee el MDN en la materia, sin embargo dentro de los objetivos perseguidos con la modificación del marco regulatorio del Borde Costero, se señalan los siguientes.

- a) Regular el proceso de fijación y modificación de la PNUBC.

Para estos efectos el proyecto -subsanao varias falencias que advertimos anteriormente-, eleva a rango legal el procedimiento de definición de la PNUBC y sus futuras modificaciones, y reconoce a la CNUBC como un órgano asesor del Presidente de la República en la materia. Reconoce, asimismo, a las CRUBC, cuya función principal es la de proponer a la Comisión Nacional las acciones tendientes a impulsar en la región la Política Nacional y pronunciarse sobre las propuestas de zonificación sometidas a su consideración, cuestión que en parte se ha normalizado con la ley N° 20.249, pero solo respecto de sus opiniones vinculantes en las ECMPOs.

Por otra parte, modifica la integración de la Comisión Nacional haciéndola presidir por el Ministro de Bienes Nacionales y limitándola a los Ministros de Interior y Seguridad Pública; Defensa Nacional; Economía, Fomento y Turismo; Desarrollo Social; Obras Públicas; Vivienda y Urbanismo; Transportes y Telecomunicaciones; Energía, y Medio Ambiente, y haciendo participar sólo con derecho a voz a los Subsecretarios de Desarrollo Regional, de Vivienda, de Pesca, de Medio Ambiente, de Turismo y Director General de DIRECTEMAR.

- b) Regular el proceso de Zonificación del Borde Costero.

Esta iniciativa legal regula el procedimiento de elaboración, discusión y aprobación del proyecto de zonificación del borde costero, estableciendo, en primer término, que ésta se llevará a cabo en los territorios que no se encuentren regulados por un instrumento de planificación territorial de

carácter comunal o intercomunal, definidos en la LGUC, evitando duplicidades innecesarias.

A nuestro juicio, este aspecto debe ser tratado con especial cuidado, porque si bien advertimos en capítulo tercero, la necesidad de una coordinación especial entre los distintos IPTs, labor que actualmente pesa en la CRUBC, la especificidad de la zonificación del borde costero no puede reemplazarse con instrumentos que no aborden todas sus particularidades, y necesidades especiales que lo caracterizan.

Acorde con las nuevas exigencias ambientales, incorporadas por la ley N° 20.417³⁵⁸, se plantea que el GORE respectivo elabore la correspondiente propuesta de zonificación para ser sometida a consideración de la Comisión Regional y del Consejo Regional, contemplando que el proyecto de Zonificación se someta a la EAE, una vez que éste es informado favorablemente por la Comisión Regional y por el Consejo Regional, recordemos que actualmente le corresponde al MDN enviar el proyecto de zonificación a la EAE. Se contempla que el proceso de Zonificación concluya con la aprobación que de la Comisión Nacional y con el sometimiento del mismo a consideración del Presidente.

c) Establecer un nuevo Régimen de Concesiones Marítimas.

El mensaje del proyecto constata que, actualmente, el Régimen de Concesiones Marítimas que se regula en la LCM, complementado por su RCM el cual, presenta entrabado y engorroso que demora inversión en el Borde Costero, con precarios derechos para los peticionarios y concesionarios en atención a la facultad privativa del MDN para otorgar,

³⁵⁸ Véase punto 3.5.3 de este trabajo.

denegar o modificar las concesiones, quien puede poner término anticipado sin expresión de causa, y sin plazo alguno. A ello agrega, la innecesaria demora que significa la dictación de un nuevo decreto supremo para tipo de cambio en la concesión, ya se sea para la ampliación, reducción, cambio de objeto, transferencia, razón social, etc. Asimismo, se critica la amplitud del derecho de oposición de los terceros a las concesiones.

