

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN

FACULTAD DE DERECHO



“REGULACIÓN JURÍDICA DEL USO DEL BORDE
COSTERO EN CHILE”

Tesina presentada como uno de los requisitos para el egreso de la carrera de
Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

AUTOR: RODRIGO EDGARDO RABANAL BUSTOS

PROFESOR GUÍA: MARCELO SANDOVAL ZAMBRANO

CONCEPCIÓN - 2015

*A mi Madre, a mi Padre, a mi
Hermano, a mis amigos y a
los que estuvieron, están y
estarán conmigo hasta el
final...*

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
1. ASPECTOS GENERALES	
1.1. Medio Ambiente y Borde Costero	9
1.2. Concepto de Borde Costero	10
1.3. Naturaleza Jurídica del Borde Costero	11
1.4. Administración del Borde Costero	12
2. ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL BORDE COSTERO	
2.1. Nociones de Ordenamiento Territorial	16
2.2. Planificación Territorial	20
2.3. Ordenación del Borde Costero	25
2.4. Política Nacional del Uso del Borde Costero	26
2.5. Zonificación del Borde Costero	33
2.6. Plan Regional de Ordenamiento Territorial	35
3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA AFECTACIÓN DEL BORDE COSTERO	
3.1. Afectación del Borde Costero y Generalidades	38
3.2. Concesiones Marítimas	39
3.3. Permisos Marítimos	42
3.4. Destinaciones Marítimas	43
3.5. Espacio Costero Marítimo Destinado a los Pueblos Originarios (Ley 20.249)	44

4. JUSTICIA AMBIENTAL

4.1. Aspectos Generales sobre Justicia Ambiental	48
4.2. Aplicación de la Justicia Ambiental en las Zonas Costeras e Instrumentos de Gestión Ambiental	53
4.3. Los Problemas de Justicia Ambiental en las Zonas Costeras	67

CONCLUSIONES	76
--------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	78
--------------------	----

TABLA DE ABREVIATURAS.

CC	Código Civil
CPR	Constitución Política De La República
RCM	Reglamento de Concesiones Marítimas
MDN	Ministerio de Defensa Nacional
DIRECTEMAR	Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
SFFAA	Subsecretaría para las Fuerzas Armadas
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto ley
DS	Decreto Supremo
OT	Ordenación Territorial
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcción
OGUC	Ordenanza General de Urbanismo y Construcción
SEREMI	Secretaría Regional Ministerial
MINVIU	Ministerio de Vivienda y Urbanismo
SUBPESCA	Subsecretaria de Pesca
SERNAPESCA	Servicio Nacional de Pesca
IPT	Instrumento de Planificación Territorial
PNUBC	Política Nacional del Uso del Borde Costero
PROT	Política Regional del Ordenamiento Territorial
CNUBC	Comisión Nacional del Uso del Borde Costero
CRUBC	Comisión Regional del Uso del Borde Costero
SIABC	Sistema Integrado de Administración del Borde Costero
LCM	Ley de Concesiones Marítimas
UTM	Unidad Tributaria Mensual

DOP	Dirección de Obras Portuarias
DO	Diario Oficial
ECMPO	Espacios Costero Marinos para los Pueblos Originarios
OAI	Oficina de Asuntos Indígenas
CONADI	Consejo Nacional de Desarrollo Indígena
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica
CONAMA	Comisión Nacional del medio Ambiente
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
PAS	Permisos Ambientales Sectoriales
LBGMA	Ley de Bases Generales del Medio Ambiente
CODELCO	Corporación del Cobre
COREMA	Comisión Regional del Medio Ambiente
LBGAE	Ley de Bases Generales de Administración del Estado
SIC	Sistema Interconectado Central
CONFEPACH	Confederación de Federaciones Nacional de Pescadores Artesanales de Chile
CS	Corte Suprema
CdA	Corte de Apelaciones

INTRODUCCIÓN

Hoy en día vemos como la legislación en Chile ha ido evolucionando, en todo aspecto, pero particularmente en los llamados “Derechos de la tercera generación”, y uno de ellos es el Derecho al Medio Ambiente, que se ve reflejado en el Derecho Ambiental, una rama del derecho que podemos catalogar de nueva.

Al respecto es necesario mencionar el art. 19 n° 8 de nuestra Carta Fundamental como precursor y garante del Derecho a un medio ambiente libre de contaminación en cuanto se refiere al derecho nacional, el cual señala: *“La Constitución asegura a todas las personas: 8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.”* y cuya implementación es desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico por la ley 19.300 sobre “Bases Generales del Medio Ambiente” de 1994 que da autonomía y le otorga un desarrollo jurídico adecuado a esta garantía y luego por la ley 20.147 del 2010 que crea una nueva “Institucionalidad Ambiental” compuesta principalmente por el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, instituciones que desarrollan la política, la normativa ambiental, la gestión y la fiscalización aplicando sanciones, respectivamente.

Por lo tanto, dotado de una estructura jurídica básica e independiente, la protección jurídica del medio ambiente ha estado en boga a la luz de mega proyectos de energía, y otras estructuras, cambios en los planes reguladores, calentamiento global, cambio climático, contaminación en los océanos, aire y suelo, desforestación, erosión del suelo, extinción de la flora y fauna, etc. La cual hoy en día, el Estado y sus agentes pretende prevenir, mitigar y sancionar a quienes pongan en peligro la salud de la ciudadanía y sobre todo poder vivir en un Medio Ambiente adecuado y sustentable, además de proteger el entorno de la vida en todas sus formas.

En este mismo sentido, el uso del Borde Costero ha tenido una gran importancia, tanto en el ámbito ambiental (donde pretende dar el enfoque este trabajo) como en el ámbito pesquero, económico, de defensa, etc. y nuestra misión es intentar dilucidar si es que la regulación jurídica que tiene el Borde Costero en Chile es suficiente o no, si la administración corresponde a quien actualmente tiene esta potestad (Ministerio de Defensa Nacional a través del Decreto 475 de 1995), y si las normas que protegen este bien de uso público son idóneas a su carácter de tal.

HIPÓTESIS

- ¿Es suficiente el Marco Regulatorio para el Uso del Borde Costero en Chile?

OBJETIVO GENERAL

- Dilucidar si el marco regulatorio del uso del borde costero en Chile armoniza con los principios de la justicia ambiental.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el Ordenamiento Territorial y las normas legales aplicables al uso del Borde Costero en Chile.
- Establecer si el Ordenamiento del Borde Costero actual permite o no una Justicia Ambiental.

1. ASPECTOS GENERALES.

1.1 Medio Ambiente y Borde Costero.

Primero que todo, empezaremos haciendo hincapié en que este trabajo tiene un enfoque ambiental y no administrativo del tema, por lo que daremos una breve reseña de algunos conceptos fundamentales para entender y adentrarnos de lleno en el tema que nos compete, es decir el uso del borde costero en nuestra legislación.

