



Universidad de Chile
Escuela de graduados
Facultad de Derecho

La Comisión Regional del Uso del Borde Costero: Régimen
jurídico en el procedimiento administrativo de otorgamiento
de concesiones marítimas.

Informe jurídico para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Público.

Autor: Patricio Andrés Flores Brito.
Profesor Guía: Lorena Donoso Abarca.
Santiago de Chile, 21 de noviembre de 2016.

AGRADECIMIENTOS

Quiero dedicar la elaboración del presente trabajo, a mi familia, a mi amada mujer, María Loreto y a mis amigos por su apoyo incondicional y las constantes muestras de aprecio a lo largo de esta investigación. Asimismo, a la profesora Lorena Donoso Abarca, por guiarme amablemente en este informe jurídico.

RESUMEN

Mediante este informe jurídico interesa analizar la controversia jurídica que se genera a propósito de la escasa y confusa normativa existente respecto a la regulación referida a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero. Al respecto, se han logrado identificar posturas determinadas relacionadas con la forma de accionar, la validez y calidad del pronunciamiento u opinión emitida por dicha comisión, al ser consultada por el Ministerio de Defensa Nacional - Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas. Se analizará su origen, normativa existente y regulatoria al efecto, la importancia o rol que tiene esta comisión en el procedimiento administrativo indicado y la falta de regulación en su actuar. La pregunta matriz que guiará este informe será la siguiente: ¿Puede una comisión regulada por meros actos administrativos, emitir una opinión que sea considerada como vinculante en la práctica por el organismo instructor del procedimiento?. Se concluirá que se torna como imperativo legislar en torno a esta materia, con especial énfasis en elevar a rango legal la regulación atinente a la Política Nacional del Uso del Borde Costero y sus diferentes comisiones: Comisión Nacional del Uso del Borde Costero y Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, en atención a las atribuciones sustanciales que en la práctica se le otorgan por los demás organismos públicos a esta comisión, afectando derechos fundamentales mediante la opinión esgrimida respecto al futuro de las diversas clases de proyectos a implementar en el Borde Costero del Litoral de la República.

INDICE

AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	4
INDICE	5
INTRODUCCIÓN.	7
1.- CAPÍTULO PRIMERO.....	12
1.1. LA POLÍTICA NACIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO.	12
1.2. Principios generales de la PNUBC.....	14
1.3. Los Objetivos de la PNUBC.	15
2.- CAPÍTULO SEGUNDO.	21
2.1. La Comisión Regional del Uso del Borde Costero (CRUBC).	21
2.2. Facultades y atribuciones de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero.	22
2.3. La CRUBC y el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas.	25
2.4. CRUBC y procedimiento de consulta.....	27
2.5. CRUBC y la Resolución Ministerial Exenta N° 2643.	29
2.6. CRUBC, Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO).	42
2.7. CRUBC y consulta indígena establecida en el Convenio N° 169.....	48
CAPITULO TERCERO.....	51
3.1. POSICIONES CONTRAPUESTAS ENTORNO A LA CALIDAD JURÍDICA DE LA OPINIÓN EMITIDA POR LA CRUBC.....	51
3.2 El carácter vinculante de la opinión de la CRUBC.	51
3.2. El carácter meramente consultivo de la opinión de la CRUBC.	54
4. CONCLUSIONES.....	59
4.1. PRINCIPALES HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	59

4.2. ESTABLECIMIENTO LEGAL DE LA COMISIÓN REGIONAL DE LA COMISIÓN REGIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO.	62
BIBLIOGRAFÍA.	69
Doctrina.....	69
Jurisprudencia.....	70
Sentencias del Tribunal Constitucional	70
Dictámenes de Contraloría General de la República.	70

INTRODUCCIÓN.

El borde costero corresponde a una sección o parte del territorio nacional que ha adquirido gran importancia en aquellos ámbitos vinculados a aspectos sociales, económicos y ecosistémicos. De igual forma, se constituye como aquella zona o sector donde se manifiesta ecológicamente la interacción de nuestra tierra, el mar y la atmósfera. A su vez, desde un punto de vista referido a la normativa administrativa, el Decreto supremo N° 475, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, define el concepto de borde costero del litoral de la República como: "aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playas fiscales, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República"¹. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tomar en consideración que este concepto no se encuentra establecido en un texto legal, pues ha sido elaborado para los efectos de dictar la Política Nacional de Uso Costero del Litoral de la República (PNUBC).

En Chile, se manejan dos conceptos similares, pero con significados muy diferentes: el borde costero y la zona costera. El primero, como lo indicamos, corresponde a un concepto normativo, utilizado principalmente en la PNUBC. La zona costera, en cambio, es un concepto más bien, científico - técnico, que sin establecer un área claramente delimitada, se refiere a todo el ámbito de interacción física, biológica y también antrópica entre los ambientes terrestre y marino.

A raíz de lo expresado, en nuestra legislación se puede visualizar una gran cantidad de instituciones y regulaciones que miran a la utilización de los recursos y al aprovechamiento de espacios ubicados en el Borde Costero, no existiendo en la actualidad un estatuto unitario que proporcione la correcta administración, ni la debida gestión de esta zona del litoral, provocando un gran

¹ Dicho Decreto Supremo, repite lo prescrito por el artículo 2° del Decreto con fuerza de ley N° 340, de 1960, referido a la reglamentación sobre Concesiones marítimas, sin que este cuerpo normativo haga referencia expresa a Borde Costero como concepto o definición.

obstáculo para aquellos que desean dedicarse a profundizar y escudriñar en su normativa regulatoria.

En este contexto y atendida la imperiosa necesidad de gestionar de forma armónica y coherente este importante espacio del territorio, con el paso de los años, se han creado diversas regulaciones e instituciones que permiten establecer un sistema de información y gestión conjunta, entre las cuales destacan tomando un rol preponderante y esencial, la citada Política Nacional del Uso del Borde Costero, sus respectivas comisiones (Comisión Nacional del uso del Borde Costero y Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero), el Ministerio de Defensa Nacional y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, la zonificación del borde costero creada en el marco de la Política Nacional, permite delimitar la ordenación de las diversas áreas de ese espacio territorial, mediante el establecimiento de usos preferentes, constituyéndose como un instrumento de planificación esencial. Sin perjuicio de ello, para que este instrumento cumpla con la finalidad para la cual fue creado, se torna como imperativo que el Estado, a través de los diversos organismos públicos competentes en la materia, tenga un especial cuidado en la administración y regulación, debiendo velar por la explotación sostenible de los recursos y el ejercicio armónico de las distintas actividades que en tales áreas se materializan.

El Reglamento sobre Concesiones Marítimas² prescribe que el Ministerio de Defensa Nacional, es el organismo público competente para controlar, fiscalizar

² La concesión marítima es definida por el artículo 2 del DFL. N° 340, de 1960, como "aquella que se otorga sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, cualquiera sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes". Por otro lado, Arturo Navarrete Tarragó la define como: "el acto que, a través del Ministerio de Defensa Nacional, crea derechos a favor de un particular sobre determinados bienes nacionales, otorgándole el derecho de uso y goce por un tiempo definido, producto de un procedimiento que se encuentra reglado, para que el concesionario realice en ellos las actividades de acuerdo al objeto de la concesión, sin menoscabo del bien común". NAVARRETE TARRAGÓ, Arturo, "Régimen jurídico de las concesiones marítimas", en Revista Chilena de Derecho, 25, Santiago, 1998, 4, p. 953.

y supervigilar toda la costa, mar territorial de la República, y los ríos y lagos que son navegables por buques de más de 100 toneladas, agregando que constituye su facultad privativa, el conceder el uso particular, en cualquier forma, de los terrenos de playa, de las playas, rocas, porciones de agua y fondo de mar, dentro y fuera de las bahías.

Es así, y debido a la importancia que posee la labor desarrollada por dicho Ministerio, y particularmente a la naturaleza de órgano instructor del procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas, que dicho organismo público a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, en los últimos años se ha visto enfrentado a un importante cuestionamiento, el cual se traduce en un eventual conflicto provocado por la calidad jurídica de la respuesta u opinión que la Comisión Regional del Uso del Borde Costero emite al ser consultada por dicha repartición pública en el procedimiento administrativo señalado, lo cual constituye un claro ejemplo de la incertidumbre regulatoria indicada.

El principal fundamento que sirve de base para explicar el eventual conflicto, alude justamente a la inexistencia de una ley que regule el sustrato jurídico mínimo que da origen a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, así como también, sus atribuciones, facultades, normas de organización y su participación en el procedimiento en cuestión, toda vez que se trata de un órgano participativo de carácter esporádico, creado a través de la dictación de una resolución administrativa exenta firmada por el Intendente Regional respectivo y sin una base sólida que señale sobre qué proyectos de inversión o actividades económicas, sociales o culturales a materializar en el Borde Costero, debe recaer dicho pronunciamiento requerido. Asimismo, no existe en la actualidad una resolución administrativa o algún instructivo administrativo

interno en la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas que clarifique lo enunciado, sino por el contrario, dificulta su interpretación y aplicación³.

En vista y razón de lo anterior, aquellos interesados en obtener un Decreto Supremo de otorgamiento de concesión marítima, al ser perjudicados por la opinión o pronunciamiento negativo de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, esgrimen dentro de sus argumentos la vulneración del artículo 19 numeral 21 de la Constitución Política de la República, referido a la libertad de ejercicio de una actividad económica, derecho que visualizan limitado en su esencia. De igual forma, expresan la vulneración de aquellas normas generales expresadas por la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. El fundamento principal radica en que la Comisión aludida sólo presenta una regulación o régimen basado en meros actos administrativos, como lo constituyen los Oficios del Gabinete Presidencial del año 1997 y 2005, los cuales expresan sólo directrices mínimas de funcionamiento de las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, siendo dichos lineamientos, representativos del denominado "Reglamento Interno de Funcionamiento" de cada Comisión Regional, sufriendo éste adaptaciones y diversas modificaciones en la forma de actuación de cada comisión, develando una nula uniformidad en la manera de sesionar, variando el modo de actuación en cada caso y en especial, en aquellas materias relacionadas con los representantes citados, forma de votación, instancias de notificación o aviso al interesado, oportunidades para aclarar información o entregar antecedentes, entre otras.

Ahora bien, creemos que es vital para efectos de aportar o contribuir a una adecuada regulación, determinar de dónde surge el concepto de Comisión Regional del Uso del Borde Costero, cuáles son sus características y particularidades, qué normativa específica es la que la regula y en especial define sus límites.

³ Clara muestra de ello, corresponde a la Resolución Ministerial Exenta N° 2643, de fecha 30 de Marzo del año 2012, la cual pretende establecer criterios o parámetros para derivar las diferentes solicitudes de concesión marítima a consulta a la CRUBC.

Para ello, resulta necesario en primer lugar, analizar la Política Nacional del Uso del Borde Costero, sus objetivos y principios y definir cuál es el origen y las atribuciones de las Comisiones Regionales como órgano público consultado en el procedimiento administrativo de concesiones marítimas, determinar si ésta tiene o no facultades legales para actuar, ya sea como órgano asesor o como organismo decidor en lo que concierne al futuro de los distintos proyectos a desarrollar en el Borde Costero del Litoral de la República.

En seguida, resulta sustancial analizar las posiciones o posturas que es posible visualizar en la práctica en lo que refiere a la calidad jurídica de la respuesta que emite la Comisión Regional, como asimismo, examinar algunos dictámenes de la Contraloría General de la República y que miran al conflicto en estudio.

Luego, es determinante precisar y clarificar, qué debemos entender por Comisión Regional del Uso del Borde Costero a la luz de aquellos actos administrativos que regulan su actuación, para lo cual revisaremos la jerarquía y méritos de los mismos. Finalmente, podrá concluirse del análisis de la normativa vinculada, la ausencia de facultades de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero para actuar como órgano decidor en el procedimiento administrativo en comento, con las consecuentes implicancias que ello conllevará y representará para la garantía y protección de aquellos derechos consagrados en la Carta fundamental, en especial, en lo que respecta al libre ejercicio de una actividad económica en el Borde Costero y la alteración de la esencia de los mismos, así como también, la vulneración de aquellas normas generales representativas del procedimiento administrativo.

1.- CAPÍTULO PRIMERO.

1.1. LA POLÍTICA NACIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO.

Según la doctrina, las políticas públicas se pueden definir como "una acción de la autoridad investida de poder político y de legitimidad gubernamental"⁴. Estas acciones o medidas tienen por finalidad la concreción de una serie de objetivos generales y específicos, previamente elaborados y planteados por quienes ostentan la calidad de autoridad pública, que necesariamente deberán complementarse con una serie de instrumentos institucionales y legales que les brinden validez, eficacia y eficiencia.

El poder ejecutivo a través de ministerios y servicios públicos, promueve e implementa estas políticas, siendo la ciudadanía quien las evalúa en las elecciones periódicas, y los organismos internacionales cuando emanan de compromisos adquiridos por el país en el marco de los acuerdos y tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Fruto de las diversas proyecciones imperantes para concretar un sistema de ordenamiento territorial armónico y coherente, con fecha 14 de diciembre de 1994, el Gobierno mediante D.S. (M) N° 475, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, promulgó la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República, a consecuencia de la escasa regulación que se refiriera a esta parte esencial del territorio nacional.

El Estado, a través de esta Política, crea un instrumento para implementar nuevas ventanas de planificación, administración y gestión de sus espacios costeros y marítimos, mediante orientaciones generales y específicas. Asimismo, creó una instancia de toma de decisiones que integra a los múltiples

⁴ LAHERA PARADA Eugenia, "Introducción a las Políticas Públicas". Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile, 2008. pp. 23.

actores, públicos y privados, que intervienen en esta zona geográfica, posibilitando contar con un marco de acción en el que se desenvolverán los distintos organismos públicos competentes en el ámbito del borde costero nacional.

De igual forma, para PATILLO 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 futuras".⁵

De esta manera, se esgrimen los criterios generales y específicos para el aprovechamiento integral, equilibrado y armónico de dicha zona, con miras a conciliar las necesidades sociales, de desarrollo económico, uso racional de los recursos naturales y protección del medio ambiente, desde una perspectiva nacional.