Un punto interesante en el mensaje se refiere a la crítica al actual régimen concesional, en el sentido que se entrega el uso particular, impidiendo en el mismo otras concesiones de usos compatibles, lo que grava el uso eficiente del borde costero.



4.3.3. Contenido del proyecto.

Destacamos en el proyecto las siguientes materias:

1. En primer lugar, se establece al efecto que las disposiciones del proyecto regulan el sistema de administración del Borde Costero, la definición de sus usos y la forma en que puede ser autorizada su ocupación a través del régimen de concesiones marítimas. Se incorporan, entre otras, definiciones de Borde Costero, de Política Nacional y de Zonificación a través de la zonificación propiamente tal en que los usos preferentes son indicados en un plano, o bien, a través de la planificación por condiciones, en que los usos preferentes quedan sujetos al cumplimiento de condiciones definidas en la memoria de la zonificación.

Asimismo, se delimita el ámbito del proyecto de ley a los territorios que no se encuentren regulados por un instrumento de planificación territorial de carácter comunal o intercomunal, a que se refiere la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

2. Se regula la forma en que debe fijarse la PNUBC, el proceso de Zonificación, ambos instrumentos que debe fijarse por DS del Ministerio de Bienes Nacionales, incorporando EAE. Adicionalmente, se regula las funciones que en tales materias corresponden a la CNUBC y a las Comisiones Regionales, como su integración y las atribuciones consultivas, que le corresponde.

3. Se establece un nuevo Régimen de Concesiones Marítimas, en cuya estructura se destacan a nuestro parecer los siguientes aspectos:

- a. Se radica en el Ministerio de Bienes Nacionales la competencia relativa al otorgamiento, renovación, modificación, transferencia y transmisibilidad de las Concesiones Marítimas;
- b. Se faculta al Ministerio para autorizar dos o más concesiones respecto de un mismo sector concesionable con el propósito de amparar tendidos de infraestructura, tales como, emisarios, cañerías de aducción y de descarga de agua de mar, cañerías conductoras, cables eléctricos, cables de telecomunicaciones y otros, siempre que éstos no afecten, impidan o dificulten considerablemente las actividades amparadas por la Concesión Marítima vigente.
- c. Se reduce el plazo de duración de la concesión marítima mayor de 10 a 30 años, como máximo.

- d. Se confiere al Ministerio la atribución de convocar a licitación pública para el otorgamiento de una Concesión Marítima cuando se presenten dos o más interesados en un mismo sector, cuando así lo estime conveniente.
- e. Se mantienen inalteradas las facultades de fiscalización y supervigilancia sobre toda la costa y el mar territorial de la República, y sobre los ríos y lagos que sean navegables por buques de más de 100 toneladas, de conformidad con las leyes vigentes. En cuanto a la fiscalización de las Concesiones Marítimas, ésta será ejercida por los funcionarios del Ministerio, a través de inspecciones periódicas destinadas a verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley, su reglamento y el respectivo decreto de concesión marítima.
- f. Creación de la División del Litoral, unidad, dependiente de la Subsecretaría de Bienes Nacionales, con la finalidad de desarrollar acciones para materializar la Política Nacional de Uso del Borde Costero y los procesos de zonificación; dirigir el proceso de tramitación de las solicitudes de concesiones marítimas; imponer multas a los concesionarios que infrinjan las disposiciones de esta ley, y mantener actualizado el Catastro Nacional de Concesiones Marítimas, entre otras.

CONCLUSIÓN.

Durante el desarrollo de este trabajo se ha expuesto latamente la institucionalidad del borde costero de nuestro país. En particular estudiamos la regulación de la afectación y la zonificación del borde costero, teniendo como objetivo principal analizar el cumplimiento del principio de coordinación de la Administración del Estado de los organismos Estatales que intervienen en la gestión del borde costero frente a determinadas interacciones relacionadas con la zonificación. Sin embargo, mediante la revisión de la regulación correspondiente advertimos otras consideraciones de interés.