Comenzaremos con el concepto de Medio Ambiente que nos entrega la Ley 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, la que para todos los efectos legales, en su art. 2 letra II, entiende por "*Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.*

De la definición anterior se desprende que Medio Ambiente no es solo el elemento físico externo (aguas, mar, aire, tierra), sino también agrega el elemento sociocultural, que es más bien el componente humano que configura el entorno en que vivimos, con lo cual veremos más adelante que tiene directa relación con lo que llamaremos "*La justicia ambiental*" y el desarrollo armónico que deben tener los seres humanos en concordancia con el espíritu de la Constitución Política de la República y las leyes.

En cuanto al ámbito netamente territorial del Medio Ambiente donde incluimos el Borde Costero, debemos considerar que los elementos físicos que lo componen en la mayoría de los casos son Bienes Nacionales de Uso Público, los que son definidos por el art. 589 del Código Civil (CC) como:

"Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos."

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”, estos bienes son propiedad del Estado, así como lo establece el art. 590 del Código Civil:” Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”. En concordancia con lo anterior el art. 594 establece: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.” Y ya precisando aun mas tenemos el concepto de playa en el art. 594 del Código Civil: “Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.”

Entonces, teniendo en claro que es Medio Ambiente y cuáles son sus componentes físicos, ahora abarcaremos la unidad geográfica conocida como Borde Costero.

1.2 Concepto de Borde Costero.

El Borde Costero, tanto en Chile como en el Derecho comparado tiene distintos sinónimos, así se han utilizado los términos de “litoral”, “costas”, “zona marítimo-costera”, pero todas aluden al mismo concepto. Aunque si hilamos un poco más fino debemos hacer una diferencia entre Zona Costera y Borde Costero, ya que la primera tiene una acepción más científica, y así se ha definido: *“como un espacio geográfico de extensión variable, situado en el contacto entre la litósfera, la hidrósfera y la atmósfera, lo que le otorga características únicas tanto de riqueza como de fragilidad y complejidad”*¹, Por su parte, el Borde Costero del litoral tiene un carácter netamente jurídico administrativo² así, el Reglamento de Concesiones Marítimas la define como: *“franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”*³

¹ ANDRADE, BELISARIO; ARENAS, FEDERICO y GUIJON, RODRIGO. "Revisión crítica del marco institucional y legal chileno de ordenamiento territorial: el caso de la zona costera", *Revista de Geografía Norte Grande* 41 (2008): p. 26

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

³ Chile, ley 20.424, D.O. 4 de febrero de 2010, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, del Ministerio de Defensa Nacional, art 36.

De lo anterior se desprende que la unidad geográfica mencionada se compone de varios elementos:

- Terrenos de playas fiscales: Corresponden a aquella “*faja de terreno de propiedad del Fisco sometida al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio, de hasta 80 metros de ancho, medida desde la línea de la playa⁴ de la costa del litoral y desde la ribera en los ríos o lagos*” (art.1º N° 38 del Reglamento de Concesiones Marítimas).
- Playas del litoral.
- Bahías, golfos, estrechos y canales interiores.
- Mar territorial: corresponde al “*mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base*” (art. 593 del CC).
- Playa: “*Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.*” (art.594 del CC).

1.3 Naturaleza Jurídica del Borde Costero.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los espacios contenidos en el borde costero debemos señalar que corresponde a la categoría de un Bien Nacional y en consecuencia su dominio pertenece a la nación toda. Y esta conclusión se extrae del análisis de las unidades geográficas que lo componen, como lo son las playas fiscales situadas el litoral, la playa, las bahías, los golfos, estrechos y canales interiores y el mar territorial de la República los cuales se encuentran en concordancia con el ya mencionado artículo 589 del Código Civil. No obstante, existen algunas consideraciones que diferencian su tratamiento administrativo según sean Bienes de uso Público o Bienes Fiscales⁵.

Así, cuando hablamos del Borde Costero en su dimensión de *terrenos de playa (fiscal)* estamos frente a “bienes fiscales o patrimoniales”. A su vez, nos encontramos con “bienes de uso público”, cuando nos referimos a: *las playas, bahías, golfos, estrechos, canales interiores o el mar adyacente.*

⁴ Chile, Reglamento de Concesiones Marítimas, Decreto 2 del 20 de Abril del 2006, N° 23 art 1, p. 2

⁵ Chile, DS. N° 475/95, Art. 1, N° 38

De esta manera, el Borde Costero como una unidad geográfica se identifica, en general, como un bien nacional, pero si retomamos su clasificación advertimos que sus componentes específicos se dividen en categorías jurídicas de naturaleza diversa. En ese sentido, tomando en cuenta la “*summa divisio*”⁶ de regímenes de los bienes públicos y privados, nos permitimos, también, hablar aquí de una suerte de dualidad o bipolaridad⁷ del Borde Costero.

Desde este mismo punto de vista, el concepto de Borde Costero no ha sido desarrollado por la legislación chilena, sino que sólo existen disposiciones dispersas en diferentes textos normativos que hacen alusión al tratamiento de esta unidad geográfica, otorgando facultades y atribuciones a diferentes organismos sobre este, lo cual ha impedido una administración ordenada, coherente territorialmente y razonable.

En Derecho comparado se distingue cada vez con mayor claridad entre las competencias sobre aspectos relativos a la defensa marítima, la que corresponde a los órganos especializados en la materia, principalmente Ministerios de Defensa Nacional y las competencias referidas a la administración territorial del Borde Costero que son de competencia de la entidad encargada de la gestión de los bienes que forman parte del territorio en su integridad, sin perjuicio de la participación coordinada de otros órganos de la administración del Estado.

1.4 Administración del Borde Costero.

Como un dato relevante a mencionar, Chile tiene aproximadamente 4.200 kilómetros de costa, cifra que sube a cerca de 83.850 kilómetros si se consideran las islas circundantes al continente, unidad geográfica no menor ya que poseemos el quinto espacio costero más grande del mundo (por debajo de Canadá, Estados Unidos, Rusia e Indonesia). Nuestro país cuenta con 34 ríos

⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro: “La Summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”. En “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”. Ed. Conosur, Santiago, 2001, pp. 369-389.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro: “Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público”. En *Ius Publicum*, Nº3, Santiago 1999, pp.73-83. El autor habla de la bipolaridad en el tratamiento de los bienes, régimen público y privado.

navegables por buques de 100 toneladas y 79 lagos navegables por buques de 100 toneladas, en lo que compete a navegación, transporte y comercio.⁸

De acuerdo al art. 1º del DFL N° 340/1960 Ley de Concesiones Marítimas,⁹ corresponderá al Ministerio de Defensa Nacional (MDN), Subsecretaría para las Fuerzas Armadas (SFFAA), el control, fiscalización y supervigilancia de toda la costa y el mar territorial de la República, función que de conformidad con el art. 3º, letra m) del DFL N° 292/1953¹⁰, del Ministerio de Hacienda, es ejercida por un organismo de la Armada, denominado Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR), la que según el Reglamento de Concesiones Marítimas se identifica como la “Autoridad Marítima”. Por su parte, el inc. 2º del art. 6 del DL N° 1.939/1977, señala que los terrenos de playas fiscales situados en el litoral, hasta el límite de 80 metros medidos desde la línea de más alta marea, únicamente son susceptibles de actos de administración por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. De todo lo anteriormente expuesto se extrae que le corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, la administración del territorio marítimo costero de Chile, donde se encuentra enclaustrado el Borde Costero.