La manifestación más clara de la materialización del objetivo para el cual se creó la Política Nacional del Uso del Borde Costero, lo constituye el proceso Zonificación del mismo. Este proceso actualmente no cuenta con ninguna normativa legal ni reglamentaria que trate efectivamente las etapas o pasos para efectuarla, por lo que se otorga amplia discreción a los organismos administrativos intervinientes. El instrumento más relevante que regula algunos aspectos procedimentales de la zonificación corresponde al llamado "Reglamento Interno de Funcionamiento de las CRUBC", disposición que, al igual que la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero, carece de rango suficiente para tratar la materia, pues consideramos que tanto los procedimientos en los cuales tienen injerencia estas comisiones, como aquellos procesos de zonificación que ellas proponen, resultan irrelevantes si no se

⁵ PATILLO BARRIENTOS, Juan: "Política Nacional del Uso del Borde Costero de la República. Oportunidades y riesgos". En Revista Marina. Vol. 114/837. Valparaíso, 1997, pp. 3-4. Disponible en: <http://www.revistamarina.cl/revistas/1997/2/patillo.pdf>. (Junio, 2013).

traducen en la implementación de instrumentos de planificación territorial, que necesariamente requieren su reconocimiento a través de normas de rango legal, para así ordenar y posibilitar la imposición de limitaciones al desarrollo de actividades en el borde costero.

1.2. Principios generales de la PNUBC.

El artículo 1° del D.S. (M) N° 475, nos expresa los principios rectores 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 sus resultados dependerá, entre otros factores, de la permanencia del esfuerzo que se realice en el tiempo. En este punto, es vital la capacitación con que cuenten los organismos públicos sectoriales y el pleno respeto al principio de coordinación que debe primar en la Administración, evitando así, la duplicidad de procedimientos administrativos y la demora innecesaria en los mismos.⁶

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.

⁶ En la actualidad, existen varios procedimientos administrativos interdependientes. Así, el procedimiento administrativo de calificación ambiental ante el SEA respecto a un emisor de descarga, debe estar estrechamente ligado al procedimiento administrativo de otorgamiento de una concesión marítima, cuyo objeto es la instalación de un emisor de descarga de residuos industriales líquidos (RILEs). Con todo, en muchas ocasiones y pese a que un proyecto cuenta con Resolución de Calificación Ambiental, es enviado de igual forma a consulta por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas a la respectiva Comisión Regional del Uso del Borde Costero, que, como se verá, sus integrantes en su mayoría, ya participaron de la ronda técnica en el procedimiento de calificación ambiental, creando duplicidad y demoras innecesarias.

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, entre otros factores determinantes para el correcto desarrollo de la país.

4.- Es sistémica. Los complejos desafíos de una ocupación armónica del borde costero del litoral, requieren que: 1°. Se coordinen 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 coordinen los programas y proyectos específicos que a nivel nacional, regional, local y sectorial se planteen o desarrollen.

1.3. Los Objetivos de la PNUBC.

En el mismo artículo 1° de la señalada norma, se describen los objetivos generales y específicos de la Política.

Como objetivo generales, esta Política de Estado, incluye, 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 pueden realizarse en el borde costero: posibilitar y orientar el desarrollo equilibrado de las diferentes actividades, desde una perspectiva nacional, acorde a 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, determinar los diferentes objetivos y propósitos específicos posibles para las diversas áreas del litoral; Identificar los planes y proyectos de los distintos organismos del Estado, que afecten al Borde Costero; 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, precaviendo posibles requerimientos futuros y tomando en cuenta la realidad actual del uso del mismo; Posibilitar la realización de inversiones, el desarrollo de proyectos públicos y privados, bajo reglas predeterminadas, que permitan su concreción; Proponer los usos preferentes del Borde Costero.⁷

1.4. Los órganos que intervienen en la PNUBC.

Como lo señalamos en la introducción de este informe, existen diversos órganos con competencias en la gestión y planificación del borde costero. Respecto de la implementación de la PNUBC, identificamos como intervinientes al Ministerio de Defensa Nacional (MDN) y a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (SSFFAA), a la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero (CNUBC) y a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero (CRUBC), siendo este el órgano principal en el presente informe jurídico, el cual será tratado en extenso en el capítulo segundo del mismo.

a) Ministerio de Defensa Nacional y Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Como se indicó, el órgano encargado de ejercer la administración del borde costero corresponde al MDN a través de la SSFFAA, con arreglo al artículo 1°

⁷ 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 (...).

del Reglamento de Concesiones Marítimas, y a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 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.⁸ Esta Subsecretaría 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 del Ministerio de Defensa Nacional⁹.

Ahora bien, considerando las normas expuestas, en relación con la zonificación, resulta claro que sea la SSFFAA la entidad que determine de antemano los sectores en que podrá otorgarse tal o cual concesión siguiendo un criterio rector, principalmente debido a la constante interacción que lleva a cabo con la Armada de Chile y las diversas Capitanías de Puerto distribuidas a lo largo de nuestro país.¹⁰ Dichas reparticiones son representativas de las labores de fiscalización, control y supervigilancia en terreno de aquellos permisos, concesiones o autorizaciones otorgadas por el MDN.

Asimismo, también corresponderá al MDN, acorde a las decisiones tomadas por la SSFFAA acerca de la zonificación correspondiente a un territorio determinado, ser 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 ha proporcionado la información para

⁸ Art. 2° "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 y 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 playas de unos y otros y de los terrenos fiscales riberanos hasta una distancia de 80 metros medidos desde donde comienza la ribera."

⁹ La ley N° 20.424, expresa en su artículo 4°.- La organización del Ministerio de Defensa Nacional será la siguiente: 1) El Ministro de Defensa Nacional. 2) La Subsecretaría de Defensa. 3) La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. 4) El Estado Mayor Conjunto.

¹⁰ 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 jurídicas. PUCV. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Valparaíso, 2011, p. 34.

establecer, como anexo del D.S. N° 475/1994 que crea la PNUBC, una zonificación preliminar, a nivel nacional, que servirá como base al proceso zonificador que se desarrolla desde el nivel regional¹¹.

Conforme al procedimiento de zonificación, existen a la fecha once zonas costeras del país que han sido objeto de zonificación, siendo declaradas de uso preferente (portuario o turístico); reservadas para determinados usos o, en su caso, calificadas como zonas protegidas.¹²

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

La institución encargada de la planificación y gestión del borde costero es la CNUBC, creada por el D.S. N° 475/1995, 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 lo son, por ejemplo: Ministerio de Planificación, de Obras Públicas, de Vivienda y Urbanismo y el Servicio Nacional de Turismo, entre otros.¹³

Sobre la composición de esta Comisión Nacional, desde nuestro punto de vista, es al menos criticable la falta de participación de otros organismos, como lo

¹¹ *Ibíd.* Además, el autor agrega que la labor que desarrolla la SSFFAA, 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.

¹² CORDERO QUINZACARA, Eduardo: "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras". En RDUCV, XXXVI, Valparaíso, 2011, p.p. 233-234.

¹³ Artículo 3° D.S. N° 475. La Comisión estará integrada por las siguientes personas: 1. 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. 4. Un representante de la Subsecretaría de Pesca. 5. Un representante del Ministerio de Planificación. 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. 12. Un representante del Ministerio del Medio Ambiente.

son, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Energía y Minería, los cuales quedarían aparentemente excluidos de una gestión integral de la zona costera, pese a tener roles muy importantes en todas aquellas áreas en las que actividades de su rubro interfieren o coinciden con el ambiente costero.¹⁴

El artículo 2º, letra a) del D.S. 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.

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 al 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 (letra e); y formular recomendaciones, dentro del ámbito de su competencia, a los órganos de la Administración del Estado (letra f).¹⁵

Con todo, podemos apreciar que la generalidad de las atribuciones se refieren a la formulación de proposiciones y sugerencias. Así, el carácter asesor de la CNUBC se complementa con tareas de coordinación entre los otros

¹⁴ A la fecha existe un número considerable de proyectos mineros que cuentan con Decreto Supremo de Concesión Marítima Mayor para efectos de extraer agua de mar a través de plantas desalinizadoras. Ejemplo de ello, es el Decreto Supremo N° 439, de fecha 10 de Septiembre de 2013, que otorga concesión marítima mayor a Sociedad Contractual Minera Bullmine, sobre un sector de terreno de playa, playa, fondo de mar y porción de agua, en la Comuna de Huara, Región de Tarapacá. Por otro lado, actualmente y en trámite existen múltiples proyectos de energía en el Borde Costero.

¹⁵ Artículo 2º, D.S. 475/1994.

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 presentan. Esta virtud es posible visualizarla a nivel de CNUBC, pero se va diluyendo en lo que concierne al actuar de las diversas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero.

Por otro lado, este rol de agente coordinador de la CNUBC se ve reforzado con una Secretaría Técnica, la que estará radicada en la SSFFAA (artículo 4° D.S. 475) y podrá invitar a funcionarios de otros ministerios y servicios así como a representantes del sector privado, si lo estimare como conveniente para su buen desempeño, 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 (artículo 7° D.S. 475).¹⁶

Por otra parte, y en referencia a la naturaleza jurídica de este órgano asesor - creado por un decreto supremo y no por una ley -, creemos que 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 presidente¹⁷.

¹⁶ Con esta última atribución, en nuestra opinión, se subsanaría la exclusión del Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Energía y Minería como miembros permanentes de la CNUBC. Sin perjuicio de ello, mantenemos la necesidad de incluirlos en esta categoría, debido a la importancia de los proyectos que se tramitan e implementan bajo su cartera, muchas veces con plena incidencia en el Borde Costero.

¹⁷ SEPÚLVEDA S., ob. cit. (n 5) pp. 35 - s.s.

2.- CAPÍTULO SEGUNDO.

2.1. La Comisión Regional del Uso del Borde Costero (CRUBC).

Sobre la base de la Política Nacional del Uso del Borde Costero, a través de Oficio (GAB. PRES) N° 001, de fecha 31 de enero de 1997, se impartieron instrucciones presidenciales encomendando a los intendentes regionales la elaboración de Estudios de Zonificación¹⁸ de los sectores costeros de cada una de las regiones del país, así como también, la creación de las denominadas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, cuya principal función corresponde a elaborar y proponer acciones tendientes a impulsar dicha Política en cada región.

Este Oficio Presidencial N° 001 de 1997, fue el primer intento por fortalecer y regular de forma armoniosa aquellos principios y objetivos que señala la PNUBC, permitiendo avanzar en el proceso de Zonificación Costera¹⁹, instrumento esencial, que facilita la orientación del desarrollo equilibrado de las diferentes actividades que se localicen en los sectores costeros, bajo una perspectiva de integración de los intereses regionales, locales y sectoriales.

Sin perjuicio de lo anterior, y en vista de que la PNUBC requiere continuidad tanto en su formulación como en su ejecución, a través de Oficio Presidencial N° 001 de fecha 28 de febrero de 2005, se dicta el denominado "Instructivo

¹⁸ Podemos señalar que La Zonificación es el 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.

¹⁹ Cabe señalar que de las 14 regiones de Chile que son costeras, sólo las regiones de Coquimbo y Aysén y del General Carlos Ibáñez del Campo, han finalizado su proceso de zonificación, aprobados respectivamente, mediante el D.S. N° 518, publicado el día 6 de abril de 2006 y D.S. N° 153, publicado el 16 de mayo de 2005, ambos del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina.

Presidencial para la aplicación de un nuevo Reglamento de Funcionamiento Interno de las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero".

A través de este acto administrativo, se destaca que el funcionamiento de las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, desde el año 1997, "ha permitido evaluar su desempeño e identificar los aspectos susceptibles de ser perfeccionados, de manera de imprimirles un impulso y mejorar su gestión". Es así, como en virtud de dicha evaluación, se determinó la necesidad de reformular el Reglamento de Funcionamiento Interno de las CRUBC, establecido como directriz en el Instructivo Presidencial N° 001 de 1997, incorporando innovaciones y correcciones pertinentes, instruyendo a los Intendentes Regionales para que procedan a sustituir los Reglamentos de Funcionamiento Interno de las respectivas CRUBC.

2.2. Facultades y atribuciones de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero.

El nuevo Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero de la República, establecido por Oficio Presidencial N° 001 de 2005²⁰, expresa que la principal función corresponde a entregar a la CNUBC, la propuesta de acciones tendientes a materializar en la respectiva región, la PNUBC diseñada por el Gobierno, agregando que la CRUBC y su respectiva Oficina Técnica de Apoyo, dependerán funcional y administrativamente del Gobierno Regional.

Además, señala que la CRUBC deberá elaborar y formalizar una Política Regional del Uso del Borde Costero, elaborar y presentar a la CNUBC una

²⁰ El cual consta de 17 artículos, distribuidos en tres Títulos: Título I: De la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, Título II: De la Oficina Técnica Regional del Uso del Borde Costero y Título III: Zonificación.

propuesta de zonificación del Borde Costero Regional²¹ y eventuales modificaciones a la zonificación vigente o en proceso de aprobación. A este respecto, 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.²²

En el ámbito referido a Ordenamiento Territorial, la CRUBC deberá formular proposiciones, sugerencias y opiniones a las autoridades regionales encargadas de estudiar y aprobar los diversos Planes Comunales e Intercomunales de la Región, con la finalidad de lograr una mayor armonía en lo que respecta al uso del Borde Costero y al proceso de Planificación Territorial. Asimismo, le corresponde recibir y resolver las solicitudes que presenten los ciudadanos para el cambio de uso preferente o alternativo del Borde Costero Regional, todo ello, vinculado al procedimiento de propuesta de Zonificación Costera.

Con respecto a la materia central en análisis, esto es, su rol en el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas, le corresponde emitir opinión sobre las solicitudes formales de éstas, sean de carácter temporal o permanente²³, que la autoridad competente, es decir, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, someta a su consideración.

²¹ Debemos señalar, que para realizar la Zonificación del Borde Costero, no existe normativa legal ni reglamentaria que trate específicamente los procesos para efectuarla, por lo que se otorga amplia discreción a los órganos administrativos intervinientes. Sin perjuicio de ello, con fecha 31 de Julio de 2012 fue ingresado a trámite el proyecto de ley "Administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas", teniendo entre sus fundamentos, este aspecto criticado en el presente trabajo. Boletín N° 8467-12.