1.- En primer término, cabe señalar que el concepto normativo del borde costero (franja del territorio que comprende los terrenos de playa, playa, mar territorial, bahías, golfos y estrechos) ha recibido ciertas críticas por cuanto se contrapone a la idea de *zona costera*. El primero, supone una limitación espacial que restringe el actuar de la planificación territorial, y en cambio el segundo, abarcaría toda la interfaz que interacciona en el área (hidrósfera, litósfera y atmósfera). No obstante ello, el concepto normativo permite tener claridad respecto de las áreas que el Estado puede gestionar, sujetando su actuar al principio de legalidad.

Luego, como esta unidad geográfica se compone de bienes nacionales de uso público y de bienes fiscales, se advierte una suerte de *bipolaridad* de su naturaleza jurídica. En ese sentido, la teoría del dominio público aparece insuficiente para explicar el vínculo que tiene el Estado sobre el borde costero.

Así, la propuesta de un cambio de enfoque, orientado a explicar el borde costero desde la perspectiva de su utilización, nos permite hablar de la noción de *afectación del borde costero*. En efecto, tomando las normas de Derecho público señaladas, se configura un sistema inorgánico de protección en virtud del cual se permite al Estado establecer ciertas medidas de administración (o *afectaciones*) para utilizar el borde costero como unidad jurídico-geográfica, y al mismo tiempo resguardarlo, mediante la limitación de su apropiabilidad.

2. En segundo término, observamos que la regulación de la afectación del borde costero, está compuesta por diversa normativa sectorial, a través de ella se permite conferir a los particulares derechos exclusivos que alteran el uso común del borde costero, o bien, destinar parte de éste a una finalidad pública determinada.

El estudio de tal regulación, nos permite apreciar a la concesión y destinación marítima, como las principales formas de ocupar y realizar actividades específicas en el borde costero, las que pueden extenderse hasta por 50 años. Desde luego, vemos que la concesión de acuicultura, - desarrolladas sólo en las AAA-, se manifiesta como otra de las afectaciones más relevantes sobre este territorio, tanto por la importancia económica que reviste para el desarrollo país, como por los efectos que tienen sobre el ambiental.

Hemos sistematizado la regulación de las afectaciones especiales en dos, las afectaciones para la pesca y las afectaciones destinadas a la conservación y protección del medio ambiente. Estas medidas configuran, a nuestro entender, normas especiales, por cuanto están orientadas a finalidades específicas, como la de resguardar los recursos pesqueros del

sector artesanal (servidumbres de pesca las AMERBs), o bien, están destinadas a proteger el medio ambiente (santuarios de la naturaleza o parques y reservas marinas), o incluso para el desarrollo de la investigación científica de espacios determinados (AMCP-MU y o AMCP).

Otra de las afectaciones especiales que destacamos, se configuraría con el establecimiento de los ECMPOs, destinada a proteger la relación de las comunidades indígenas con los recursos costeros que han sido de su uso ancestral, y que reviste una importancia fundamental, ya que desde el momento del inicio del procedimiento, suspende la tramitación de nuevos derechos en el mismo espacio.

Destacamos el avance en la protección de los derechos de los pueblos originarios al incorporarse la institución de la Consulta Indígena, del Convenio N° 169, de la OIT, sin embargo se advierte que su implementación ha traído varios problemas por la incerteza del procedimiento que en definitiva se establecerá. Problemática que, eventualmente, podrían extenderse a las afectaciones del borde costero.

3. En un tercer término, hemos visto que la OT del borde costero en nuestro país se inicia, básicamente, con la elaboración de la PNUBC. Dicha política ha fijado los criterios básicos para comenzar el proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el borde costero del litoral, contemplando entre ellos, la creación de instrumentos de zonificación con carácter indicativo. Con ella se busca definir los múltiples usos en cada sector -ya sean portuarios, turísticos, comerciales, industriales, destinado para la pesca artesanal o para los establecimientos humanos-, de forma tal que se establezcan las condiciones y restricciones para su administración.