Por último debemos agregar que el Decreto Supremo N°2 del 20 de abril de 2006, establece la potestad por parte del Ministerio de Defensa Nacional, y en particular por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante de *“conceder el uso particular, en cualquier forma, de los terrenos de playa, de las playas, rocas, porciones de agua, fondo de mar, dentro y fuera de las bahías.”*, esto según el art. 2 del mencionado Reglamento, y con atribuciones expresas entregadas por el art. 3 para: *“autorizar la extracción de materiales varios que se encuentren en las áreas sujetas a su fiscalización y control, como asimismo, autorizar en esos lugares la instalación temporal de carpas u otras construcciones desarmables, de avisos de propaganda, de boyas y atracaderos para embarcaciones menores, de colectores de semillas, de balsas para bañistas y boyarines destinados a delimitar áreas de recreación”*, y aspectos sobre los cuales ahondaremos más adelante.

⁸ HURTADO. C, JAVIER, PRINCIPIOS Cámara Chilena de la Construcción Y ALCANCES AL PROYECTO DE LEY, Seminario Ministerio de Bienes Nacionales, 5 de Noviembre de 2012 p.7.

⁹ Chile, DFL N° 340/1960, publicado en el D.O el 6 de abril de 1960.

¹⁰ Chile, D.L 1937, D.O

- *PROYECTO DE LEY DE ADMINISTRACIÓN BORDE COSTERO Y CONCESIONES MARITIMAS.*

Actualmente se discute en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre administración del Borde Costero y Concesiones Marítimas, con el fin de establecer un nuevo régimen para la conducción y administración del sector, el cual ya se discutió en la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales de la Cámara de Diputados, ya está aprobada por ésta y a la espera su trámite constitucional en el Senado.

La idea matriz de este proyecto de ley contenido en su mensaje es la de radicar en el Ministerio de Bienes Nacionales la gestión y ordenamiento del Borde Costero y crear un régimen regulatorio de las concesiones marítimas que permita una mayor celeridad en su tramitación y que garantice de mejor manera la seguridad jurídica para sus titulares, considerando los aspectos ambientales, sociales y económicos que confluyen en el Borde Costero de forma coherente con la administración y gestión del resto del territorio nacional.

En la actualidad el Ministerio de Bienes Nacionales es el encargado de elaborar políticas sobre el territorio fiscal y de reconocer, administrar y gestionar dicho patrimonio, que equivale aproximadamente al 50% de Chile continental (38 millones de hectáreas). Por otra parte, como ya se señaló, nuestro país tiene aproximadamente 4.200 kilómetros de costa, cifra que sube a cerca de 83.850 kilómetros si se consideran las islas que bordean el continente¹¹.

Los principales cambios que se proponen en el señalado proyecto de ley son: Traspasar la administración del sistema de concesiones marítimas desde el Ministerio de Defensa Nacional al Ministerio de Bienes Nacionales; pasar de una administración caso a caso a una gestión basada en políticas definidas y con mayores grados de certeza para los agentes públicos y privados, y pasar de una participación regional más bien inorgánica a una participación institucionalizada de las regiones.

¹¹ Senado, Boletín N° 8467-12, Valparaíso, Chile, Publicado el 11 de Noviembre de 2013.
http://www.senado.cl/senadores-comenzaran-el-analisis-del-proyecto-sobre-administracion-del-borde-costero-y-concesiones-maritimas/prontus_senado/2013-11-11/102304.html On line.

En cuanto a lo que persigue el proyecto en discusión, podemos decir que sus objetivos son: Regular el proceso de fijación y modificación de la Política Nacional de Uso del Borde Costero, regular el proceso de Zonificación del Borde Costero a lo largo del territorio nacional y establecer un nuevo Régimen de Concesiones Marítimas administrado por el Ministerio de Bienes Nacionales.

Ahora, con respecto al proceso de definición de la Política Nacional de Uso del Borde Costero, el proyecto lo eleva a rango legal, estableciendo 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. En este sentido, se encarga a la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero la elaboración y proposición de la Política Nacional del uso del Borde Costero, modificándose su integración, y se encomienda a las Comisiones Regionales impulsar esta Política Nacional en el nivel territorial, además de pronunciarse sobre las propuestas de Zonificación del Borde Costero.

En lo que concierne a esta zonificación, el proyecto implica un gran avance en materia de descentralización al encomendar su realización a los gobiernos regionales, en concordancia con la Política Nacional del Uso del Borde Costero.

Como punto base de este proyecto de ley podemos destacar el acuerdo entre el Estado y el concesionario en que el Borde Costero ocupa una posición de vital importancia para el desarrollo del país, ya que en esta área confluyen procesos naturales y diversas actividades económicas y sociales que requieren una regulación coherente y armónica que permita el desarrollo sustentable de cada una de ellas.

Como ya se mencionó hasta la fecha es el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, quien administra el Borde Costero del país y además es el encargado de la tramitación y otorgamiento de las concesiones marítimas sobre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales existentes en el Borde Costero y en los lagos y ríos

navegables por buques de más de cien toneladas. Sin embargo, esta competencia ha obedecido más a razones históricas que a los objetivos y competencia propios de dicho Ministerio.

Asimismo, se hace constar que la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral, creada mediante el Decreto Supremo N° 475, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1994, consideró la existencia de una Comisión Nacional del Uso del Borde Costero bajo la dirección del Ministro de Defensa Nacional y la participación de otros Ministerios con competencia en la materia, con el fin de lograr un desarrollo más armónico del territorio, procurando el mejor uso de sus potencialidades y recursos.

Frente a esta realidad, el proyecto de ley ha considerado como una mejor alternativa entregar la gestión y ordenamiento del Borde Costero a un órgano de la Administración del Estado con vocación territorial, como es el Ministerio de Bienes Nacionales, y otorgarle a éste facultades de coordinación de las demás entidades públicas con competencia en el Borde Costero, a fin de fomentar el desarrollo de esta área de una manera sustentable y armónica.

En concordancia con lo anterior, es necesario contar con un régimen regulatorio de las concesiones marítimas que permita una mayor celeridad en su tramitación y que garantice de mejor manera la seguridad jurídica para sus titulares, considerando los aspectos ambientales, sociales y económicos que confluyen en el borde costero, de forma coherente con la administración y gestión del resto del territorio nacional.

2. ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y BORDE COSTERO.