²² El primero de ellos fue promulgado por el D.S. 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 D.S. 1.753, del mismo Ministerio, de 20 de octubre de 1999, D.O. de 14 de enero de 2000.

²³ En este punto, la letra j) del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, alude a concesiones marítimas permanentes, debiendo hacer solo referencia a aquellas que tienen carácter temporal. En la actualidad, por Política Ministerial, las

En materia orgánica, La CRUBC es presidida por el Intendente Regional y es asesorada técnicamente por una Oficina especializada a cargo de un Secretario Técnico que será de confianza del Intendente, el cual actuará como ministro de fe de la Comisión Regional. Esta Oficina Técnica Regional, deberá actuar coordinadamente con la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional. Asimismo y como se expresó, la CRUBC depende funcional y operativamente del Gobierno Regional a través del Intendente.

Desde el punto de vista de su actuación, la Comisión celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias. Las sesiones ordinarias se realizarán trimestralmente y, las extraordinarias, cada vez que así lo determine el Intendente o sea solicitado a este último por seis integrantes de la Comisión²⁴. Respecto a su composición, creemos recomendable y apropiado que la Comisión se componga no solo por autoridades públicas regionales, sino también por miembros elegidos a través del Sistema de Alta Dirección Pública, con la finalidad de que no sólo se trate de un organismo político. Consideramos que de esta forma se puede, efectivamente, gestionar el borde costero a través de criterios técnicos, económicos, sustentables y con beneficio social.

Por otro lado y no menos importante, destacar que el proceso de Zonificación de Borde Costero, en aquellas regiones que no cuenten con dicho instrumento, se deberá realizar mediante Evaluación Ambiental Estratégica, para que de

concesiones marítimas se otorgan por un periodo de duración máximo de 30 años, aún cuando el Reglamento sobre la materia autoriza para otorgar por máximo 50.

²⁴ 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.

esta forma se analice con un criterio de mayor armonía ambiental dicho proceso sobre el Borde Costero. Con todo, las autoridades políticas que componen la CRUBC seguirán involucradas directamente en ese aspecto.

Requerirá para su funcionamiento el 75% de sus miembros, tomando sus acuerdos con el voto favorable de dos tercios de los presentes. Esta comisión podrá invitar a reuniones a funcionarios públicos y a personas naturales o jurídicas, cuando se estime conveniente conocer su opinión o la entrega de información específica, de igual forma, podrá encargar la realización de estudios específicos a través del Gobierno Regional para el mejor cumplimiento de sus funciones.

2.3. La CRUBC y el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas.

El procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas puede ser caracterizado como un procedimiento dinámico, técnico y multisectorial, pero a la vez calificado como incierto y muy extenso en su duración²⁵. En él, participa como organismo instructor el Ministerio de Defensa

²⁵ En promedio, una solicitud de concesión marítima desde su ingreso en la respectiva Capitanía de Puerto, su derivación a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en Santiago, hasta el otorgamiento del respectivo Decreto Supremo y toma de razón del mismo, dura 2 a 3 años. En este punto, es dable destacar que el Reglamento sobre Concesiones Marítimas en su artículo 30°, inciso quinto, prescribe: "El Ministerio resolverá en un plazo de 180 días, contados desde la fecha en que reciba la totalidad de los antecedentes requeridos o el expediente según corresponda, sobre el otorgamiento o denegación de la concesión solicitada". Desde nuestro punto de vista, creemos que dicha norma hace referencia al momento en que se recibe el expediente administrativo remitido desde las Capitanías de Puerto, aún así, y reafirmando nuestra posición, al realizar una interpretación extensiva de dicha norma, el Reglamento es claro al señalar en su artículo 25°, inciso noveno, que: "Se considerará como fecha de inicio de la tramitación de una concesión, la fecha del comprobante de inicio de trámite emitido por el Capitán de Puerto...". En la actualidad y debido a la errónea interpretación de esta norma, una solicitud de concesión a la cual se le requieren antecedentes complementarios básicos, como por ejemplo, un certificado de vigencia de representación o sociedad del solicitante, o corregir una hoja del formulario de solicitud SIABC, provoca que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas demore excesivamente en otorgar una concesión marítima, aludiendo a la señalada

Nacional, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y en particular, el Departamento de Asuntos Marítimos de dicha repartición pública.

Asimismo, se constituyen como organismos públicos sectoriales que participan de este procedimiento, el Servicio de Impuestos Internos, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura a través del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el Ministerio de Obras Públicas, las respectivas Municipalidades a través de sus Direcciones de Obras Municipales, y el Servicio Agrícola y Ganadero. Todos servicios públicos encargados de manifestar su opinión, a través de certificados requeridos por el interesado. Cada uno de estos servicios públicos cuenta con plazos internos para la emisión de los certificados solicitados.

Por otra parte, la Armada de Chile²⁶, mediante la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, la Dirección de Intereses Marítimos y Medio Ambiente Acuático, las Gobernaciones Marítimas y sus Capitanías de Puerto, cumple un rol esencial en lo que respecta a la fiscalización y control de los sectores otorgados en concesión marítima, debiendo verificar en terreno el cumplimiento de aquellas obligaciones establecidas por la autoridad competente en el respectivo acto administrativo de otorgamiento. Participan activamente del procedimiento administrativo mediante la elaboración de un documento denominado Conglomerado Informe Técnico, diseñado con posterioridad al ingreso de la solicitud de concesión en la Capitanía de Puerto, en el cual realizan un examen de sobreposición del o los sectores requeridos en concesión marítima y demás temas vinculados a la solicitud, por ejemplo:

norma para legitimar su actuación. A este respecto, computa los plazos desde que el interesado presenta los nuevos antecedentes complementarios requeridos, llegando a demorar 180 días más en finalizar el procedimiento administrativo, lo que se traduce en una interpretación en extremo extensiva y sobretodo, arbitraria.

²⁶ El artículo 26° del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, prescribe que: "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 Dirección, según proceda".

manifiestan su opinión respecto a exigencia de estudios de dimensionamiento de boyas en aquellos proyectos que contengan este elemento flotante, ven la necesidad del ingreso de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, advierten a la autoridad de eventuales oposiciones a la solicitud, entre otros. Este documento se desarrolla conjuntamente por la Capitanía de Puerto y la Gobernación Marítima competente y la colaboración del Departamento de Borde Costero de la Dirección de Intereses Marítimos y Medio Ambiente Acuático. De esta forma, una solicitud de concesión marítima, previa derivación a Santiago, es revisada por la Capitanía de Puerto ubicada en el sector requerido, así como también a nivel central de la Armada en Valparaíso²⁷.

2.4. CRUBC y procedimiento de consulta.

El mecanismo de consulta más utilizado por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en el procedimiento administrativo en estudio, corresponde al requerimiento de opinión que realiza este organismo público a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero competente. El artículo 30°, inciso cuarto, del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, corresponde a la norma que habilita al órgano instructor para llevar a cabo el procedimiento de consulta a la citada Comisión.

Dicha norma, prescribe que: "Cuando se trate de solicitudes de concesiones marítimas cuyo objeto, naturaleza, ubicación, proyecto, montos de inversión comprometidos y/o plazo, lo ameriten, la Subsecretaría de Marina, en el estudio de los antecedentes, podrá solicitar informes o la participación de representantes de los organismos públicos que estime pertinentes. En estos casos, cuando el órgano del Estado no se pronuncie sobre lo que le fuere

²⁷ Toda la tramitación y las revisiones entre la Armada de Chile y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas se desarrollan a través del Sistema Integrado de Administración del Borde Costero (SIABC), presente en el sitio web: www.concesionesmaritimas.cl.

consultado dentro del plazo de 30 días, el Ministerio podrá resolver sobre la concesión sin considerar dicho antecedente".

A este respecto, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, cuando lo considera como pertinente, requiere un pronunciamiento a la CRUBC en referencia al mejor aprovechamiento del sector o sectores requeridos en concesión marítima y si a su juicio, es o no recomendable autorizar su debido otorgamiento.²⁸

Con todo, resulta más que válido preguntarse, del cúmulo de solicitudes de concesión marítima actualmente en tramitación, ¿Qué criterios utiliza la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas para derivar el requerimiento a consulta a la CRUBC?, ¿Que trámites o proyectos, son los que imperativamente deben ir a procedimiento de consulta ante dicha Comisión? y por último, ¿Cuál es la calidad jurídica de la respuesta u opinión que emite la CRUBC al requerimiento de pronunciamiento realizado por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas?. Todas son interrogantes que este informe jurídico pretende responder.

Hasta el año 2012, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas no contaba con ningún lineamiento o directriz que fijara criterios para la debida utilización del procedimiento de consulta ante la CRUBC, aplicando muchas veces determinaciones diferentes para proyectos iguales o similares, solicitando en ocasiones, la opinión de la Comisión en más de una oportunidad en el procedimiento administrativo de otorgamiento y peor aún, reproduciendo la opinión CRUBC en su totalidad al momento de motivar o justificar un

²⁸ En la práctica, la Subsecretaría remite copia de la solicitud o formulario SIABC de concesión marítima, copia del Plano en formato físico y digital y del anteproyecto acompañado al expediente administrativo por el interesado. Asimismo, indica que dicho pronunciamiento debe emitirse en el plazo de 30 días hábiles en conformidad al Reglamento sobre Concesiones Marítimas. A este respecto, creemos que los antecedentes remitidos son escasos y dificultan el pleno conocimiento por parte de la CRUBC de la totalidad del proyecto, sumado a que muchas veces se requiere conocimiento técnico y especializado para estar en condiciones de emitir una opinión con fundamentos. Actualmente, consideramos que esto representa uno de los mayores obstáculos en este procedimiento de consulta.

determinado acto administrativo, sin esgrimir ninguna razón o fundamento como organismo instructor, transformándose dicha práctica en una decisión anticipada respecto a la solicitud de concesión marítima, bastando un pronunciamiento positivo o negativo de la CRUBC para decidir sobre el futuro de proyectos de inversión relacionados a tópicos: pesqueros, mineros, energía, telecomunicaciones, acuicultura, culturales, turísticos, entre otros.

Sin lugar a duda la fuerza que ha adquirido la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, ha motivado presentaciones vía recursos administrativos en conformidad a la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos y aún, requerimientos de pronunciamientos a la Contraloría General de la República.

2.5. CRUBC y la Resolución Ministerial Exenta N° 2643.

Con fecha 30 de marzo de 2012, se dicta la Resolución Ministerial Exenta N° 2643, acto administrativo, que tiene por objeto fijar aquellos trámites de concesiones marítimas que deben ser sometidos a conocimiento de las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero.

Dicha Resolución, fundamenta su dictación, en virtud de la necesidad de establecer criterios uniformes para la solicitud de aquellos informes indicados en el artículo 30° del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, es decir, el requerimiento de opinión que realiza la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas a los servicios públicos que ella estime como necesarios para un mejor resolver, agregando, que así se podrán ordenar los procesos internos de las CRUBC y evitar consecuentemente discrepancias sobre su procedencia.

Adicionalmente, y en un punto sustancial a nuestro parecer, hace referencia al requerimiento formal²⁹ realizado por el Intendente de la IV Región de Coquimbo, el cual solicita al Ministerio de Defensa Nacional determinar directrices en materia de trámites que van a ser derivados en consulta a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero.

La Resolución en análisis divide los trámites en dos numerando, el primero hace referencia a aquellos trámites que deberán contar con el pronunciamiento de la CRUBC, y el segundo, contempla a aquellos trámites que se exigen de dicho pronunciamiento.

Dentro de aquellos trámites que imperativamente deben ser enviados a consulta a la Comisión, se encuentran las solicitudes de otorgamiento que impliquen desarrollo de nuevas actividades u obras de impacto social, político y económico. Bajo este prisma y en atención a la principal función que tiene la CNUBC y las respectivas CRUBC, creemos pertinente la derivación del trámite a consulta, sin perjuicio, de que consideramos muy amplio el criterio establecido, lo cual puede redundar en complejizar la derivación a consulta, siendo escasa la directriz en este punto. En seguida, indica que las solicitudes de dos o más interesados que presentan sobreposición sobre un mismo sector, también deben enviarse a consulta. En este punto, sin duda estamos en desacuerdo. Creemos innecesario dotar de poder de decisión a las CRUBC, a sabiendas, que es el Ministerio de Defensa Nacional quien tiene la facultad privativa para otorgar las concesiones marítimas. Delegar esta facultad propia del Ministerio, a título de consulta en la CRUBC, nos parece inadecuado, por cuanto es el propio Reglamento quien establece los factores que debe tomar en consideración el órgano instructor para la dictación del respectivo acto administrativo terminal del procedimiento. En este sentido, el artículo 10° del Reglamento, indica, que: "En caso de que varios interesados soliciten concesión en todo en parte, sobre un mismo sector, prevalecerá aquella

²⁹ Requerimiento formal realizado a través de ORD. N° 3054, de fecha 16 de agosto del año 2011.

solicitud cuyo objeto represente mejor el uso previsto en el área, de acuerdo a la Zonificación respectiva, conforme con lo establecido en la Política Nacional del Uso del Borde Costero del Litoral de la República. Agrega, que "...Si dos o más solicitudes tuvieran 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. Adiciona que, "...en caso de que las solicitudes signifiquen iguales o equivalentes beneficios, la preferencia se determinará por la fecha de presentación de aquellas, concluyendo que "A igualdad de todos los factores anteriores, resolverá el Ministerio o el Director, en su caso".³⁰

La Resolución agrega que deben someterse al procedimiento de consulta, las solicitudes de modificación, en cuanto impliquen cambio sustancial de su objeto, asimismo, las solicitudes de modificación, en cuanto aumenten la superficie, las solicitudes de modificación, en cuanto aumenten las obras y las solicitudes de renovación que incluyan alguna de las modificaciones referidas. En este sentido y conforme al Reglamento y al inciso final del artículo 28°, podemos expresar que toda renovación que incluya las citadas modificaciones,

³⁰ La norma alude al Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, debido a que tiene facultades excepcionales para otorgar Permisos de Escasa Importancia (PEI) y Permisos de Ocupación Anticipada (POA), sobre sectores ubicados en el Borde Costero del Litoral de la República. Los Permisos de Escasa Importancia, son aquellos a los cuales hace referencia el artículo 4° del Reglamento sobre Concesiones Marítimas y que se relacionan con la facultad que tiene el Director para autorizar la extracción de materiales varios que se encuentran en zonas bajo su fiscalización y control, como asimismo, autorizar lugares para la instalación temporal de carpas u otras construcciones desarmables, de avisos de propaganda, de boyas y embarcaderos para embarcaciones menores, balsas para bañistas y boyarines destinados a delimitar áreas de recreación, entre otras. Respecto a los Permisos de Ocupación Anticipada el artículo 5°, expresa que el Director, excepcionalmente, podrá otorgar permiso transitorio, mediante resolución fundada, autorizando la ocupación anticipada de sectores solicitados en concesión marítima, para efectuar estudios relacionados con el destino que se pretende darle, en tanto se tramite el respectivo Decreto. Este permiso, resulta esencial para la realización de pruebas técnicas o estudios especializados previos a la implementación de un determinado proyecto. Sin perjuicio de lo anterior, es dable indicar que no se otorgará respecto aquellos proyectos que no se encuentren calificados ambientalmente por el SEIA, toda vez que se evita la eventual producción de daño ambiental al Borde Costero, a contrario *sensu*, no existe problema para aquellos proyectos que se encuentran exentos de ingresar a la evaluación ambiental respectiva.

se tramitará, de acuerdo con lo establecido en los artículos relativos al otorgamiento de concesión marítima, por lo que interpretando la Resolución, todo trámite que signifique un otorgamiento, modificación o renovación con modificación que represente un aumento de superficie, por más mínimo que sea o una alteración de objeto, por menos invasivo que sea, deberá ir a consulta a la CRUBC, pues no efectúa ninguna distinción respecto a los proyectos a implementar, sino que visualiza su diferenciación en conformidad a la clase o tipo de trámite, no concentrando su análisis en el objeto de la concesión marítima, cuestión que nos parece errónea.