En el marco de esa política se han dictado las primeras zonificaciones a nivel regional (Coquimbo y Aysén), expresadas en “usos preferentes”, que aluden a zonas orientadas a cumplir una o varias funciones territoriales, en la medida que se ajusten a los criterios de compatibilidad preestablecidos, los que generalmente dicen relación con un adecuado distanciamiento entre una afectación y otra. La excepción se da en la medida que se establezcan incompatibilidades de uso, en cuyo caso no podrá desarrollarse otra actividad que la predeterminada.

Se aprecia que la institucionalidad que regula el proceso de zonificación es bastante precaria, pues, fue creada a un nivel reglamentario. Si bien, recientemente se la ha elevado a un rango legal, empero, su procedimiento sigue constando en el RCRUBC. Dicha cuestión hace que, tanto las CNUBC como las CRUBC actúen con un carácter meramente asesor, y que solo formulan proposiciones y sugerencias, sin que sus opiniones revistan el carácter de actos administrativos.

Destacamos sin embargo, las instancias de coordinación que se presentan con la CNUBC y las CRUBC a nivel regional, cuya conformación y funciones les permiten formular proposiciones, sugerencias y opiniones a aquellas autoridades encargadas de estudiar y aprobar los otros IPTs, con el objeto de que exista coherencia en el uso del borde costero del litoral.

Aun así, constatamos un tímido avance en el proceso de zonificación de las regiones, cuestión que ha generado una problemática al momento de asignar los usos correspondientes para el ejercicio de las actividades.

Ahora, ante tal situación, los procedimientos para el otorgamiento de concesiones marítimas deberán estarse a lo que informe la DOM respectiva. Y los requerimientos para las concesiones de acuicultura, verificarán si los sectores se encuentran dentro de AAA, las que existen en casi todas las regiones. De modo que igualmente esas afectaciones se someten a cierta planificación.

En ese contexto, la interrelación de la zonificación del borde costero con otros IPTs (PRDU, PRI, PRM, PRC y PS), y con las normas que afectan las áreas rurales, resulta fundamental para la acción coordinada de los órganos públicos intervinientes en ellos (sobre todo las CNUBC, CRUBC, el MDN, los GOREs, las municipalidades y las SEREMIS de Vivienda y Urbanismo respectivas). Por cierto, con ella se obtiene una mirada más general del territorio, permitiendo, así, obtener una gestión, ordenación y planificación más integral de área del litoral.

La EAE ha incorporado específicamente a la zonificación del borde costero dentro las materias de su evaluación. Creemos que dicha inclusión fue acertada. Ello pues, dentro de los objetivos subyacentes a este proceso se propende a una mayor coordinación de los órganos intervinientes. En efecto, con ella se sofistican el actual proceso de zonificación, en el sentido que incorpora nuevos elementos que mejoran el análisis de los impactos que pueden tener con su establecimiento, propendiendo a una mayor sustentabilidad y dotando de mayor legitimidad a dicho proceso, por cuanto aumenta la participación ciudadana. No obstante ello, es un instrumento que carece de aplicación efectiva, atendido que aún no se dicta el reglamento que lo implementa.

4. En último término, concluimos que la coordinación de la Administración del Estado -ya sea en un sentido estricto o como cooperación-, aparece como un principio vital en la gestión del borde costero. Sobre todo ante la multiplicidad de relaciones interadministrativas que se dan en los procedimientos de otorgamiento de las diversas afectaciones. Así, es fundamental evitar la duplicidad o interferencia de funciones, en orden a obrar con unidad de acción, hacia la consecución de un modelo determinado dado básicamente en la zonificación del borde costero.