2.1 Nociones de Ordenamiento Territorial.

La Ordenación Territorial (OT) proviene de una tradición europea que pretende impregnar las políticas económicas, sociales culturales y en general ambientales. A su vez, la Carta Europea del OT, señala los ejes que presenta esta ordenación los que son: desarrollo económico y equilibrado de las regiones, mejoramiento de la calidad de vida de las personas y la protección

del Medio Ambiente. Todo esto se circunscribe en la idea de utilización racional del territorio, lo cual exige una planificación como instrumento necesario y esencial.¹²

Como concepto de Ordenamiento Territorial podemos decir que corresponde a la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector. Se trata de objetivos y metas que la sociedad involucrada propone y desea alcanzar, a la luz de las limitantes y potencialidades del territorio.¹³

Si bien la ordenación del territorio constituye una técnica, actualmente tiene una dimensión jurídica innegable en la medida que aparece estrechamente unida a un conjunto de normas que establecen políticas, aspectos de competencias, procedimientos, instrumentos de gestión, etc. dando forma a una auténtica función pública. En buenas cuentas, el Derecho hace suyas las normas técnicas que conforman la ordenación del territorio a través de las herramientas que le son propias: consagrando los valores, principios y normas sobre los que se sustenta; estableciendo expresamente que se trata de una función pública; asignado bajo la forma de competencia dicha función a un órgano público; estableciendo los instrumentos y potestades que comprende (planificación, medios de gestión, sanciones, derechos de los particulares, etc.)¹⁴. Esto es lo que uno puede apreciar claramente en algunos ordenamientos, como ocurre en Francia (“aménagement du territoire”), Alemania (“Raumordnung”) y España (“ordenación del territorio”), aunque no siempre es así. En efecto, existen algunos casos en donde se reconoce la existencia del ordenamiento territorial como técnica, pero su regulación jurídica es escasa o prácticamente inexistente, como sucede en el caso de Chile.

Por esto es que se ha dicho que el concepto de Ordenamiento Territorial tiene una complejidad en su esencia, es dual, ambivalente y, en algunos casos, se podría decir que es antropocéntrico¹⁵. Está demás decir que a la dificultad del concepto, se le suma que los

¹² Proyecto de Ley para la Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ RIOS ALVAREZ, LAUTARO, *El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho urbanístico* (Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1985), pp. 160-166

¹⁵ SAENZ DE BURUAGA, GONZALO, *Ordenación territorial en la crisis actual*, en *Ciudad y Territorio*, 1 (1980), p. 18.

diferentes ordenamientos jurídicos no encuentran una postura única debido a las diversas posturas ideológicas, económicas y políticas.¹⁶

Por lo tanto, se le ha intentado conceptualizar en base a dos concepciones jurídicas:

a) Aquellos que entienden que la ordenación del territorio es una evolución del urbanismo que supera el nivel local y que se instala a nivel regional o incluso nacional, como una forma de resolver de forma más apropiada los problemas globales, como son la ordenación de infraestructura o de protección del medio ambiente. Así autores como Antonio Carceller Fernández habla de la ordenación del territorio como macroubanismo¹⁷ o, más recientemente, Luciano Parejo Alfonso señala que la ordenación del territorio y la ordenación urbanística son sistemas de igual objeto al servicio de políticas de gobierno del territorio diferenciadas¹⁸

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

Con todo, existe consenso respecto a los objetivos que busca la ordenación territorial como serían el desarrollo regional; la búsqueda de un equilibrio territorial entre las regiones; una visión más global respecto de diversos aspectos del territorio (suelo urbano, suelo rural, aspectos sociales; consideraciones económicas, infraestructura, medio ambiente, etc.); coordinación de

¹⁶ PEREZ ANDRES, ANTONIO, *La planificación territorial en el Estado compuesto. La función pública de ordenación del territorio* (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 1997), p. 24.

¹⁷ CANCELLER FERNANDEZ, ANTONIO, *La organización institucional del planeamiento urbanístico en España: problemas y dificultades*, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 10 (1968), p. 94.

¹⁸ PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *La ordenación del territorio y el urbanismo*, en Parejo Alfonso, L. - Jiménez-Blanco, A. - Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho administrativo* (Barcelona, Ariel, 1998), II, capítulo 21º, pp. 305 ss.

los planes sectoriales que deben articularse a partir de la planificación local, y lograr un equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente.¹⁹

- *LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN CHILE.*

En Chile no existen normas jurídicas que consagren planes específicos de Ordenamiento Territorial, sin embargo, esta función pública se desprende de forma indirecta de ciertas normas constitucionales.

Así, podemos decir que el Estado a través de sus órganos, puede delinear un plan o dirección nacional para potenciar, explotar, limitar, concesionar y expropiar unidades territoriales, primero y básicamente bajo el mandato de la Constitución (art.1º, art 19 n° 8, n° 21 y n° 24), y todo sea para fomentar el bien común, función social de la propiedad, la función económica de la propiedad y disponer restricciones específicas para garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La ordenación territorial en Chile ha estado anclada en una visión urbana. La *Ley General de Urbanismo y Construcción* (DFL 458/1975), considera diversos niveles e instrumentos de planificación (comunal, intercomunal o metropolitano, regional y nacional), pero su objetivo está centrado fundamentalmente en los procesos de urbanización y edificación. Ha sido la práctica administrativa y la legislación que rige a las entidades territoriales (Gobiernos Regionales y Municipalidades), las que han vinculado estos instrumentos a la planificación estratégica del desarrollo, siendo uno de los principales mecanismos de gestión del mismo.

Cabe destacar que no hay una entidad encargada de coordinar este tema sino que existen diversos organismos públicos involucrados con competencias directas o indirectas que inciden en el ámbito territorial, sin embargo, mediante la dictación de la ley N° 19.175 (Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional) de 1993, los Gobiernos Regionales

¹⁹ PEREZ, ANDRES, cit. (n. 12), pp. 188 ss

son los órganos que tiene competencia en materia de Ordenamiento Territorial en cada Región, en conformidad con lo dispuesto en el art. 17, al disponer que en su letra a) que corresponderá a los Gobiernos Regionales “establecer políticas y objetivos para el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos en la región, con las desagregaciones territoriales correspondientes”. A lo que se agrega atribuciones de orden urbanístico, como es aprobar la Estrategia Regional de Desarrollo, los Planes Regionales de Desarrollo Urbano, los Planes Reguladores Intercomunales y los Metropolitanos²⁰. Incluso algunos Gobiernos Regionales han tratado de regular esta materia a partir de reglamentos, conforme la facultad que les confiere el art. 20 letra a) de la misma ley. Sin embargo, la Contraloría General ha sido categórica en señalar que no es posible crear por la vía reglamentaria un instrumento de Ordenación Territorial distinto a los previstos por la ley²¹. De ese modo, todavía existe la enorme necesidad de implementación de medidas que logren una adecuada configuración del Ordenamiento Territorial en cuanto a su contenido y en relación a la coordinación de las administraciones públicas con competencias en esta materia, además del fortalecimiento de la calidad de los Gobiernos Regionales para el desarrollo de esta tarea.²²

2.2 Planificación Territorial.

La Planificación Territorial ha sido definida como: “El ordenamiento u ordenación del territorio se refiere a un conjunto de objetivos y directrices que constituyen las líneas principales de la planificación y de aquellos instrumentos que sirven para estos efectos.” La planificación territorial implica desarrollar planes y medidas para efectos de implementar los distintos objetivos y directrices, para de esa manera definir un modelo territorial futuro²³.

²⁰ Chile, Ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. Art. 20 letra e) y f)

²¹ Chile, Dictamen N°59.316/2006 CGR. Jurisprudencia administrativa citada en CORDERO QUINZACARA cit. (n.18), p.218.

²² CORDERO QUINZACARA, Eduardo: “El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos”. En RDUCV, 2. XXIX, Valparaíso, 2007, pp.294-ss. Y SEPÚLVEDA S., Paulo. cit. (n. 6), p. 16.