Por otro lado, prescribe que deberán someterse al análisis de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, aquellas solicitudes cuyo objeto no se ajuste a los usos preferentes establecidos en la macro-zonificación o micro-zonificación aprobadas por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional. Desde nuestro punto de vista, nos parece una vulneración al principio de coordinación de los organismos públicos, remitir a consulta un trámite que no se ajusta a los usos determinados y aprobados por un Decreto Supremo dictado por el propio organismo instructor. Creemos que nuevamente, estamos frente a un esfuerzo por dotar a la CRUBC de facultades decisorias, en este caso, una consulta absolutamente innecesaria y que redundaría en una dilación innecesaria del procedimiento administrativo.³¹

Por último, concluye señalando que el Ministerio de Defensa Nacional, podrá someter al pronunciamiento de las CRUBC, cualquier solicitud que estime como conveniente en consideración a la complejidad, magnitud o impacto, incluso aquellas que regularmente no somete a dicho pronunciamiento.

Sin duda, creemos que la parte final del acto administrativo en análisis, abre un campo de discrecionalidad administrativa extenso y termina con la finalidad de

³¹ El plazo que concede la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas corresponde a 30 días hábiles. La CRUBC debe citar a sus integrantes y programar una sesión extraordinaria. En la mayoría de las ocasiones y debido a lo complejo que es reunir a todas las autoridades públicas regionales que componen la Comisión, la CRUBC requiere prórroga de plazo a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

la dictación de la Resolución Ministerial Exenta N° 2643, toda vez que se dificulta su interpretación y hace extensivo el procedimiento de consulta a cualquier solicitud de concesión marítima que se tramite ante la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, no cumpliendo finalmente con el objetivo para el cual se determinó su dictación en lo que concierne a los trámites que imperativamente deben ser consultados a la CRUBC.

Por otra parte, en aquello atinente a los trámites eximidos del pronunciamiento, la Resolución indica que no requieren de este procedimiento de consulta, aquellas solicitudes que recaigan sobre uso de mejoras fiscales³², en cuanto impliquen mantener el destino de las mismas, así como también, aquellas referidas a regularizaciones de ocupaciones ilegales del Borde Costero. En este punto, consideramos un acierto la prescindencia de la consulta en estos temas vinculados a inexistencia de concesión marítima. En estas situaciones, lo que se busca la Administración es la regularización de sectores ubicados en el Borde Costero, fijando la debida renta y/o tarifa a través de un acto administrativo de otorgamiento de concesión marítima, con la finalidad de proceder a los cobros de manera retroactiva³³. En este sentido, resultan como esenciales los informes de fiscalización y control elaborados por la Capitanía de Puerto competente, en cuanto a la fecha de inicio de la ocupación ilegal, dato sustancial para efectos de calcular el pago a establecer en el Decreto Supremo de otorgamiento.

Agrega que también quedarán eximidas del trámite de consulta, las solicitudes de Organizaciones de Pescadores Artesanales, correspondientes a la Nómina

³² El artículo 60°, inciso segundo, del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, indica que: "Las obras o construcciones realizadas durante el periodo de ocupación ilegal, que permanezcan al momento de otorgar la respectiva concesión marítima, son mejoras fiscales".

³³ El Artículo 60°, expresa en relación a este punto, que: "Si a la persona que hubiere incurrido en una ocupación ilegal se le otorgare concesión marítima, como retribución por el uso del bien deberá enterar en arcas fiscales, conjuntamente con el primer pago de la renta y/o tarifa de la concesión, la renta y/o tarifa que corresponda al lapso de la ocupación ilegal, la que será fijada en el mismo decreto que le otorgue la concesión marítima, de acuerdo con los montos y normas vigentes a la fecha de expedición de dicho decreto".

Oficial de Caletas³⁴, que recaigan sobre infraestructura portuaria fiscal de apoyo a la pesca artesanal o realización de actividades propias de la actividad. En esta dirección, correspondió al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura remitir el listado de caletas de pescadores del territorio nacional y a la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero del Litoral, en Sesión N° 3/98, de fecha 3 de agosto del año 1998, aprobar el documento final que contiene la nómina de caletas de pescadores, en carácter de permanentes, según consta en la respectiva Acta de reunión. Estamos de acuerdo en eximir del procedimiento de consulta esta clase de trámite, por cuanto tiene por finalidad la regularización y evitar así la proliferación inorgánica de las caletas a nivel nacional, significando un instrumento ordenador, que tiene por objeto justamente enumerar aquellos asentamientos de pescadores existentes en el Borde Costero del Litoral, para así definir los sectores utilizados por estas agrupaciones, respecto de los cuales la Administración, podría eventualmente, destinar recursos públicos para su implementación y mejoramiento.

Acto seguido, la Resolución señala que las solicitudes cuyo objeto consista en la instalación, sobre porciones de agua aledañas a sectores rurales, de boyas, pontones, viveros, atracaderos flotantes y obras de menor magnitud, quedarán eximidas de la solicitud de pronunciamiento. En este punto, desde nuestra perspectiva, estamos de acuerdo en lo que respecta a todas las obras expresadas, y consideramos un acierto la inclusión de aquellas obras que representen viveros, es decir, lugares o instalaciones destinadas a la mantención temporal de recursos hidrobiológicos que han alcanzado el tamaño mínimo reglamentario, para su posterior comercialización. En este sentido, es dable señalar que el D.S. N° 03 de fecha 17 de enero de 2013, modifica el D.S. N° 49 de 2006, que estableció el Reglamento de viveros y centros de matanza,

³⁴ La nomina oficial de Caletas se fija a través de D.S. 240, de fecha 24 de octubre de 1998, el cual determina la costa que utilizarán en forma permanente los pescadores artesanales en las tareas propias de su actividad, con la finalidad de evitar la proliferación inorgánica de ellos y hacer más eficiente el empleo de los recursos fiscales destinados a apoyarlos. Dicho D.S., ha sido modificado a través de D.S. N° 337/2004 y D.S. N° 237/2009, incorporando a la nómina, caletas ubicadas principalmente en la X Región de Los Lagos y en la XIV de Los Ríos.

reemplazando su denominación por Reglamento de centro de acopio y centro de faenamiento.

En esta línea, estimamos que si un centro de acopio (nueva denominación para los viveros), cuenta con la aprobación otorgada por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura para su instalación, representa un antecedente esencial para no derivar la solicitud de concesión marítima a la CRUBC, pues dicho procedimiento de análisis, incluye un examen de sobreposición de la solicitud realizado por dicha Subsecretaría, previa derivación del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura.³⁵ Si el interesado obtiene la aprobación de la instalación del centro de acopio, la Resolución aprobatoria se envía para conocimiento del Ministerio de Defensa Nacional, la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante y al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura. Dicha resolución establece la obligación de requerir al Ministerio de Defensa Nacional la concesión marítima, dentro de un plazo de un mes, contados desde la notificación de la Resolución que aprobó la solicitud respectiva. En el evento que el interesado no solicite la respectiva concesión marítima en el plazo antes señalado, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura dejará sin efecto la resolución que autoriza la instalación del centro de acopio o faenamiento. De esta forma, estamos frente a un claro ejemplo de coordinación entre los organismos públicos, pues el examen de sobreposición y análisis, se realiza de forma previa a la solicitud de concesión marítima, estudiando todos los antecedentes técnicos y sanitarios del proyecto de centro de acopio.

La Resolución agrega que las solicitudes cuyo objeto es la instalación o construcción de cañerías, exceptuando emisarios submarinos, también quedarán eximidas del procedimiento en cuestión. Las cañerías de desagüe o emisarios de descarga se envían a consulta considerando que esta clase de

³⁵ El Examen de sobreposición que realiza la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura a la solicitud de instalación de centros de acopio, consiste en un análisis cartográfico respecto a si dicho requerimiento se sobrepone con concesiones de acuicultura otorgadas o en trámite, concesiones marítimas otorgadas o en trámite u otras destinaciones y áreas de manejo para extracción de recursos bentónicos. De existir sobreposición, se dictará el respectivo acto administrativo terminal denegatorio fundado al efecto.

tuberías tienen por objeto realizar una descarga de aguas residuales, en un lugar de un cuerpo de agua donde la hidrodinámica favorece la dilución y dispersión del efluente, tratando en forma natural las descargas biodegradables³⁶. En este sentido, creemos importante considerar un criterio de distinción respecto a la remisión a consulta de una solicitud de concesión marítima cuyo objeto representa la instalación de un emisario submarino. Los emisarios submarinos imperativamente deben ser sometidos al procedimiento de calificación ambiental respectivo ante el Servicio de Evaluación Ambiental. De esta forma, consideramos innecesario el envío a consulta de una solicitud de concesión marítima que ya cuenta con Zona Protección Litoral (ZPL) determinada y Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto. La primera es determinante para materializar la descarga fuera de la delimitación aprobada en la respectiva Resolución referida a los estudios de ZPL que se sometieron a conocimiento y análisis de la Dirección de Intereses Marítimos y Medio Ambiente Acuático (DIRINMAR), y la segunda, trascendental debido al análisis que se efectuó en el la respectiva Calificación Ambiental. Así, estimamos como innecesario duplicar el examen sobre un proyecto que ya fue debidamente analizado y aprobado desde su punto de vista ambiental, probablemente, por las mismas autoridades públicas regionales que manifiestan su opinión en la consulta CRUBC. Con todo, es deber de la Administración llevar a cabo una actuación coordinada, por lo que deben ser la Capitanía de Puerto y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas los encargados de solicitar estos antecedentes al interesado al momento de tomar conocimiento de una solicitud de concesión marítima cuyo objeto represente la

³⁶ La instalación de Emisarios Submarinos debe cumplir con la Norma de Emisión (D.S. (SEGPRES) N° 90/2000), debe hacerse en el lugar y forma que determine la DIRECTEMAR, conforme a lo indicado en los artículos 139° y 140° del Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática (D.S.(M) N°1/92). Asimismo, deberá considerar la Circular de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante Ordinaria N° A- 53/004, que establece el procedimiento para fijar el ancho de la Zona Protección Litoral (ZPL). La señalada Circular, indica que se entiende por ZPL, "Aquella franja de playa, agua y fondo de mar adyacente a la costa continental o insular, delimitada por una línea superficial imaginaria, medida desde la línea de baja marea de sicigia, que se orienta paralela a ésta y que se proyecta hasta el fondo del cuerpo de agua".

instalación de un emisario submarino. Con todo, debemos expresar que no se constituye como antecedente reglamentario que un proyecto cuente con la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, pero sin duda, representa un antecedente prácticamente decisorio al momento de decidir sobre el otorgamiento o denegación de un requerimiento de concesión.

Por otra parte, la Resolución agrega que se encuentran eximidos de la consulta a la CRUBC, las solicitudes que versen sobre construcción de obras menores en sectores contiguos a terrenos particulares. En este punto, el Ministerio de Defensa Nacional agrega un criterio de preferencia a quien cuenta con un terreno privado bajo su propiedad, en la zona inmediatamente contigua o colindante al sector de playa requerido en concesión marítima. Este antecedente, en la práctica se solicita por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas a los todos los requerimientos de concesión marítima que recaen sobre sector de playa, con la finalidad de evitar algún perjuicio a quien detenta un título de propiedad sobre el terreno de playa contiguo a la solicitud.³⁷

Asimismo, creemos que se torna como necesario definir qué se entiende por "obras menores", pues este concepto es utilizado en más de una ocasión en la Resolución, sin dar luces sobre lo que representa efectivamente, dando espacio a la discrecionalidad administrativa. Un criterio de distinción podría ser la inversión que signifiquen las obras que sean declaradas en el respectivo anteproyecto de concesión marítima, debiendo siempre interpretarse de forma armónica con lo que hace referencia a objeto, impacto ambiental y clase de concesión marítima requerida, es decir, si es menor o mayor.

Además, la Resolución indica que las solicitudes de renovación simple, también quedarán eximidas del procedimiento de consulta. De la sola lectura, podemos concluir que renovación simple hace referencia a que no implica ningún tipo de modificación a la concesión marítima otorgada y que se pretende renovar. Con

³⁷ En la práctica, se constituye como una de las principales causas de oposición a las solicitudes de concesión marítima ubicadas en sector de playa de mar.

todo y en la misma línea, contempla eximir al otorgamiento de sucesiones de concesión marítima. Ambos trámites aluden a la continuidad legal y administrativa sobre la concesión otorgada, por lo que concordamos con su eximición de la consulta.