De esa forma, verificada la existencia de una zonificación regional, por parte del órgano respectivo, permite tomar decisiones claras respecto al otorgamiento de derechos en sectores determinados. Y a la vez, se orientan las pretensiones de los usuarios conforme a los términos de usos preestablecidos. Todo lo cual contribuye a la ejecución armónica de la gestión territorial.

No obstante, la fijación de los “usos preferentes” hace aumentar -respecto de los mismos sectores- solicitudes que son incongruentes entre sí, pero que en el papel se permiten. Por ello resulta necesario que la zonificación propenda a fijar más sectores de incompatibilidad, con los que se proteja de forma efectiva el medio ambiente que allí se presenta.

Ahora bien, pudimos ver que el MDN resulta ser el órgano con las facultades más potentes para la administración del área. Y en ese contexto, se enfrenta ante múltiples solicitudes de diversas afectaciones que pretenden un uso legítimo (concesiones marítimas, de acuicultura, ECMPOs, etc.).

Al verificar el cumplimiento del principio de coordinación en su actuar, concluimos que éste se cumple, en la medida que, al momento de entregar dichas afectaciones se eviten la superposición de unas de otras afectaciones.

Por eso, el MDN debe someterse en forma estricta a los criterios de prelación que la reglamentación correspondiente establece (RCM, RCA, LGPA, entre otras), y a la vez, debe recabar toda la información pertinente de los organismos competentes, quienes deberán compartir constantemente información técnica respecto a la materia de su competencia, cuestión que precisamente supone interacción y coordinación, y donde tienen un rol fundamental la DIRECTEMAR y SERNAPESCA.

Por último, podemos mencionar que el proyecto de ley que busca crear un nuevo régimen de administración del borde costero y establecer una nueva reglamentación para las concesiones marítimas, apunta en la dirección correcta.

En efecto, la idea que exista un cuerpo estatutario para sistematizar y regular estas materias facilitaría la gestión del territorio y mejoraría la calidad del actuar de la administración y la respuesta a los interesados.

Del mismo modo, parece importante que proyecto busque robustecer la institucionalidad de la PNUBC y la de la zonificación, y evitar duplicidades con otros IPTs respecto de estos últimos instrumentos.

Respecto del nuevo régimen de concesiones marítimas que propone, resulta atendible el hecho que se aumenten los criterios de compatibilidad

entre solicitudes, para dar un uso más eficiente de los sectores respectivos. También, parece importante que se disminuyan los años máximos de una concesión, para no perpetuar con su entrega usos que en definitiva podrían ir variando, tal como vemos que acontece en la actualidad. En el mismo sentido, la facultad para convocar licitaciones que permitan otorgar concesiones en los casos que existan varias solicitudes, nos parece una medida de democratización del acceso a los bienes públicos y un acercamiento a los actuales principios de contratación a que debe someterse la Administración del Estado (art. 9° LOCBGAE).

Sin embargo, creemos que traspasar las facultades del MDN al MBN en orden a que este último ministerio se convierta en la única cartera que administre los bienes nacionales, parece atendible desde el punto de vista de la unidad de acción respecto al territorio, pero podría demorar el proyecto de forma innecesaria, pues, con ello se supone migrar el conocimiento técnico y estratégico que tiene los órganos del primero a un organismo que no tiene esa experiencia ni la capacidad para controlar el área marítima que compone al borde costero. También pretender obviar la natural relación que tiene el MDN con la DIRECTEMAR, para efectos de la fiscalización, no solo requerirá de simples convenios de cooperación como los que se proponen, si no obviamente de otras modificaciones de normas sectoriales que en esta oportunidad no se han contemplado.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías.