²³ ARENAS, Federico, LAGOS, Marcelo Y HIDALGO, Rodrigo: “Los riesgos naturales en la planificación territorial”. Instituto de Geografía. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica. Año 5, N° 39, octubre. Santiago, 2010, p. 7.

La planificación es un proceso sistemático y organizado que opera a través de la organización y administración del territorio nacional, siendo su propósito desarrollar una adaptación coordinada y proactiva, anticipatoria a los cambios en el medio externo, en tanto busca mantener la efectividad interna²⁴. Este proceso surge por la utilización espontánea e indiscriminada del suelo por parte del hombre, generando consecuencias adversas y nocivas, pudiendo mencionarse, entre otras: el desequilibrio y desintegración territorial, impactos ambientales y paisajísticos negativos; manejo inadecuado de los recursos naturales y, una inadecuada distribución de la densidad²⁵.

Cabe precisar la división existente en la Planificación Territorial, por un lado nos encontramos la Planificación Territorial indicativa, y por otro la planificación vinculante. Entendemos por planificación indicativa, aquella que se presenta en los instrumentos que sin tener un carácter obligatorio, orientan las decisiones de la administración y los particulares. La planificación vinculante, por su parte, se establece en instrumentos a los que deben someterse necesariamente, como resultado de disposiciones imperativas²⁶.

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

²⁴ Ministerio de Planificación. División de Planificación Regional, "Zonificación para la planificación territorial. Serie Planificación Territorial." *Cuaderno 1*. División de Planificación Regional, Fundación Eduardo Frei, Santiago, 2005, (n. 251), p. 18.

²⁵ FAO, OFICINA REGIONAL PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, "Enfoques Generales y Métodos para la Planificación Territorial: Proyecto Regional "Ordenamiento Territorial Rural Sustentable". *Documento Técnico N° 3*. Santiago, 2006, pp. 9.

²⁶ ÁLVAREZ MELÉNDEZ, Juan-Carlos: "La Planificación Territorial (Ordenación del territorio I)". Universidad de Córdoba. <http://www.uco.es/~gt1tomam/master/ot/alvarez.pdf> (enero, 2013)

- *PLANIFICACIÓN TERRITORIAL EN CHILE.*

En nuestro ordenamiento jurídico, la manera de realizar la planificación del uso del suelo es a través de los llamados “Instrumentos de Planificación Territorial” (IPT), establecidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) y su Ordenanza (OGUC)²⁷. Así, es nuestra legislación existen diferentes Instrumentos de Planificación Territorial, cada cual con diversos ámbitos y extensión territorial: nacional, regional, intercomunal y comunal.²⁸

Ahora veremos cómo se componen los diferentes niveles de acción e Instrumentos de Planificación, así:

- a) Planificación Urbana Nacional: Corresponde al Ministerio de la Vivienda a través de su instrumento que es la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, art. 29 LGUC, y art. 2.1.1 OGUC.

El Estado define las políticas de desarrollo urbano a nivel nacional a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVIU), los objetivos y metas de la política nacional son incorporados en la planificación urbana en todos sus niveles.

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo dicta normas específicas para el estudio, revisión aprobación y modificación de los instrumentos de planificación territorial. Su importancia radica en su fuerza legal, es una planificación obligatoria. Priman las normas de nivel superior sobre las inferiores.

- b) Planificación Urbana Regional: Orienta el desarrollo de los centros urbanos de regiones confeccionados por las Secretarías Regionales Ministeriales del Ministerio de Vivienda, Urbanismo y Construcción (SEREMIS MINVIU), por medio de un instrumento específico, como lo es el Plan Regional de Desarrollo Urbano, de acuerdo con la política regional de desarrollo socio-económico, (art. 30 – 33 2.1.5 OGUC). Su importancia radica en que sus disposiciones se incorporan en la planificación de los niveles siguientes: regional, intercomunal y comunal.

²⁷ Chile, DFL N° 458/1976, y su Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, D.S N° 47 DE 1992.

²⁸ Chile, Ley General de Urbanismo y Construcción, art. 28.

- c) Planificación Urbana Intercomunal: Regula el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas relacionadas, que se integran en una unidad urbana, la que pasa a llamarse Área Metropolitana si ellas tiene más de 500.000 habitantes en su conjunto.

Esta planificación se efectúa a través de del instrumento llamado Plan Regulador Intercomunal o Plan Regulador Metropolitano, confeccionado por la SEREMI MINVIU, con consulta a las Municipalidades e instituciones fiscales y/o grupos de Municipalidades (arts. 34 y siguientes 2.1.7 OGUC), éste Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano según sea el caso, está compuesto de una memoria explicativa, ordenanza y planos (art.35), y su importancia radica en que si el plan altera la planificación de nivel inferior, sus normas se entienden automáticamente incorporadas como modificaciones (art.38).

Dicho art. 38 establece 2 principios: El de supremacía de los planes reguladores intercomunales por sobre el plan regulador comunal, y el de la subsidiaridad en las comunas que carezcan de Plan Regulador Comunal, por lo tanto el Plan Regulador Intercomunal hace las veces de tal. Esta subsidiaridad concluye una vez aprobado el Plan Regulador Comunal respectivo.

- d) Planificación Urbana Comunal: En concordancia con el art. 66 de la OGUC, el Plan Regulador Comunal promueve el desarrollo armónico del territorio comunal, en especial de sus centros urbanos, en armonía con las metas regionales de desarrollo económico y social. Su instrumento es el Plan Regulador Comunal (art. 41) elaborado por las Municipalidades que contienen los Planes Seccionales y los Limites Urbanos. Los principios rectores del plan regulador comunal son los de comodidad, seguridad y funcionalidad.

Los trazados del plan regulador comunal se realizan por el municipio mediante expropiaciones derivadas de la declaración de utilidad pública, adquisiciones por la municipalidad a través de licitación pública o compra directa y cesiones de terrenos que se urbanicen (art.51).

En Chile, el Ordenamiento Territorial ha obedecido principalmente a objetivos urbanísticos, es decir, se busca establecer los diversos usos del suelo en una zona urbana. Excepcionalmente se

aplican los Instrumentos de Planificación Territorial al suelo rural, ya sea a través de los Planes Reguladores Intercomunales que incluyen zonas rurales (entre zonas urbanas incluidas en el plan) o a través del instrumento que permite el cambio de uso del suelo en nuestro país fuera de los límites urbanos²⁹.

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

Dicha situación ha generado regularmente que las decisiones sean adoptadas por la autoridad sectorial sin tener presente la multiplicidad de usos que compiten dentro de una misma zona. De ahí que se sostenga que el Ordenamiento Territorial nacional se ha visto afectado por *“las tensiones derivadas de la presión concurrente sobre un mismo territorio de distintos usos y competencias de los órganos públicos”*.³⁰

Enfrentado a esta situación, el art. 7 bis de la Ley 19.300 modificado por la Ley 20.417, corrige el problema ya que dispone que: *“Se someterán a Evaluación Ambiental Estratégica las políticas y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustanciales que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que el Presidente de la República, a proposición del Consejo de Ministros, señalado en el art. 71, decida.”* Instrumento de gestión ambiental que, ahondaremos con detalle más adelante.