Las solicitudes de autorización³⁸ para arrendar, transferir o ceder una concesión marítima, tampoco se enviarán a consulta a la CRUBC. Estamos de acuerdo, pues creemos que el examen que realiza el Ministerio de Defensa Nacional para autorizar los actos jurídicos señalados, basta para dictar el respectivo acto administrativo. Así, una solicitud de arriendo o transferencia deberá contar con los antecedentes reglamentarios exigidos, cumpliendo un rol esencial el contrato acompañado al expediente administrativo, el cual tiene la particularidad de que incluye una condición suspensiva, representada por la autorización o aprobación del Ministerio de Defensa Nacional a través de la dictación del acto administrativo de otorgamiento de concesión marítima, pues sin esta autorización, el acto celebrado por los interesados, no tiene ningún efecto jurídico. Señalamos que basta el examen que realiza el Ministerio de Defensa, debido a que éste debe analizar y fiscalizar a través de la Armada de Chile, que se hayan ejecutado todas las obras consignadas en el Decreto de otorgamiento y que el objeto, consecuentemente, se esté cumpliendo. Excepcionalmente, el Ministerio en casos calificados podrá prescindir de tales exigencias. También, se debe verificar que los pagos por renta y/o tarifa de encuentren al día y que la solicitud de transferencia o arriendo se solicite, a lo menos, 12 meses antes del vencimiento de la concesión. Es decir, se analizan todos y cada uno de los tópicos atinentes a la concesión marítima otorgada, siendo absolutamente prescindible la opinión de la CRUBC para decidir sobre la autorización de transferencia, arriendo o cesión de una concesión marítima.

³⁸ Artículo 40° del Reglamento de Concesiones Marítimas, indica que: " Las concesiones podrán ser transferidas o cedidas a cualquier título, o arrendadas, en todo o en parte, previa autorización del Estado, otorgada por Decreto Supremo y de acuerdo con las condiciones que establece el presente Reglamento. Carecerá de todo efecto jurídico y no tendrá ningún valor la transferencia, cesión o arriendo, que no haya sido previamente autorizada por Decreto Supremo. El Estado podrá aceptar o rechazar cualquier transferencia, cesión o arrendamiento, por motivo fundado."

Por otra parte, las solicitudes de modificación que impliquen reducción de superficie y también, aquellas que no impliquen un cambio sustancial del objeto de la concesión marítima, no serán remitidas en consulta a la CRUBC. En este punto, podemos considerar a las modificaciones que hacen referencia a las rebajas de renta y/o tarifas establecidas en el Decreto Supremo y cualquier otra clase de alteración de la concesión que no implique la necesidad de un nuevo análisis exhaustivo por parte del Ministerio de Defensa Nacional. A este respecto, estimamos como necesaria la definición de lo que se debe entender por "cambio sustancial" del objeto, a fin de que se pueda delimitar el campo de acción del órgano instructor, en lo atinente a determinar efectivamente los trámites que deben enviarse a pronunciamiento de la CRUBC, pues el objetivo de la Resolución Ministerial Exenta N° 2643, es justamente facilitar el curso de acción en el procedimiento de consulta en estudio.

En lo que respecta a la modificación de concesión marítima que implica reducción de superficie, creemos y reiteramos que sigue siendo esencial el análisis del objeto de la concesión, siendo este el factor a analizar para tomar una decisión respecto a remitir los antecedentes a la CRUBC. Lo anterior, encuentra su fundamento en que perfectamente un interesado puede requerir reducir la superficie otorgada inicialmente en concesión, con la finalidad de cambiar el objeto con desarrollo de nuevas obras. En este punto, creemos que se torna como imperativo dar directrices reales en lo que refiere a que trámites se deben remitir al pronunciamiento CRUBC, con la finalidad de crear uniformidad en lo que concierne a los proyectos que se presentan a conocimiento de la Autoridad Marítima y del Ministerio de Defensa Nacional.

La Resolución en análisis, de igual forma, expresa que las solicitudes de término anticipado de concesión marítima, así como también, aquellas referidas a trámites de caducidad o derogación de las mismas, tampoco deben ir en consulta. Respecto a las solicitudes de término anticipado, sin duda, no existe necesidad de remitir a consulta un requerimiento formulado por el propio interesado a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, para poner término a la concesión marítima en una fecha anterior a la del vencimiento. En referencia

a los trámites vinculados a la caducidad³⁹ o derogación⁴⁰ de una concesión marítimas, tampoco hacen procedente la derivación a consulta señalada, toda vez que dichos trámites se inician previo informe de fiscalización de la Capitanía de Puerto competente, siendo suficiente aquello para la toma de decisión por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Tanto la caducidad, como la derogación deben regirse por el Instructivo dictado para tal efecto, a través de la Resolución MDN Exenta N° 6092, de fecha 29 de Julio de 2013.⁴¹

Las solicitudes de otorgamiento de destinaciones marítimas, tampoco serán enviadas a consulta. La concesión marítima, recibe el nombre de destinación, cuando quien realiza el requerimiento a título de interesado corresponde a un servicio público. Así, las razones resultan obvias para no derivar el trámite a pronunciamiento de la CRUBC.

Por otro lado, la Resolución indica que están eximidos del procedimiento de consulta, aquellas solicitudes cuyo objeto se ajusta a los usos preferentes establecidos en la microzonificación aprobada por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional. A este respecto, consideramos amplia la facultad del Ministerio en lo que respecta a no derivar un trámite a consulta, por el sólo hecho de ajustar su objeto a la microzonificación, pues se puede dar perfectamente dar el caso de que dicho objeto, pese a estar en armonía con el

³⁹ La caducidad de una concesión marítima procederá cuando concurran algunas de las infracciones graves contempladas en el artículo 53° del Reglamento, a saber: a) El atraso en el pago de la renta y/o tarifa de la concesión, correspondiente a un periodo anual o a dos periodos semestrales. b) La infracción de cualquier disposición del D.F.L. 340 de 1960, o del presente Reglamento, siempre que la Autoridad Marítima no la califique de menos grave y; c) El incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el decreto que otorgó la concesión.

⁴⁰ La derogación, según el artículo 36° del Reglamento, procede cuando el interesado no lleve a cabo la reducción a escritura pública del Decreto Supremo de otorgamiento, renovación o modificación de concesión marítima, en un plazo de 30 días hábiles, desde la fecha en que la Autoridad Marítima notifique oficialmente al interesado por carta certificada.

⁴¹ Disponible en:

http://www.ssffaa.cl/pdf_documentacion/asuntos_maritimos_formularios_tramitacion/Instructivo-caducidad-degoracion-concesiones.pdf

proceso de microzonificación, se constituya como innecesario o invasivo, conforme a los intereses regionales.

Por último, la Resolución administrativa abre el campo de la discrecionalidad, señalando que quedará eximida, cualquier otra solicitud que la Subsecretaría estime conveniente no someter al pronunciamiento de las CRUBC, fundado en el cumplimiento de los principios de celeridad, economía procedimental y conclusivo del procedimiento, previsto en la ley N° 19.880. Desde nuestro punto de vista, consideramos un retroceso establecer esta opción a la Administración, pues no se cumple, como se señaló, con el objetivo real de la dictación de la Resolución Ministerial Exenta N° 2643, por cuanto, lejos de establecer criterios claros y precisos para uniformar el funcionamiento de la CRUBC, incluso a requerimiento formal del Intendente de la IV Región, continúa dejándolo a la libre determinación de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, manteniendo y provocando falta de directrices y ordenamiento a dicho respecto, llegando a ser contradictoria en su interpretación. Asimismo, no nos parece adecuada la utilización de los principios rectores del procedimiento administrativo como criterios de distinción⁴², por cuanto la opinión de la CRUBC, en su calidad de asesora, se

⁴² Al respecto el Dictamen N° 33760 de Contraloría General de la República, de fecha 14 de mayo de 2014, señala: "En segundo término, si bien el numeral 18 del punto 2 de la citada resolución exenta N° 2643, permite que la autoridad excluya cualquier solicitud sobre la materia del sometimiento a las CRUBC, fundado en el cumplimiento de los principios de celeridad, economía procedimental y conclusivo del procedimiento, previstos en la ley N° 19.880, de los antecedentes tenidos a la vista consta que una vez ingresada la solicitud de la peticionaria con fecha 9 de junio de 2011 y al consultar sobre el estado de la tramitación a través del Sistema Integrado de Administración del Borde Costero, se le hizo saber que al respecto se solicitaría la opinión de la respectiva CRUBC. No obstante lo anterior, en el informe de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas remitido a esta Contraloría General de la República, se indica que "se estimó inoficioso formular la consulta a la CRUBC, ya que existían los elementos suficientes para resolver la solicitud en comento", por lo que con fecha 10 de agosto de 2012 se emitió la resolución que se cuestiona, poniendo término al pertinente procedimiento administrativo. De ello se desprende que frente a una diligencia previamente dispuesta en la tramitación que se analiza, la autoridad no dio razones, en su oportunidad, del por qué estimó inoficioso la consulta a la CRUBC, más aun si la solicitud se extendió por aproximadamente un año y tres meses. Así, la señora Mondaca Rivas no pudo enterarse de la decisión de la Administración, de lo cual tampoco quedó constancia en el aludido Sistema Integrado -aplicación en la cual deben constar todos los antecedentes que conforman el expediente de una solicitud de concesión, conforme al reglamento de concesiones marítimas, aprobado por el decreto N° 2,

torna como imprescindible en algunos casos, para analizar, conocer y recomendar el mejor aprovechamiento y uso del Borde Costero Regional.

Asimismo, la propia Contraloría General de la República ha expresado respecto a la materia en análisis, de forma clara y en reiterados dictámenes, que "el ejercicio de facultades privativas y discrecionales, como las que posee el Ministerio de Defensa Nacional sobre el otorgamiento de concesiones marítimas, requiere un cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus decisiones, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la autoridad no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la preceptiva constitucional y legal vigente"⁴³.

2.6. CRUBC y Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO).

El Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), corresponde a una figura administrativa creada por la ley N°20.249 - también denominada "Ley Lafkenche" -, la que lo define como un espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociadas a ellas, cuyos miembros han ejercido el uso consuetudinario de esos espacios, el que podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos o medicinales.

de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional-, lo que le impidió ponderar la conveniencia de deducir los recursos administrativos que hubiese estimado pertinentes. De este modo, se han afectado los principios de celeridad, economía procedimental e impugnabilidad contenidos en los artículos 7°, 9° y 15 de la ley N° 19.880, en armonía con el artículo 3° de la ley N° 18.575, y con la integridad del expediente administrativo que exige el artículo 18, inciso tercero de la misma ley N° 19.880, así como el derecho de los interesados de conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de sus procedimientos, garantía consagrada en la letra a) del artículo 17 de este último texto normativo.

⁴³ Dictámenes N°s. 23.114, de 2007, 7.444, de 2011 y 3.800, de 2013

El mensaje de la ley advierte que las regulaciones de las figuras jurídicas como las concesiones marítimas y las contenidas en la Ley General de Pesca y Acuicultura, 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 ocurría 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 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.

La Comisión Regional del Uso del Borde Costero cobra importancia en el procedimiento y tramitación de una solicitud de ECMPO contemplado en la Ley N° 20.249, toda vez que se realiza sobre aquellos sectores bajo competencia del MDN. En dicho procedimiento, se encuentran legitimados para dar inicio al mismo, una asociación de comunidades o excepcionalmente una comunidad indígena, a través de una solicitud que debe ser presentada ante la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (SUBPESCA), en la que necesariamente se deben señalar los fundamentos que justifican el uso consuetudinario por parte del peticionario y los usos específicos que pretendan incorporar en el plan de administración⁴⁴. Además, se debe indicar 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 en el sistema WGS-84, y un mapa sociocultural de los usos consuetudinarios que se invocan, el que podrá ser acompañado de

| ⁴⁴ Art. 7°, inc. 1, Ley 20.249.

documentos, testimonios y relatos de los ancianos y sin perjuicio de otros elementos de acreditación.⁴⁵

Una vez recepcionada 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 SSFFAA y a la Autoridad Marítima, pudiendo remitir los antecedentes a esta última en consulta. De verificarse tal sobreposición, ella impide absolutamente el otorgamiento del ECMPO, tal circunstancia se comunicará al peticionario mediante resolución denegatoria fundada y dictada por SUBPESCA.

En caso de no existir sobreposición, SUBPESCA deberá remitir la solicitud a la Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI), para que éste emita, en el plazo de un mes, un informe que deberá ser suscrito por su Director Nacional, que acredite el uso consuetudinario invocado por el peticionario⁴⁶.

De igual forma, SUBPESCA deberá someter el establecimiento del ECMPO a conocimiento y consulta a la CRUBC, la que contará con el plazo de un mes para emitir su pronunciamiento, el que se entenderá como favorable si nada dice dentro de ese lapso⁴⁷. La CRUBC puede aprobar, rechazar o proponer modificaciones fundadas al espacio, las que serán consideradas por la SUBPESCA para solicitar la destinación marítima⁴⁸ del ECMPO al MDN, de lo que se colige que su pronunciamiento es vinculante en esta materia. En este punto, nuevamente estamos frente a la falta de uniformidad de criterios o directrices que miren a regular la actuación de las CRUBC, ya que el carácter decisorio de dicha comisión en el ámbito de los ECMPO, la posibilidad de dictar actos administrativos y la no menor instancia de que ellos sean recurribles, se

⁴⁵ Art. 4° D.S. N° 134/2005.

⁴⁶ Art. 8°, inc.1, Ley N° 20.249

⁴⁷ En la práctica, es poco común que las sesiones se realicen dentro del plazo señalado, toda vez que se dificulta la reunión de la totalidad de los representantes de esa Comisión. Generalmente, las CRUBC solicitan ampliación de plazo o prórroga, para efectos de poder reunir la mayor cantidad de representantes titulares.