- BARRAGÁN M., Juan Manuel: "Medio Ambiente y Desarrollo en Áreas Litorales. Introducción a la Planificación y Gestión Integradas". 1ª Edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003.
- CLARO SOLAR, Luis: "Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado". Editorial Jurídica de Chile, T. 6. Vol. I. Santiago, 1898-1945.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: "Las cosas públicas y su régimen jurídico (Examen de la noción de cosa pública)". En Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos). coord. De REINA TARTIERE, Gabriel. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2009.
- FRANCH I SAGUER, Marta. *Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos*. En "Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos)". Coord. de REINA TARTIERE, Gabriel. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2009
- MARIENHOFF, Miguel: "Tratado del dominio público". Editorial Tipográfica. Buenos Aires, 1960
- MARIENHOFF, Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Abeledo Perrot, 4ª Edición, Tº V. Buenos Aires, 1982.
- M. DE LA RIVA, Ignacio: "La Naturaleza Jurídica del Dominio Público. En "Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes públicos)". coord. De REINA TARTIERE, Gabriel. Buenos Aires. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2009.
- MONTT OYARZÚN, Santiago: "El Dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización". Editorial Conosur. Santiago, 2001.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ José Ignacio: "Las transformaciones del Derecho público de los bienes: del dominio público a las cosas públicas". En "Dominio Público (naturaleza y régimen de los bienes

públicos)”. coord. De REINA TARTIERE, Gabriel. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2009.

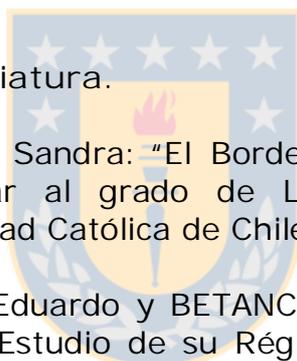
- PÉREZ CONEJO, Lorenzo: “Ensayo sobre dominio público y Demanio Litoral”. Instituto Andaluz de Administración Pública. Andalucía, 2001.

Artículos.

- ANDRADE, Belisario, ARENAS, Federico y GUIJÓN, Rodrigo: “Revisión Crítica del Marco Institucional y Legal Chileno de Ordenamiento Territorial: El Caso de la Zona Costera”. En Revista de Geografía Norte Grande, N° 41. Santiago, 2008.
- ARENAS, Federico, LAGOS, Marcelo Y HIDALGO, Rodrigo: “Los riesgos naturales en la planificación territorial”. Instituto de Geografía. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica. Año 5, N° 39. Santiago, 2010.
- ÁLVAREZ MELÉNDEZ, Juan-Carlos: “La Planificación Territorial” Ordenación del territorio I. Universidad de Córdoba.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “Política y Regulación Ambiental de la Acuicultura chilena”. En RDUCV, 1°, XXVIII. Valparaíso, 2007.
- BUSCHMANN, Alejandro: “Impacto ambiental de la acuicultura. El estado de la Investigación en Chile y el Mundo. En Publicaciones de Fundación Cetmar, Universidad de Los Lagos. Osorno, 2001.
- CASTRO Consuelo, ALVARADO, Claudia, “La Gestión del Litoral Chileno: un Diagnostico”. Red IBERMAR (CYTED), Universidad Católica de Chile. Instituto de Geografía, Santiago, 2009.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo: “Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras”. En RDUCV, XXXVI. Valparaíso, 2011.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo: “ Bases para la reconstrucción de una Teoría de los Bienes Públicos en el Derecho Chileno”, (no publicado)
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo: “El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos”. En RDUCV, XXIX. Valparaíso, 2007.