²⁹ HERVÉ ESPEJO, “Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros”. p. 199

³⁰ CORDERO QUINZACARA. *El Derecho Urbanístico*. p.271.

2.3 Ordenación del Borde Costero

Nuestra legislación nos brinda diversas herramientas que nos permiten ordenar, dirigir y controlar las actividades que se realizan en los espacios costeros, Sin embargo hacemos presente que en las zonas costeras se encuentran diversas autoridades, cada una dotada de diferentes competencias en los distintos ámbitos de nuestra legislación. En efecto, así a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) le corresponde ejercer funciones de policía administrativa o como habitualmente se le denomina, policía marítima, vinculada a la protección de medio ambiente acuático, el control e inspección de actividades profesionales y recreativas que se realicen en dicho ámbito, prestar los servicios de señalización, búsqueda y salvamento marítimo, etc. Por su parte, las Municipalidades de las comunas costeras ejercen las competencias que le son propias, especialmente en lo que dice relación con la regulación del uso del suelo y el ejercicio de la policía urbana. A lo anterior, se agregan competencias de carácter sectorial, como ocurre con el Servicio Nacional de Aduanas y la Autoridad Sanitaria, además de las facultades que le corresponden a la Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA) y al Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA), sin dejar de mencionar las funciones que le puedan corresponder a los gobiernos regionales y a otros ministerios.

Con lo anterior, podemos apreciar una variedad de autoridades con distintas competencias tienen lugar en una misma unidad geográfica ejerciendo sus potestades, sin embargo podemos diferenciarlas a partir de la naturaleza de las funciones que deben hacer cumplir. Por ejemplo, los órganos de la Administración del Estado cumplen 3 funciones básicas: Una función de policía, de servicio público y de fomento³¹. Dentro de las funciones de policía se pueden decir que se subdividen en: Planificar, autorizar, fiscalizar, ordenar, prohibir y sancionar.

Por lo tanto, es posible determinar cómo operan las diversas formas de actuaciones y las técnicas de intervención de los órganos del Estado. Así, si bien encontramos facultades importantes que confieren usos y derechos sobre esta unidad geográfica (concesiones marítimas, permisos de pesca, concesiones eléctricas, etc.) o que ejercen un fuerte control sobre

³¹ JORDANA DE POZAS, LUIS, *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, 48 (1949), p. 41 ss.

las actividades (fiscalización, autorizaciones, sanciones), ambas se encuentran sujetas por normas legales, reglamentarias y administrativas, dentro de las cuales se encuentran los Instrumentos de Planificación que zonifican las zonas costeras, determinando usos, edificabilidad y tipologías. En consecuencia, vamos a hacer hincapié en aquellas competencias que, en el marco de la actividad de policía, tienen por objeto regular y planificar los usos en la zona costera. De esta manera, la pluralidad de autoridades con competencia se limita, así como los instrumentos que pueden ser aplicados.

De acuerdo con lo anterior, en esta materia nos encontramos con normas legales que regulan el uso de las zonas costeras en los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT), la Zonificación del Borde Costero en el marco de la Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC) y en los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT).

2.4 Política Nacional del Uso del Borde Costero.

La Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República abrió para Chile una nueva etapa en la planificación y gestión de sus espacios costeros y marítimos. Se encuentra regulada en el Decreto Supremo 475 del 11 de Enero de 1995 del Ministerio de Defensa Nacional (DS 475), la cual establece orientaciones generales para la gestión de esta vital porción del territorio nacional. Asimismo, esta política creó una instancia de toma de decisiones que integra a los múltiples actores, públicos y privados que intervienen en la zona costera. Durante las dos últimas décadas los intereses marítimos a nivel nacional e internacional han tenido un importante auge el que en muchos casos ha superado las previsiones y capacidad de la administración para dar cauce necesario a los proyectos de inversión que los particulares y el propio Estado han efectuado o bien pretenden realizar en estos territorios.

- Principios Generales de la Política Nacional del Uso del Borde Costero.

Del DS 475 podemos indicar que nuestra Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC), se desprenden ciertos principios generales:

- a) Es una Política de Estado: Es decir, esta política debe mantener una continuidad en el tiempo.
- b) Es una Política Nacional: Procura conciliar los diversos intereses regionales y locales con la naturaleza misma del problema que aborda.
- c) Es multidisciplinaria: Por la diversidad de usos del Borde Costero se requiera armonizar los intereses de todos los actores participantes, y se deben considerar aspectos de orden social, económico, uso de recursos naturales y protección de medio ambiente, entre otros.
- d) Es sistémica: Los complejos desafíos que una ocupación armónica del Borde Costero requiere de un sistema interinstitucional que coordine los procesos de trabajo público-privado; que establezca un sistema de información y gestión conjunta, en lo relativo al desarrollo del Borde Costero; que coordine los programas y proyectos específicos a nivel nacional, regional, local y sectorial.

- Objetivos Específicos de la Política Nacional del Uso del Borde Costero.

Por su parte, los objetivos que busca la Política Nacional del Uso del Borde Costero son:

1. Determinar los diferentes potenciales del litoral y sus posibles usos en la dirección del desarrollo del país.
2. Identificar los planes y proyectos de los distintos organismos del Estado, que afecten al Borde Costero.
3. 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.
4. Posibilitar la realización de inversiones en esta zona, el desarrollo de proyectos públicos y privados, bajo reglas predeterminadas, que permitan su concreción, aledaños, y definiciones de usos ya establecidos por organismos competentes. Esta proposición deberá elaborarse a partir de los siguientes usos relevantes.

- *COMISIÓN NACIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO. (CNUBC)*

La Política Nacional del Uso del Borde Costero, en su artículo N° 2, creó la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero y las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, donde se establece el orden metodológico inicial para llevar a cabo esta política, empleando cuatro instrumentos básicos: microzonificación, sistema de información de gestión costera, sistema de seguimiento y planes de gestión.

La Comisión Nacional de Uso del Borde Costero fue creada en el año 1994 y en principio dispuso que estuviera integrada por: El Ministro de Defensa Nacional, quien la preside; El Subsecretario de Marina; Un representante de la Subsecretaría de Desarrollo Regional; Un representante de la Subsecretaría de Pesca; Un representante del Ministerio de Planificación; Un representante del Ministerio de Obras Públicas; Un representante del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Un representante del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Un representante del Ministerio de Bienes Nacionales; Un representante de la Armada de Chile; Un representante del Servicio Nacional de Turismo; Un representante de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, actualmente Ministerio de Medio Ambiente.

Dentro de las principales funciones de la CNUBC se encuentran:

1. Proponer una zonificación de los diversos espacios que conforman el Borde Costero del litoral de la República,
2. Elaborar al menos cada dos años, un informe de evaluación de la Política Nacional de Uso del Borde Costero y proponer los ajustes que sean pertinentes y necesarios,
3. Formular recomendaciones dentro del ámbito de su competencia a los órganos de la Administración del Estado, sobre un mejor uso del Borde Costero, entre otras funciones.