⁴⁸ Art. 24° del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, referido a la clasificación de las concesiones marítimas, en su letra d) "Destinación: Aquella concesión marítima otorgada por el Ministerio a servicios fiscales, para el cumplimiento de un objeto determinado".

opone drásticamente a la naturaleza consultiva que ellas tienen. En este sentido, podemos señalar que la diferencia de facultades o atribuciones con las cuales cuenta la CRUBC en el procedimiento administrativo especial contemplado en la Ley N°20.249, cuando es requerida vía consulta de SUBPESCA, encuentra su justificación en la trascendencia e importancia jerárquica del Convenio N° 169 de la OIT, la extensión territorial de los sectores requeridos en concesión marítima, su consecencial relevancia o impacto en la región y las posibilidades o alternativas que tiene la CRUBC para aprobar, rechazar e incluso modificar la solicitud realizada por un ECMPO, atribuciones que se encuentran establecidas a través de la citada ley, concediendo instancias de reclamación ante la eventual disconformidad en la respuesta entregada por la CRUBC al organismo consultante.

En esta dirección, el Dictamen N° 65515, de fecha 17 de octubre de 2011, expresa respecto a la CRUBC, que dichos órganos son reconocidos por el artículo 2° de la ley N° 20.249, normativa que las define como “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”. Es decir, constituyen una instancia de coordinación entre las diferentes autoridades regionales para abordar ciertas materias, creadas por el Intendente respectivo a través de un acto administrativo, y no por ley. El citado dictamen agrega que: "no están dotadas de facultades ejecutivas y/o resolutorias propias de los servicios públicos, ejerciendo sólo 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"⁴⁹.

⁴⁹ Aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 30.584, de 1992 y 34.392, de 2007.

En atención a lo expuesto, cabe señalar que la Contraloría General de la República indica que: "las opiniones emitidas por las CRUBC a través de informes, en el procedimiento de tramitación de concesiones marítimas, no revisten la naturaleza de actos administrativos, y por ende, no son impugnables a través de los recursos que al respecto contempla la ley N° 19.880, entre los que se encuentra el de revisión a que alude el interesado y que da origen al citado dictamen".

En este curso de ideas, creemos que el interesado en obtener una concesión marítima se ve ampliamente perjudicado ante la inexistencia de una instancia de reclamación o recursiva ante el pronunciamiento desfavorable de la CRUBC⁵⁰, considerando la política actual de decisión del MDN - SSFFAA, respecto a la cual, dicho organismo público otorga o deniega una solicitud de concesión marítima únicamente con la opinión de la citada comisión, inclusive sin fundar las resoluciones denegatorias, limitándose a transcribir lo expresado por la CRUBC en su oficio de respuesta, infringiendo a nuestro juicio el principio de motivación del acto administrativo, entendiendo por motivo las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la dictación de un acto administrativo y por motivación, la expresión de esos motivos en el acto administrativo mismo, o en otras palabras, la consignación

⁵⁰ A este respecto, consideramos importante el Dictamen N° 22331, de fecha 20 de marzo de 2015, en el cual, el ente contralor, se abstiene de emitir un pronunciamiento por encontrarse pendiente un recurso administrativo de reposición ante el Ministerio de Defensa Nacional. Prescribe: "Se ha dirigido a esta Contraloría General doña Viviana Pilar Catalán Ayala, en representación de Servicios Educativos Ayala y Catalán Ltda. consultando sobre la legalidad de la resolución ministerial exenta N° 9.410, de 2014, del Ministerio de Defensa Nacional, que le denegó la solicitud de concesión marítima menor que indica, sobre un terreno de mar, en el lugar denominado Chanavaya, comuna de Iquique, cuyo objeto era albergar un centro educacional compuesto por dos cabañas, una bodega, estacionamientos y áreas verdes. Requerida de informe, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas manifiesta que la citada resolución ministerial se ajustó a derecho y que ella fue dictada en consideración a que el sector de ubicación de la concesión en comento es considerado como área de resguardo en el instrumento de planificación en tramitación, teniendo presente los antecedentes del expediente administrativo y manteniendo la política de esa Administración de resolver conforme la opinión de la región expresada en la Comisión Regional de Uso del Borde Costero.

expresa y suficientemente explícita de los motivos en los "vistos" y "considerandos" de la decisión adoptada⁵¹.

Con todo, en la destinación marítima de un ECMPO participan diversos organismos públicos, a saber: SUBPESCA, CONADI y MDN, es este último organismo quien finalmente otorga esta clase de concesión marítima, previa solicitud de los diversos informes y consultas explicadas y realizadas por SUBPESCA, teniendo un rol preponderante y decisorio la CRUBC.

La ley previene que el rechazo de la destinación del espacio por la CRUBC deberá emitirse por resolución fundada. La resolución respectiva será comunicada dentro del plazo de 10 días hábiles, de la que podrá reclamarse, como se indicó, 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 presentación. Esta posibilidad de presentar un recurso o medio de impugnación, no existe respecto a la respuesta u opinión requerida directamente por la SSFFAA ante un requerimiento de concesión marítima formulado por una persona natural o jurídica diversa a un ECMPO⁵².

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 ECMPO.

⁵¹ AROSTICA MALDONADO, Iván: "Los motivación de los actos administrativos en el Derecho Chileno", En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. X, Valparaíso, 1986. pp. 500.

⁵² Si bien, es la Ley 20.249 la que regula y establece el recurso de reclamación que procede en contra de la respuesta de la CRUBC ante la consulta efectuada por SUBPESCA, también consideramos que la falta de uniformidad y escasa regulación de las facultades y atribuciones de la CRUBC, provoca esta diferencia de criterios de actuación, causando confusión en lo que respecta al carácter vinculante o consultivo de estas comisiones. De igual forma, no se explica la diferenciación o distinción realizada con ambos procedimientos de consulta, pues ambos miran al otorgamiento de una concesión marítima. De todas formas, encontramos justificación en los factores expresados en este informe: Convenio N° 169 OIT, gran extensión territorial requerida por los ECMPO y facultades decisorias entregadas por la Ley 20.249 a las CRUBC, a saber: aprobar, rechazar e incluso modificar una solicitud.

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 - SSFFAA, 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 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 tramitación⁵³. La Destinación tiene el carácter de indefinida.

2.7. CRUBC y consulta indígena establecida en el Convenio N° 169.

En otro ámbito, pero siempre ligado a los pueblos originarios, nos llama la atención lo confuso del tratamiento brindado a la CRUBC, incluso respecto a lo que concierne a un tema trascendental en la actualidad, la consulta indígena.

Dicha figura fue establecida a través del Convenio N° 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989⁵⁴, el que recién entró en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre del año 2009, con la finalidad de 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

⁵³ De acuerdo a la Resolución N° 1600, 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.

⁵⁴ 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 de 2008, después de 17 años de tramitación. Fue promulgado por medio del D.S.N°236/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores. D.O. 14 de Octubre de 2008.

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 integridad. A este respecto, nos parece importante hacer hincapié en el Dictamen N° 94485 de fecha 4 de diciembre de 2014, de Contraloría General de la República, el cual realiza una aclaración esencial, indicando que es el MDN el órgano responsable de coordinar y ejecutar la consulta indígena a que se refiere el convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, en el procedimiento de determinación de nuevas Áreas Aptas para la Acuicultura (A.A.A.) y no la CRUBC.

Cabe indicar que la importancia de este dictamen, radica en que la consulta a Contraloría General de la República, la realizó el Intendente de la X Región de Los Lagos, autoridad que preside la CRUBC, requiriendo al ente contralor indicar cuál es el órgano responsable de realizar la consulta indígena del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a las comunidades que podrían verse afectadas con el procedimiento señalado, concluyendo que el órgano responsable, para efectos de realizar la consulta indígena es la Cartera Ministerial en comento (MDN) y no la CRUBC de la Región de Los Lagos, entidad que en esta materia solo cuenta con funciones asesoras, de conformidad con su naturaleza consultiva⁵⁵⁵⁶.

Lo anterior, por cuanto la SUBPESCA le habría solicitado a la respectiva CRUBC que realizara la correspondiente consulta indígena, en la tramitación

⁵⁵ El inciso primero del artículo 13 del decreto N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social -que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena-, señala que “El proceso de consulta se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7° de este reglamento. Para efectos de lo anterior, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.”. Como puede advertirse, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional fijar las A.A.A. de especies hidrobiológicas, de lo que se desprende que también le asiste la facultad de dictar los actos administrativos para desafectar esas ‘áreas’ de la realización de esa actividad, como bien señala esa Secretaría de Estado en su informe. Consecuente con lo anterior, es dable concluir que el órgano responsable -en los términos del referido decreto N° 66- para efectos de realizar la consulta indígena es la Cartera Ministerial

⁵⁶ Aplica criterio de dictámenes N°s. 65.515, de 2011 y 2.192, 2014.

de la desafectación de las Áreas Aptas para el ejercicio de la Acuicultura (A.A.A.) en esa región, no obstante, que a juicio del Intendente, dicha comisión regional no cuenta con las atribuciones para ello.

Creemos que lo indicado en dicho Dictamen emitido por el ente contralor, corresponde a una nueva aclaración en lo que refiere a la naturaleza consultiva y no vinculante de la opinión o respuesta entregada por la CRUBC, ante los diversos requerimientos de pronunciamiento formulados por los distintos organismos públicos y no solo por el MDN - SSFFAA, constituyéndose como otra muestra clara de necesidad imperiosa de regulación de esta comisión, dada la clara importancia que representa su intervención en los diferentes procedimientos administrativos en los cuales es requerida.

CAPITULO TERCERO.

3.1. POSICIONES CONTRAPUESTAS ENTORNO A LA CALIDAD JURÍDICA DE LA OPINIÓN EMITIDA POR LA CRUBC.

3.2 El carácter vinculante de la opinión de la CRUBC.

Existen opiniones que otorgan carácter vinculante al pronunciamiento emitido por la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, fundamentalmente expresadas por aquellas autoridades públicas regionales que componen la Comisión⁵⁷. Este criterio representa el mecanismo de consulta y decisión que actualmente es aplicado por el Ministerio de Defensa Nacional, al momento de dictar el respectivo acto administrativo terminal en el marco del procedimiento en cuestión⁵⁸. Dichas autoridades públicas sostienen que la Comisión Regional del Uso del Borde Costero posee atribuciones o facultades para emitir pronunciamientos vinculantes para el citado Ministerio, estando investida para determinar efectivamente la no procedencia de los diversos proyectos de inversión o actividades económicas, proyectos culturales, o de iniciativas de desarrollo de índole social dentro de su respectiva región, teniendo poder de decisión respecto al mejor uso o aprovechamiento del Borde Costero Regional.

Asimismo, las autoridades agregan y señalan que no existe consecuentemente vulneración alguna de derechos consagrados en la

⁵⁷ De esta opinión, fue el Intendente de la IV Región de Coquimbo, quien a través de Oficio ORD. N° 3054, de fecha 16 de agosto del año 2011, solicita formalmente al Ministro de Defensa Nacional, regular aquellos trámites de concesión marítima que serán enviados a consulta a las respectivas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero.

⁵⁸ En la actualidad, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas remite la consulta a la CRUBC y en base a lo que esta Comisión opina, resuelve la solicitud de concesión marítima sometida a su conocimiento y análisis. Incluso, en actos administrativos terminales, más específicamente, resoluciones denegatorias, la Subsecretaría en una práctica cuestionable desde el punto de vista del principio de motivación del acto administrativo, se ha limitado únicamente a reproducir los argumentos de la opinión CRUBC, representando prácticamente un juicio anticipado al requerimiento de concesión presentado.

Constitución Política de la República⁵⁹, en el evento de que la CRUBC opine de forma negativa o no recomiende un determinado proyecto, ni tampoco respecto de la normativa general de carácter administrativo. El argumento que señalan quienes dan validez a la opinión vinculante emitida por la comisión, hace referencia a que ésta como órgano público, se encuentra compuesta por las autoridades públicas regionales representativas de los diversos organismos sectoriales⁶⁰, por lo que la Comisión sería el órgano competente e idóneo para decidir sobre el futuro de aquellos proyectos o actividades a implementarse en la región. Además, agregan que fuera del aspecto político a considerar en un proyecto, la Comisión se encuentra asesorada técnicamente por representantes de diferentes sectores especializados, pudiendo, además, invitar a quien la Comisión estime como conveniente para un mejor resolver, respecto a las solicitudes de concesión marítima sometidas a su conocimiento y eventual decisión.

Para esta posición, la CRUBC ocupa un rol esencial en materia de gestión y administración del Borde Costero, pues es la encargada de elaborar y

⁵⁹ A este respecto, nos parece interesante el Recurso de Reposición presentado por Servicios de Acuicultura Acuímag S.A. en contra de la Resolución Denegatoria del Ministerio de Defensa Nacional, N° 8459 de fecha 07 de marzo de 2014, la cual tiene como fundamento de rechazo la opinión CRUBC. El referido recurso expresa entre sus fundamentos: "En lo que respecta al tercer motivo expresado por la CRUBC de Magallanes, nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 21 garantiza a toda persona el desarrollo de cualquier actividad económica, respetando las normas legales que la regulen. En este caso, nuestra Empresa ha procurado ceñir su comportamiento jurídico estrictamente a todos y cada uno de los requisitos que ha solicitado la Administración, tanto en lo referente al ámbito medioambiental como de uso del borde costero. Por ello, resulta necesario destacar que todos los proyectos ya materializados como los que se encuentran en vías de desarrollo cumplen con los mayores estándares de respeto al medio ambiente y de factibilidad técnica, compatibilizando a cabalidad con los planes de desarrollo regional y comunal, los cuales han otorgado prioridad al crecimiento de la acuicultura. Así también, las instalaciones esbozadas en el anteproyecto y sus etapas de construcción, no afectan bajo ninguna hipótesis los recursos naturales, el valor paisajístico de la zona, ni menos a un plan regulador que no tiene vigencia ni validez jurídica, pues se trata de un instrumento de planificación territorial en trámite, el cual no puede ni debe ser tomado en cuenta para estos efectos. De igual forma, no hay intervención mayor en el área, debido a la dimensión de lo solicitado. Por todo lo anterior, es imprescindible explicitar de forma fehaciente cuál es la afectación a dichos aspectos, contrastando la situación *ex ante* y *ex post* en relación a la concesión marítima requerida.