- HERVÉ ESPEJO, Dominique: "Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros". En [Anuario de Derecho Público](#), 1, Universidad Diego Portales. Santiago, 2011.
- HILDENBRAND, Andreas: "Política de ordenación del territorio en Europa". Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. Universidad de Sevilla. Colección Kora. Sevilla, 1996.
- LAVÍN VALDÉS, Julio: "La Contraloría General de la República y el Régimen de concesiones marítimas y de acuicultura". En revista "La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Conmemoración 75 Aniversario. Editado por Contraloría General de la República, Santiago, 2002.
- MASSIRIS CABEZA, Ángel: "Ordenación del Territorio en América Latina". En Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Scripta Nova, Universidad de Barcelona. Vol. VI, N° 125, Barcelona, 2002.
- MORAGA SARRIEGO, Pilar: "Las Razones de la Conflictividad del Sector Eléctrico: El caso de la Consulta Indígena". En Anuario de Derecho Público, 2, Universidad Diego Portales. Santiago, 2012.
- NAVARRETE TARRAGÓ, Arturo. "Régimen Jurídico de las Concesiones Marítimas". En Revista Chilena de Derecho. Vol. 25. N°4. Santiago, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general". En Revista de Administración Pública, N°s. 100-102, enero-diciembre. Madrid, 1983.
- SALZWEDEL, Horst, ZAPATA, Néstor, EILBRECHT, Michael y ARZOLA, Ana María: "Zonificación del Borde Costero – Guía metodológica para el nivel comunal. La Experiencia de la Región del Bío Bío". En Proyecto de Cooperación Técnica Chileno-Alemana. Concepción, 2002.
- VAN STRAHLEN FAJARDO, Luis Hernán: "Bienes de titularidad pública: Patrimoniales y de Dominio Público. Una aproximación al sistema Español". En Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 6, N °1 Universidad del Rosario Bogotá. Colombia, 2004.
- VERGARA BLANCO, Alejandro: "Principios y sistemas del Derecho minero". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992

- VERGARA BLANCO, Alejandro: "La Summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980". En "20 años de la Constitución chilena 1981-2001". Editorial Conosur. Santiago, 2001.
- VERGARA BLANCO, Alejandro: "Naturaleza jurídica de los "bienes nacionales de uso público". En [IusPublicum](#) N°3, Universidad Santo Tomás. Santiago, [1999](#).
- ZOIDO NARANJO, Florencio: "Geografía y Ordenación del Territorio". En Revista Scripta Vetera N° 77, Universidad de Barcelona. España, 1998.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco: "Constitución y Dominio Público: (Dominio público de minas y aguas terrestres)". En Ius et praxis. Año 11, N° 2 Universidad de Talca, Talca, 2005.



Memorias de Licenciatura.

- ÁLVAREZ TORRES, Sandra: "El Borde Costero y su uso". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2001.
- BAEZA CERVELA, Eduardo y BETANCURT SOLAR, Ricardo: "El dominio público marítimo, Estudio de su Régimen jurídico-administrativo en el derecho chileno". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile. Santiago, 2002.
- PAZ BERDICHEWSKY, Karen: "Regulación jurídica del Borde Costero". Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Valparaíso. Valparaíso, 1996.
- PÉREZ YÁNEZ, Eduardo: "Análisis Crítico de la Legislación sobre Acuicultura". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Austral de Chile. Valdivia (2002)
- SEPÚLVEDA S., Paulo: "Zonificación y evaluación ambiental estratégica en la planificación del Borde Costero". Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídica. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2011.

- STEIGLER FLEMING, Felipe. "Las Áreas Marinas Protegidas, su situación e integración en los instrumentos de ordenamiento territorial costero como aporte para el desarrollo sustentable". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Geografía y Título de Geógrafo. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2009.
- ZAMORANO FERNÁNDEZ, Yicelle: "Las Concesiones Administrativas en el Derecho Chileno. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Gabriela Minstral, Santiago, 1992.