Esta Comisión tiene una Secretaría Técnica que se encuentra en la Subsecretaría de Marina a cargo de las Fuerzas Armadas.

- *COMISIÓN REGIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO. (CRUBC)*

Considerando la importancia que tiene en el quehacer regional el área costera, junto con la necesidad de priorizar su uso de acuerdo a criterios de evaluación social y enfocados al logro de un desarrollo integral, armónico y equilibrado que comprende la protección del medio ambiente y la explotación ordenada de los recursos, en su momento el Presidente de la República mediante instructivo oficial N° 1 del 31/01/1997 encomendado a los intendentes regionales para que acorde a sus propias realidades procedieran elaborar un estudio de Zonificación de los sectores costeros de sus respectivas regiones y a constituir las Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero, la cual depende funcional y administrativamente del Gobierno Regional respectivo a través del Intendente y que tendría como función principal entregar a la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero (CNUBC) las propuestas de acciones tendientes a materializar en la Región la Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC) diseñada por el Gobierno de turno.

En cuanto a su composición, función y funcionamiento interno, y esta Comisión Regional debe ajustarse a los contenidos establecidos en el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la República³².

En el art. 1º del Reglamento, se establece que: *“La Comisión Regional del Uso del Borde Costero tendrá como función principal entregar a la Comisión Nacional del Uso del Borde Costero, la propuesta de acciones tendientes a materializar en la respectiva región la Política Nacional de Uso del Borde Costero diseñada por el Gobierno.”*

La Comisión Regional del Uso del Borde Costero y la Oficina Técnica de Apoyo dependerán funcional y administrativamente del Gobierno Regional.”

³² Chile, Oficio Gab. Pres. N° 001 del 28 de Febrero de 2005

- *FUNCIONES DEL CRUBC.*

En coherencia con la Política Nacional de Uso del Borde Costero y sobre la base del Plan de Desarrollo Regional, son funciones de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (art.2º del Reglamento):

- Elaborar y formalizar una Política Regional de Uso del Borde Costero.
- Elaborar y presentar a la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero una propuesta de Zonificación del Borde Costero Regional y eventuales modificaciones a la zonificación vigente o en proceso de aprobación.
- Elaborar al menos una vez a la año, un informe del proceso de implementación de la Política Nacional de Uso del Borde Costero en la Región, y una proposición sobre los ajustes que estime pertinentes, remitiéndolos a la Comisión Nacional.
- 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.
- Presentar a la Comisión Nacional las propuestas de materialización de la Política Nacional de Uso del Borde Costero que se requiera o ameriten ser tratadas por la citada Comisión.
- Presentar a la Comisión Nacional las discrepancias a la Zonificación vigente o en proceso de aprobación, que se susciten respecto del mejor Uso del Borde Costero del litoral de la Región y cuya solución exceda las atribuciones de las respectivas Comisiones Regionales.
- Recopilar y difundir los estudios que los diversos organismos realicen sobre el Uso del Borde Costero del Litoral de la Región.
- Recibir y resolver las solicitudes que presenten los ciudadanos para el cambio de uso preferente o alternativo del Borde Costero de la Región, conforme al procedimiento que se hubiere fijado para elaborar la propuesta de Zonificación.
- Formular recomendaciones, dentro del ámbito de su competencia a los órganos de la Administración del Estado.

- Emitir opinión sobre las solicitudes de concesiones marítimas, sean estas de carácter temporal o permanente, que la autoridad competente someta a su consideración.

- *INTEGRACIÓN DEL CRUBC*

En su art.3 del Reglamento dispone quienes conforman la Comisión Regional del Uso del Borde Costero, y éstos son: 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 y Tres representantes de otros sectores, diferentes de los señalados precedentemente, nombrados por el Intendente Regional.

Los miembros de la Comisión desempeñarán sus funciones ad-honorem, debiendo acreditar su representatividad formalmente ante la Comisión Regional.

- *PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL BORDE COSTERO.*

La Planificación del Borde Costero se realiza en el marco del área de gestión, planificación y desarrollo, radicada en la Subsecretaría de Marina.

Participan de esta gestión, en forma coordinada, todas las instituciones del Estado que conforman la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero; instancia resolutoria para los efectos de determinar la forma en que tanto los intereses regionales como los del nivel Estado se compatibilizan en la dirección de un uso sostenible de los espacios marítimo-costeros.

Los instrumentos esenciales de planificación del Borde Costero están constituidos por la declaratoria de usos preferentes que a nivel Estado le compete establecer a la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero y las propuestas de zonificación regional de Borde Costero que representan la visión de desarrollo regional en lo relativo a estos espacios. En este contexto se inscriben acciones tales como:

- La coordinación entre la Subsecretaría de Pesca y la Subsecretaría de Marina para la rectificación de los decretos que disponen Áreas Apropriadas para el Ejercicio de la Acuicultura, en el sentido de efectuar correcciones y actualizar la cartografía base de referencia.
- La determinación de los sectores del Borde Costero que sean de interés para la conservación del medio ambiente, que posteriormente se traducirán en decretos supremos que establecen Áreas Marítimas y Costeras Protegidas. Este es un trabajo conjunto entre el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Bienes Nacionales, el Servicio Nacional de Pesca, la Subsecretaría de Pesca, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, en el marco de los compromisos adquiridos en el Plan Nacional de Biodiversidad.
- El apoyo en la elaboración de los procesos de Zonificación costera, en coordinación con el Ministerio de Planificación y Cooperación y la Subsecretaría de Desarrollo Regional. En un plazo no mayor de tres años, se pretende alcanzar la Zonificación de la totalidad de las regiones del país.
- La cooperación con el Ministerio de Vivienda y el Ministerio de Bienes Nacionales para la integración de la gestión territorial costera.
- El desarrollo, por parte de la Subsecretaría de Marina, del Programa Borde Costero, que requiere la respectiva asignación de recursos al Ministerio de Hacienda para el desarrollo de actividades tales como: Mantener y sostener el Sistema Integrado de Administración del Borde

Costero (SIABC); Completar la base cartográfica en datum WGS-84; Continuar con la rectificación de los decretos de Áreas Apropriadadas para el Ejercicio de la Acuicultura; y Continuar trabajando en la consecución de los objetivos de la Política Nacional de Uso del Borde Costero (PNUBC).³³

2.5 Zonificación del Borde Costero.

La Zonificación del Borde Costero es el proceso de ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el Borde Costero del litoral y 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.

Además, promueve generar las condiciones favorables a la conservación, al equilibrio medioambiental y social y a la inversión pública y privada, proporcionando estabilidad y certeza respecto del uso sustentable de los espacios contenidos en el Borde Costero Regional.

Debemos tomar en cuenta que actualmente de las 14 regiones del país que gozan de Borde Costero, sólo las regiones de Coquimbo y Aysén han concretado su proceso de Zonificación de su Borde Costero, los cuales han sido aprobados por el Decreto Supremo 518, publicado el 6 de Abril de 2006 (para el caso de Coquimbo), y por el Decreto Supremo 153, publicado el 16 de Mayo de 2005, ambos del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina.