⁶⁰ Es recomendable y a nuestro juicio apropiado, que la Comisión Regional del Uso del Borde Costero se componga no sólo de autoridades públicas regionales, sino también por miembros elegidos a través del Sistema de Alta Dirección Pública, con la finalidad de que se sobrepase el *standard* de organismo político. Consideramos que de esta forma se puede efectivamente gestionar el borde costero a través de criterios técnicos, económicos, sustentables y con beneficio social.

presentar a la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero la propuesta de Zonificación del Borde Costero Regional y también aquellas eventuales modificaciones a la zonificación vigente o en proceso de aprobación, fundamento más que plausible para emitir una opinión vinculante a la consulta realizada por el Ministerio. Por otra parte, también es la encargada de presentar a la Comisión Nacional las propuestas de materialización de la Política Nacional del Uso del Borde Costero que se requieran o ameriten ser tratadas por la citada Comisión.

Asimismo, se destaca, que la CRUBC representa el órgano llamado a aplicar los instrumentos regionales de planificación territorial en materia de su competencia, como por ejemplo, la citada Zonificación del Borde Costero, por lo que contaría con el conocimiento y claras atribuciones para expresar una opinión fundada ante el requerimiento realizado por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Agregan, que en el mismo ámbito de Ordenamiento Territorial, son las CRUBC las que están facultadas para formular proposiciones, sugerencias y opiniones a las autoridades regionales encargadas de estudiar y aprobar los diversos planes comunales e intercomunales de la Región, destinadas al logro de una mayor coherencia entre el Uso del Borde Costero del Litoral y la Planificación Territorial, dando más fuerza al elemento vinculante del pronunciamiento emitido por estas Comisiones, en gran medida, fundamentado por el conocimiento y destino de los sectores regionales involucrados en una solicitud de concesión marítima.

De igual forma y como argumento principal, los partidarios de esta posición, además expresan que si bien y pese a que se ha criticado que la fuente por la cual se creó este organismo público sea un instructivo presidencial, 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 CRUBC, con la dictación de la ley N° 20.249, del año 2008 -Crea Espacios Costeros Marinos Protegidos de los Pueblos Originarios-, se supera la principal problemática pues, se reforzó la posición de las CRUBC, al definirla a nivel

legal. Así, la normativa expresa: "Comisión Regional de Uso del Borde Costero o Comisión: Comisión creada como instancia de coordinación en la aplicación de la Política Nacional 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".⁶¹

Sin perjuicio de ello, debemos señalar y conforme a esta posición, "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)"⁶².

3.2. El carácter meramente consultivo de la opinión de la CRUBC.

La jurisprudencia administrativa, en especial la de Contraloría General de la República, ha considerado a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, como órgano de carácter consultivo y de coordinación, ya que sus opiniones no revisten el carácter de actos administrativos susceptibles de recursos administrativos en conformidad a lo contemplado por la ley 19.880⁶³, cuestión que implica entender a los informes que emiten, como antecedentes que pueden, o no, ser considerados por el Ministerio de Defensa Nacional y la

⁶¹ Artículo 2, letra b), de la Ley N° 20.249.

⁶² SEPÚLVEDA S., ob. cit., (n.6), p. 37.

⁶³ Artículo 59. Procedencia. El recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio, podrá interponerse el recurso jerárquico. Rechazada total o parcialmente una reposición, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con ésta se hubiere interpuesto subsidiariamente recurso jerárquico. Cuando no se deduzca reposición, el recurso jerárquico se interpondrá para ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto impugnado, dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, en el caso del otorgamiento de concesiones marítimas y en el evento de estimarlo como necesario.

En relación al punto anterior, y vinculado directamente con el argumento de la posición antagonista respecto al origen legal de la CRUBC, la cual indica que el debate sobre su origen quedaría subsanado por la definición entregada a dicho rango por la ley N° 20.249, el Dictamen N° 65515 de 2011 del Ente Contralor, es claro al expresar que, "las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, 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 sólo 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". Desde nuestro punto de vista, estimamos que el Dictamen es claro al visualizar la necesidad de la dictación de una ley regulatoria y sistemática que brinde facultades y atribuciones precisas a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, con la finalidad de brindar un cuerpo orgánico para su debido funcionamiento en aquellos procedimientos administrativos en que se consulta.

En ese mismo sentido, el 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 del 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 del 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".

El Ente Contralor, en esta misma dirección y a través de Dictamen N° 28265 de 2007, ya se había referido al carácter informativo de la opinión CRUBC, señalando que respecto a la concurrencia de dos solicitudes de concesión marítima sobre un mismo sector y para similar finalidad, que "la Subsecretaría de Marina, requirió a la Comisión Regional para que se pronunciara a título meramente informativo, sobre la que representaba el mejor uso para el área o zona a concesionar, según los intereses regionales, lo que sólo se explica como una forma de ejercer su facultad discrecional de la manera más razonable y objetiva posible en la determinación y aplicabilidad de los criterios dados en la regulación vigente. Así, si la citada Comisión opinó que la solicitud de la otra interesada representaba un mejor uso para el área requerida en concesión". El Dictamen continúa y reitera que, "Debe destacarse que dicho informe no es vinculante para la autoridad administrativa, sino que constituyó, un antecedente más a considerar al momento de resolver el otorgamiento de la concesión marítima de que se trata".

Asimismo, en su parte final hace clara referencia a la necesidad de regulación que afecta a la CRUBC en la práctica, expresando que, "Sin embargo, es indispensable agregar que si la autoridad administrativa estima que debe contar con una Comisión Regional de Uso del Borde Costero que informe acerca de los intereses regionales que, a su juicio, fuesen prioritarios para ejercer la potestad en análisis, como en la práctica sucede, debería regularse como una unidad de carácter consultivo a través de los medios que procedan, para adecuar la normativa a la realidad".

Estrechamente relacionado al Dictamen señalado, y desde el punto de vista constitucional, nos parece sustancial tener presente el examen de constitucionalidad de la ley N° 20.249 de 2008⁶⁴, y en particular, la opinión del entonces Ministro del Tribunal Constitucional, Raúl Bertelsen Repetto, debido a que dicho examen no se pronunció respecto a lo referente a la Comisión Regional del Uso del Borde Costero y su naturaleza jurídica. En este orden de

⁶⁴ Examen de Constitucionalidad efectuado a través de Sentencia Rol N° 1.007-07, TC., de fecha 17 de enero de 2008.

ideas, el citado Ministro previno que el Tribunal Constitucional debía extender el control de constitucionalidad a los artículos 2°, letra b y 8°, incisos octavo a decimoprimeros, es decir, respecto de la definición de Comisión Regional del Uso del Borde Costero y de sus atribuciones decisorias en materia de Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios, respectivamente, y al 11°, inciso 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 regulen en su caso. Al efecto, señala que esas materias son propias 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 de este Tribunal"⁶⁵.

A este respecto, consideramos que la falta de regulación de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, como organismo público, es patente y advertido tanto desde el punto de vista administrativo, como constitucional.

Corroborando lo anterior, el Dictamen de Contraloría General de la República N° 11901 de 2009, el cual alude a la falta de pronunciamiento de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero de la IV Región de Coquimbo. En este sentido, el dictamen señala que, "En cuanto a la falta de pronunciamiento de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero de la Región de Coquimbo, señala que mediante el Oficio SSM.ORD.N° 12210/1518 CRUBC, del 24 de abril de 2007, se solicitó su opinión para que informara si era recomendable o no autorizar la concesión, no recibiendo respuesta alguna, por lo que procedió conforme el artículo 30, inciso cuarto, del decreto N° 2, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, que aprobó el Reglamento

⁶⁵ Considerando 6° de la prevención.

sobre Concesiones Marítimas, en el sentido que si no se pronuncia dentro del plazo de 30 días el Ministerio puede resolver sin considerar dicho antecedente, lo que aconteció, dejándose constancia de ello, en la letra d) del' N° 1 de los Vistos y Teniendo Presente del decreto N° 421 de otorgamiento".

El Dictamen anterior, ratifica que la consulta remitida a la CRUBC, se realiza con el objeto de conocer su opinión sobre el mejor aprovechamiento y uso del Borde Costero, respecto a determinados sectores requeridos en concesión marítima, destacando el carácter meramente consultivo, informativo y no vinculante del pronunciamiento en referencia a la decisión final que tomará el Ministerio de Defensa Nacional.

4. CONCLUSIONES.

4.1. PRINCIPALES HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

a.- A lo largo del desarrollo de este informe jurídico, observamos que la regulación de nuestro borde costero, se encuentra conformada por diversas normas sectoriales. A través de éstas, se otorga a los particulares mediante procedimientos administrativos reglados, derechos que modifican o alteran el uso común del borde costero (concesión marítima), o bien, destinan parte del mismo, a una finalidad o función pública (destinación marítima, como clase de concesión marítima).

b.- Seguidamente, podemos afirmar que las concesiones marítimas en cuanto recaen sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales, han sido colocados en un régimen excepcional para la consecución de un interés público, como lo prescribe el artículo 19 N° 23 de nuestra Constitución. Asimismo, la concesión otorga un derecho real administrativo que a diferencia de los bienes sobre los que recae, admite en general todo tipo de negocio jurídico y se encuentra amparado por el derecho de propiedad, por lo que su procedimiento de otorgamiento y aún, toda consulta o requerimiento de informe a otro organismo público, debe analizarse o pronunciarse con el debido cuidado y respeto a las garantías constitucionales.

c.- Por otro lado, visualizamos que el ordenamiento territorial del borde costero, se inicia, prácticamente con la Política Nacional del Uso del Borde Costero (con sus comisiones, CNUBC y CRUBC), pues, es esta política la que ha determinado las directrices básicas para comenzar con el proceso de ordenamiento y planificación que lo componen, creando para ello diferentes instrumentos de ordenación, como lo significan las zonificaciones regionales, ya que una vez aprobada vía Decreto Supremo la respectiva zonificación, permite tomar decisiones claras respecto a sectores determinados en aquellas solicitudes administrativas que realizan los interesados al Estado.

d.- A raíz de todo lo anterior, este informe ha desarrollado y explicado el funcionamiento que lleva a cabo en la práctica la CRUBC, como actor relevante en la fase de materialización de la Política Nacional del Uso del Borde Costero, y su rol esencial en el procedimiento administrativo de otorgamiento concesión marítima. Acto seguido, analizamos su injerencia en otros procedimientos de dicha naturaleza, tal como lo representa la destinación marítima que otorga derechos preferentes a un espacio costero marino de los pueblos originarios regulado por la ley N° 20249. Asimismo, a través de la regulación atingente, advertimos otras consideraciones de interés, como la confusión que se genera respecto al actuar y funcionamiento de la citada comisión en estudio y su vinculación con la denominada consulta indígena contemplada por el convenio N° 169 de la OIT⁶⁶.

e.- Destacamos el rol que desempeña al MDN y la SSFFAA y su relación con las CRUBC, recomendando que debe someterse en forma estricta a los criterios de prelación que la respectiva reglamentación sectorial establece, debiendo recabar toda clase de información que dicha repartición pública pondere como pertinente desde aquellos organismos públicos competentes, considerando el principio de coordinación que debe primar en la Administración y el permanente intercambio de información técnica, tópico que imperativamente requiere la debida comunicación e interacción. A este respecto, es fundamental un actuar coordinado y armónico entre el MDN, la SSFFAA y las CRUBC, considerando los representantes de los órganos públicos que la componen, como lo son: MINVU, MOP, SERNAPESCA, DOM, SERNATUR, DIRECTEMAR, SII, etcétera.

f.- Considerando lo anterior, concluimos que la regulación del aprovechamiento de los bienes del dominio público debe necesariamente ser analizada desde el punto de vista de las normas constitucionales, restringiéndose de este modo la

⁶⁶ Creemos sustancial hacer hincapié en el avance que ha tenido la regulación vinculada a los pueblos originarios. Sin perjuicio de ello, se visualizan múltiples inconvenientes en la implementación de la consulta indígena, provocando incertidumbre en aquellos procedimientos administrativos en los que se lleva a cabo.

supuesta discrecionalidad de la autoridad en torno a su administración y en particular en el caso en estudio, la actuación de la CRUBC. Así las cosas, en cuanto las concesiones están vinculadas al ejercicio de actividades económicas, y estando esta actividad garantizada por nuestra Constitución Política de la República, vemos con recelo la regulación vía acto administrativo que se le concedió a esta comisión intersectorial. Su regulación forma parte de la normativa a la que debe someterse el particular y, por ende, consideramos que su aplicación no admite un amplio espacio para el ejercicio de la denominada discrecionalidad administrativa, debido a que no cuenta con una regulación de rango legal.

g.- Las concesiones marítimas son otorgadas sobre sectores del borde costero que representan fondo de mar, porción de agua, rocas, playa y terrenos de playa, por lo cual la naturaleza del solicitante de una concesión marítima, no constituye un elemento objetivo que justifique las diferencias o distinciones en un estatuto regulatorio de las CRUBC, debiendo existir una normativa legal regulatoria para su actuación en todos los casos. En consecuencia, siendo además la misma autoridad otorgante, el procedimiento y el título concesional, no debieran presentar mayores diferencias como las constatadas en materia de procedimiento de otorgamiento de la concesión. Sí, en cambio, el tipo de actividad a desarrollar, pues aparece como elemento objetivo, racional y razonable apto para fundar constitucionalmente las diferencias, las que se manifiestan particularmente en la normativa legal que regula el funcionamiento de la CRUBC respecto a los ECMPO⁶⁷ y la normativa meramente administrativa que regula el actuar de dicha comisión respecto a todo otro procedimiento de otorgamiento de concesión marítima.

h.- El borde costero constituye una parte del territorio de nuestro país, por esencia, de naturaleza compleja y sustancial. En él, confluyen diversas actividades marítimas representando una amplia gama de posibilidades de desarrollo. Por ello, y desde un punto de vista vinculado a la potestad

⁶⁷ Ley 20.249.

regulatoria y sus límites con la actividad económica, finalmente concluimos que la conservación de una comisión de la importancia que representan las CRUBC, pues se trata de comisiones intersectoriales que tienen abundante participación, no solo en el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas, sino que también en temas más sensibles como lo constituye la elaboración y propuesta de Zonificación del borde costero, representa una omisión que va más allá de la opinión propiamente tal, pues el problema se suscita en el motivo que significan las facultades o atribuciones que exceden los lineamientos de su configuración institucional y que subsume facultades privativas de un ministerio.

i.- La CRUBC no cuenta con una formulación o estructuración como órgano público. Sin embargo, en la práctica cuenta con competencias o facultades que excederían la esencia de determinados derechos fundamentales, infringiendo de este modo, consecuentemente el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República. Nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de garantías de protección a la actividad económica, tal como lo representa el derecho de propiedad del cual goza un titular de un emprendimiento económico y del cual no puede ser despojado, ya sea por terceros, ni menos por una autoridad administrativa, sino únicamente concurriendo las respectivas exigencias legales, las que estarían ausentes en la actual configuración de la CRUBC y claman por una pronta regulación legal.