Datos y estadísticas

- Servicio Nacional de Pesca. Recurso disponible en: http://www.sernapesca.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=588:anemia-infecciosa-del-salmisa&catid=31:acuicultura&Itemid=695. (junio 2013)
- "RESUMEN DE EXPORTACIONES PESCA + ACUICULTURA" de la Revista Aqua. Recurso disponible en: <http://www.directorioaqua.com/contenido/pdf/Agosto12estadisticas/LISTA-Exportac%20por%20recurso%20Agosto%2012.pdf>.
- TURISMO, INFORME ANUAL, 2011, Instituto Nacional de Estadística. http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/18082011/Turismo_2010_18082011.pdf (junio, 2013)

Documentos institucionales

- Ministerio del Medio Ambiente. "Las Áreas Protegidas de Chile, Antecedentes, Institucionalidad, Estadísticas y Desafíos". Mayo, 2011. Recurso disponible en: http://www.mma.gob.cl/1304/articles-50613_pdf.pdf. (junio, 2013)
- Centro para el Desarrollo para el Capital Humano: "Situación del Fomento Productivo de la Pesca Artesanal". Consultoría Licitación Pública 585-126-LP09, pp. 21-22. Recurso disponible en <http://www.cendec.cl/documentos/INFORME%20PESCA%20ARTESANAL.pdf>. (junio, 2013)
- Convenio sobre la Diversidad Biológica. Disponible en: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>. (junio, 2013)

- Carta Europea de Ordenación del Territorio, 1983. Disponible en: http://virtual.eapc.cat/file.php/1/continguts_cursos_EAPC/urbanisme/bloc_1/unitat_1/media/ceot.pdf (Junio, 2013)
- "Marco Normativo sobre Consulta y Participación Indígena" Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, elaborado para la Comisión Permanente de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, en el marco del proyecto de ley sobre Administración del borde costero y concesiones marítimas (Boletín N° 8467-12). Valparaíso, 2013.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UDP. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/11/6-derechos-humanos-de-los-pueblos-indigenas.pdf> (junio, 2013)
- CONAMA. "Una política ambiental para el desarrollo sustentable: Ordenamiento territorial o regulación del comportamiento espacial. Comisión Nacional de Medio Ambiente, Departamento de Recursos Naturales". Documento de discusión, no oficial. Santiago, 1998.
- Ministerio de Planificación, "Zonificación para la planificación territorial. Serie Planificación Territorial." *Cuaderno 1*. División de Planificación Regional, Fundación Eduardo Frei, Santiago, (2005), Disponible en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/mideplan/cuad1-zon.planterrit.pdf>. (Junio, 2013)
- Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (SUBDERE): "Guía de Zonificación Costera para el Ordenamiento Territorial". Primera Edición, Agosto, 2011. Tomada de la definición del el Plan Regional de Ordenamiento Territorial Región de Aysén 2005. Disponible en: <http://www.gorecoquimbo.gob.cl/pgobierno/prot/docu/docu/Guia%20Zonif%20Costera%20.pdf> (junio. 2013)
- FAO, OFICINA REGIONAL PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE: "Enfoques Generales y Métodos para la Planificación Territorial: Proyecto Regional "Ordenamiento Territorial Rural Sustentable". *Documento Técnico N° 3*. Santiago, 2006. Disponible en: <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Planificacionterritorial.pdf>. (junio, 2013).
- El Agenda 21, [Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo \(CNUMAD\)](#), Organización de las Naciones Unidas, Río de

Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Disponible en:
<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/> (junio, 2013)

Dictámenes de la Contraloría General de la República.
(Ordenados por año de emisión)

- N° 58.485/1957
- N° 22.828/1989
- N° 13.851/1997
- N° 32.087/1998
- N° 14.886/1999
- N° 25.058/2001
- N° 48.505/2004
- N° 865/2005
- N° 32.946/2005
- N° 52.126/2005
- N° 56.546/2005
- N° 59.316/2006
- N° 28.757/2007
- N° 28.021/2008
- N° 6.933/2011
- N° 9.014/2011
- N° 44.097/2011
- N° 56.030/2011
- N° 56.257/2011
- N° 56.257/2011
- N° 57.872/2011
- N° 65.515/2011
- N° 77.387/2011
- N° 77.934/2011
- N° 32.861/2012
- N° 34.101/2012
- N° 38.429/2013
- N° 48.387/2012
- N° 49.387/2012