4.2. ESTABLECIMIENTO LEGAL DE LA COMISIÓN REGIONAL DE LA COMISIÓN REGIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO.

El Estado planifica y materializa su función de ordenación del dominio público y excluye la aplicación del régimen privado, en miras de la consecución de un interés público. Dicho poder de ordenación excede la potestad de policía o también llamada de vigilancia, pues implica poderes exorbitantes ejercidos en cumplimiento del deber de orientar la acción privada hacia el aprovechamiento de los bienes en la forma útil que ha sido definida por el Estado, a través de

sus respectivas políticas públicas. De esta forma, es que se justifica el otorgamiento de concesiones sobre esta clase de bienes, con la finalidad de conseguir un interés público, excluyendo el uso común, para reemplazarlo por un uso privativo y excluyente, bajo la figura de la concesión administrativa.

La normativa referida a concesiones marítimas no contempla el establecimiento de un objeto único para este tipo de concesiones ni está referida a un solo tipo de actividad económica o proyecto de inversión⁶⁸. Por ende, en materia de concesiones marítimas no existe una actividad única que resulta beneficiada por sus disposiciones, sino que se trata de múltiples actividades cuyo elemento común es que ocupan bienes nacionales de uso público o bienes fiscales y donde pueden ejecutarse diferentes formas de construcciones o instalaciones.

Como lo hemos indicado a lo largo de este informe, a modo ilustrativo, podemos indicar que se requiere una concesión marítima para instalar un muelle, un kiosco de playa, un atracadero de embarcaciones, un puerto, una planta desaladora, un espacio costero marino de pueblos originarios, un emisario de descarga, una cañería de aducción, etcétera, siendo en definitiva, de distinto tipo las actividades que pueden verse beneficiadas. Por este motivo, el objeto o finalidad de la concesión, los usos, construcciones o instalaciones que ella comprende, y los sectores que se entienden como parte de la misma, habrán de quedar definidos expresamente en el acto concesional de otorgamiento.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la actividad económica a desarrollar y autorizada por el Estado a través de esta clase de permiso, podríamos sostener el diverso impacto que genera frente a otras posibles actividades (por ejemplo, culturales o sociales en el borde costero), lo que si bien *ex ante* es un criterio objetivo y podría resultar razonable, no lo es desde el punto de vista de la proporcionalidad en su tratamiento, dado que en nuestro sistema institucional

⁶⁸ A diferencia de las concesiones de acuicultura, también otorgadas por el Ministerio de Defensa Nacional - Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, las cuales tienen por único objeto la realización de actividades de cultivo en el área concedida, respecto de la especie o grupo de especies hidrobiológicas incluidas en el acto concesional.

el impacto que generan las actividades productivas se evalúan ambientalmente caso a caso, a través de un procedimiento administrativo reglado, como lo constituye la debida calificación ambiental.

En vista de lo expresado, desde el punto de vista de la igualdad constitucional y tomando en consideración la existencia de un instrumento de planificación como la zonificación del borde costero, que asume la finalidad de conciliar los intereses de los diversos usuarios en diversas etapas de conciliación y decisión, debería encontrarse un elemento objetivo y razonable diverso de los bienes y del conflicto entre los diferentes interesados, que justifique un trato no igualitario por las CRUBC. Creemos que debe evaluarse con especial recelo el tipo de actividad económica, social o cultural que se desarrolla, porque en principio, ninguna actividad debería tener primacía por sobre otra, dada la regulación constitucional de la libertad de desarrollar cualquier actividad económica, consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República⁶⁹. En este sentido, y de forma aclaratoria, consideramos que se debe unificar la forma de actuación, facultades y funcionamiento de la CRUBC, en orden a garantizar un trato igualitario en la consulta realizada por la SSFFAA a dicha comisión intersectorial, más aún, destacando las facultades decisorias que en la práctica se le otorga a la "opinión" que expresa, una vez requerida la citada comisión.

A este respecto, creemos fuertemente que las materias que aborda la CRUBC, las garantías constitucionales involucradas y aún, su composición orgánica, atribuciones y demás tópicos relativos a su regulación, se constituyen como materias que son propias de Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶⁹ No señalamos que se debe dar un tratamiento especial a las actividades productivas o económicas, sino, más bien, ser majadero en que el futuro de diversos proyectos de inversión, no puede quedar supeditado a la mera opinión de la CRUBC, la cual sin duda a nuestro juicio y conforme a la práctica actual, es vinculante para el Ministerio de Defensa Nacional - Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Con todo, en esta misma dirección y conforme al artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución Política, se garantiza a todas las personas: "la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados". Por lo mismo, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se planteó la necesidad de completar la garantía que había sido prevista en la Constitución de 1925, en orden a explicitar que no se trataba solo de una garantía de no discriminación arbitraria frente a quien aplica la ley, sino incluso contra el legislador y cualquiera otra autoridad (en este caso, administrativa)

De allí que la Constitución establezca en el inciso 2° del numeral 2° del artículo 19, la fórmula "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Una diferencia es arbitraria, cuando no es posible distinguir a su respecto un elemento objetivo razonable como criterio fundante del tratamiento diferenciado.

Así, el principio de la no discriminación arbitraria puede formularse como "a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra".⁷⁰

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido como elementos para evaluar si se da cumplimiento al mandato de la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria ciertos criterios: el elemento diferenciador debe ser objetivo y no fundarse en un propósito de hostilidad o importar un favor o privilegio personal indebido; la finalidad debe ser lícita y sus consecuencias proporcionadas; el trato diverso debe ser razonablemente adecuado y necesario para alcanzar el fin lo que implica realizar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables.⁷¹

⁷⁰ RABOSI, Eduardo, "El principio de igualdad y la discriminación", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 7, Madrid, 1990, p. 179.

⁷¹ Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 280 de 1998, considerando 24°; considerandos 25, 35 y 37 de su sentencia rol N° 1535 de 2009, en que el Tribunal Constitucional resume parte de lo que ha sido su jurisprudencia anterior en la materia. Un estudio particular sobre el principio

La Constitución ha previsto manifestaciones dentro de los derechos constitucionales, de otras disposiciones referidas a la igualdad. En lo que interesa a este informe jurídico, por tratarse del uso del dominio público conformado por el mar, las playas y los terrenos de playa fiscales aplicado al ejercicio de actividades económicas, debe mencionarse la igualdad ante las cargas públicas del artículo 19 N° 20 y la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Tratándose de una concesión de uso, el concesionario adquiere un derecho subjetivo, perfecto, para realizar el uso en cuestión⁷². Las concesiones marítimas otorgan el uso y goce de ciertos bienes nacionales de uso público y bienes fiscales, ubicados en el borde costero, y como tales derechos se constituyen en auténticos bienes incorporales amparados bajo la garantía del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, por lo que miramos con especial cuidado el poder de decisión y vinculación que se le ha brindado a la respuesta CRUBC por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, tomando en consideración el cúmulo de garantías expresadas y que eventualmente, se pueden ver afectadas por la opinión de una comisión no creada por ley y regulada a través de meros actos administrativos.

Asimismo, y en un punto no menor, creemos destacable indicar que la regulación otorgada a las concesiones marítimas, no contempla causales denegatorias ni un instrumento espacial que determine su otorgamiento, por ende, adicionalmente parece quedar abierto un mayor ámbito de discrecionalidad⁷³ para la Administración, aun cuando siempre deba fundar

de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en: GALDAMEZ ZELADA Liliana, "El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010", en Revista Chilena de Derecho, 39, Santiago, 2012, 1, pp. 189-223; CORREA SUTIL, Jorge, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?" En Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 96-126.

⁷² MARIENHOFF MIGUEL, "Extinción ("revocación") del permiso de uso especial de bienes integrantes del dominio público", en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 32, Buenos Aires, 1996, p. 15.

⁷³ Según Bonnard, "hay poder discrecional, cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en que

razonablemente su decisión, sin dar lugar a discriminaciones arbitrarias, en virtud del artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución. De este modo, resulta más difícil sostener que conforme a la regulación legal vigente, el solicitante de una concesión marítima tiene derecho a obtener la concesión, cuando cumple los requisitos previstos en la ley o derechamente - como ocurre en la praxis - cuenta con la opinión favorable de la CRUBC.

La Política Nacional del Uso del Borde Costero, como se señaló en el primer capítulo de este estudio, fue establecida por primera vez a nivel reglamentario a través del decreto supremo N° 475, de 1994, con el propósito de establecer un marco orgánico que permitiera el mejor aprovechamiento de los amplios espacios marítimos y terrestres del borde costero del litoral, creando la Comisión Nacional, presidida por el Ministro de Defensa Nacional e integrada por diversos otros Ministerios y Servicios Públicos para una acción coordinada, a la que se le confirieron competencias de carácter consultivo y de igual forma, creaba las respectivas CRUBC.

En este sentido, y como se ha indicado precedentemente, consideramos como imperiosa la necesidad de establecer o elevar a rango legal la Política Nacional del Uso del Borde Costero, para de esta forma, proceder al reconocimiento de la CNUBC como un órgano asesor del Presidente de la República en la materia y en dicha jerarquía normativa.

Consideramos sustancial dicha regulación y reconocimiento legal, por cuanto es la CNUBC la encargada de la correspondiente elaboración y propuesta de la Política Nacional, así como de los planes y acciones que la impulsen. Consecuencialmente, y en relación a nuestro punto de interés, creemos esencial reconocer, 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, pronunciarse sobre las propuestas de zonificación

momento obrar, cómo se debe obrar, y que contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional, consiste pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer". BONNARD. Citado por Auby y Drago. "Traité de Contentieux administratif". Edit. L.G.D.J. París. 1962.

sometidas a su consideración, emitir su opinión ante la consulta realizada por el MDN - SSFFAA en referencia a los diversos proyectos representativos de requerimientos de concesión marítima, y aún, establecer de forma legal una regulación que mire a una actuación uniforme en aquellos procedimientos administrativos donde tenga directa injerencia, expresando de forma clara y no confusa, sobre que proyectos recaerá el requerimiento de pronunciamiento realizado por la SSFFAA, debiendo velar por la debida coordinación entre los diversos organismos sectoriales con competencia en el borde costero, con especial atención al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, objeto no provocar duplicidad o contradicción en la opinión.

Sostener lo contrario, es decir, mantener la regulación administrativa actual, significaría vulnerar o infringir aquellas condiciones que deben presentarse para limitar los derechos fundamentales o garantías constitucionales en su esencia. Dichas condiciones o requisitos corresponden, en un primer punto, a que deben ser realizadas por quien tenga las competencias para ello, cuestión que debe quedar resuelta en el plano legal, como lo hemos indicado. Luego, en un segundo punto, se deben cumplir los sustratos jurídicos mínimos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y por último, dichas limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser justificadas y proporcionales⁷⁴.

⁷⁴ QUINZIO, FIGUEIREDO Jorge. "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo I, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, p.44.

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina

- AROSTICA MALDONADO, Iván: "Los motivación de los actos administrativos en el Derecho Chileno", En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. X, Valparaíso, 1986.
- J.M. AUBY y R. DRAGO. "Traité de Contentieux administratif". Edit. L.G.D.J. 3. Vol. París. 1962
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo: "Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras". En RDUCV, XXXVI, Valparaíso, 2011.
- CORREA SUTIL, Jorge, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?" En Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.
- GALDAMEZ ZELADA Liliana, "El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010", en Revista Chilena de Derecho, 39, Santiago de Chile, 2012.
- LAHERA PARADA Eugenia, "Introducción a las Políticas Públicas". Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile, 2008.
- MARIENHOFF MIGUEL, "Extinción ("revocación") del permiso de uso especial de bienes integrantes del dominio público", en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 32, Buenos Aires, 1996.
- NAVARRETE TARRAGÓ, Arturo, "Régimen jurídico de las concesiones marítimas", en Revista Chilena de Derecho, 25, Santiago, 1998.
- RABOSI, Eduardo, "El principio de igualdad y la discriminación", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 7, Madrid, 1990.
- 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 jurídicas. PUCV. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Valparaíso, 2011
- PATILLO BARRIENTOS, Juan: "Política Nacional del Uso del Borde Costero de la República. Oportunidades y riesgos". Revista Marina. Vol. 114/837. Valparaíso, 1997.
- QUINZIO, FIGUEIREDO Jorge. "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo I, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis.

Normativa

Constitución Política de la República.

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. (Ley N° 18.575).

Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional (Ley N° 19.175).

Ley General de Pesca y Acuicultura (Ley N° 18.892).

Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. (Ley N°19.300).

Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (Ley N° 19.880).

Ley de Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios. (Ley N° 20.249)

Ley de Concesiones Marítimas (D.F.L. N° 340/1960).

Ley General de Urbanismo y Construcción (D.F.L. 458/1976).

Política Nacional del Uso del Borde Costero (D.S. N° 475/1995).

Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional (Ley N° 20.424).

Reglamentos

Reglamento de Concesiones Marítimas (D.S. N° 02/2005).

Reglamento de Concesiones de Acuicultura (D.S. N°290/1993).

Reglamento de la Ley N° 20.249 que crea Espacios Costeros Marinos de los Pueblos Originarios (D.S. 134/2008).

Reglamento Interno de Funcionamiento de la CRUBC (Oficio de Gabinete Presidencial N°1/2005).

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional
(Ordenadas por año de dictación).

Sentencia Rol N° 280/1998.

Sentencia Rol N° 1007/2008.

Sentencia Rol N° 1535/2009.

Dictámenes de Contraloría General de la República.
(Ordenados por año de emisión).

- N° 30.584/1992.
- N° 23.114/2007.
- N° 28.265/2007.
- N° 34.392/2007.
- N° 11.901/2009.
- N° 7.444/2011.
- N° 65.515/2011.
- N° 3.800/2013.
- N° 2.192/2014.
- N° 33.760/2014.
- N° 22.331/2015.