El Proceso de Zonificación se refleja en un Plan de Borde Costero que se acuerda en un escenario amplio de potenciales de desarrollo y acorde con los intereses regionales, locales y sectoriales, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la comunidad.

Para llevar a la práctica la zonificación que indica la Política, resultaba esencial la participación de las regiones en esta tarea, por lo que el Gobierno de la época mediante el Instructivo

³³ Fundación Mar de Chile, 12 de Diciembre de 2008, ¿QUE ES LA POLÍTICA NACIONAL DE USO DEL BORDE COSTERO Y CUALES SON SUS EFECTOS Y OBJETIVOS?, http://www.mardechile.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1756&Itemid=2

Presidencial Of. N° 1 de fecha 31 de Enero de 1997, encomendó a los Intendentes Regionales para que de acuerdo a sus propias realidades elaboraran un “Estudio de Zonificación de los Sectores Costeros”, sobre la base de una metodología orientadora y además impartió la instrucción de constituir las “Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero” en base al Reglamento de Funcionamiento Interno (Oficio Presidencial N° 001, de 28 de febrero de 2005). Este nuevo Reglamento otorga, principalmente mayor representatividad a las Comisiones, además entrega la Secretaría Técnica al Secretario Regional Ministerial de Planificación, cuyo nombramiento dependerá del Intendente; y por último, establece en forma completa y clara los documentos y antecedentes que debe incluir una Zonificación Regional. Para el caso del Borde Costero, también es así y lo establece la Política Nacional de Uso del Borde Costero. La Política propone para el litoral chileno cinco usos preferentes que corresponden a una macro zonificación nacional de usos relevantes para puertos, astilleros y construcción de naves, regularización de asentamientos humanos y caletas de pescadores, recreación y esparcimiento, industrias, actividades económicas y de desarrollo. El proceso de Zonificación del Borde Costero es la tarea más importante que hasta la fecha están realizando las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero, correspondiendo a un proceso participativo que involucra al Estado, privados y la sociedad civil, lo cual ha establecido un precedente importante para que los diferentes grupos legítimamente organizados manifiesten sus opiniones.”³⁴

La Zonificación Regional plantea los siguientes aspectos³⁵; Entrega el marco orientador para facilitar la toma de decisiones de los actores públicos y privados que actúan en el Borde Costero, provee las bases para una coordinación del desarrollo costero, integrando los instrumentos de planificación en la gestión de la zona costera complementaria en el ámbito territorial a los instrumentos de planificación existentes, tiene un referente conceptual vinculado a la necesidad de potenciar el desarrollo de esta franja en un contexto inclusivo; se constituyen en ejercicios participativos que buscan la coherencia y viabilidad entre el conjunto de instrumentos públicos, en pos de obtener una visión de desarrollo común frente a las oportunidades endógenas y exógenas que detenta el borde costero.

³⁴ CASTRO, C; ALVARADO; C., 2009, La Gestión del Litoral Chileno: Un Diagnóstico; Universidad Católica de Chile, Instituto de Geografía; CYTED-IBERMAR; Santiago, Chile.

³⁵ Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUB), Región del Bio Bío, 2006-2007.

La Zonificación, basada en el supuesto de que todos los sectores que participan de la zona costera articulan sus intereses de manera calificada, la metodología se centra en la construcción de acuerdos ciudadanos respecto del uso del territorio, manejando y previniendo los conflictos que de la interacción de estos intereses pudieran surgir.”³⁶

En ese contexto, la elaboración de la Zonificación Regional responde a un proceso participativo gradual, que en su primera instancia convoca a algunos profesionales del ámbito público a nivel regional, luego incorpora a la totalidad de los servicios públicos y finalmente al sector privado y comunidad representada en general.

2.6 Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT).

El Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) se encuentra dentro de la normativa legal del DFL 1 -19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, está estrechamente vinculado con la Estrategia Regional de Desarrollo. Ambos en conjunto constituyen la visión del desarrollo regional deseado, donde el PROT refleja en forma textual y, en parte, cartográfica, el orden y la estructura territorial correspondiente de los objetivos de desarrollo definidos en la estrategia regional. El instrumento entrega un marco para el impacto territorial deseado de las medidas públicas y privadas de desarrollo, con un enfoque en las inversiones y decisiones productivas, sociales y ambientales. Como instrumento de control del Gobierno Regional para el desarrollo a largo plazo, el Plan contiene criterios (objetivos y principios) para la evaluación de proyectos para fomentar un desarrollo sustentable de la Región. Sus afirmaciones y definiciones se visualizan en forma textual, en mapas temáticos y en un mapa sintetizado de imagen objetivo territorial y lineamientos. Como planos supra-locales, generalmente se elaboran en una escala de 1: 250.000.

El PROT persigue el objetivo de apoyar de manera óptima la estructura territorial y los procesos en la Región de acuerdo a los objetivos generales (por ejemplo, la reducción de las disparidades regionales, el crecimiento de la productividad regional, etc.). Para ello, el territorio regional se

³⁶ *Ibíd.*

subdivide en espacios parciales (Zonificación) y se aclaran las prioridades en forma de preferencias y restricciones. Aparte de este esquema de ordenamiento esencial de un plan de Ordenamiento Territorial, adicionalmente se establecen determinaciones más detalladas para influenciar el Ordenamiento Territorial a largo plazo y de la manera deseada como, por ejemplo:

- La clasificación del sistema de asentamientos humanos, y en particular la tipificación de sus centros urbanos, según la función y centralidad que ejercen en la red de asentamientos;
- El registro de áreas de interés especial con cualidades naturales, económicas o culturales, como cuencas hidrográficas, zonas costeras o áreas turísticas; y
- La identificación de áreas de desarrollo y corredores, etc.

Sobre esta base se indica donde el Gobierno Regional quiere fomentar el desarrollo de manera especial, donde quiere restringirlo y que recursos naturales habría que proteger específicamente. En el marco de estas definiciones, la planificación debe tomar en cuenta las disposiciones legales relevantes como, por ejemplo, la protección de la naturaleza; y las planificaciones sectoriales, particularmente con respecto a la infraestructura del transporte. A pesar de que el Plan de Ordenamiento Territorial muestra un estado territorial deseado de la Región (derivado de distintos escenarios), en la práctica se trata generalmente de una proyección de la estructura territorial hacia el futuro que tiene que tomar en consideración múltiples aspectos determinantes del proceso.

Los procesos de Ordenamiento Territorial son de largo plazo y se deberían inscribir en un horizonte temporal de 10 años. El Ordenamiento Territorial requiere de la continuidad y de un marco estable de objetivos que, sin embargo, debe ser lo suficientemente amplio para poder integrar también desarrollos a corto plazo. Como instrumento de planificación, el Ordenamiento Territorial Regional sirve para participar en la toma de decisiones sobre desarrollos futuros relacionados con los planes sectoriales o de la planificación de las inversiones.

El propósito central del Ordenamiento Territorial Regional es dar un marco orientador a las planificaciones del sector público y de las comunas, es decir, vincularlas con las disposiciones del Ordenamiento Territorial. El Plan Regional de Ordenamiento Territorial solo tiene carácter indicativo. Es decir, su relevancia aumenta sobre todo con la participación intensiva de los actores públicos y privados en la fase de la planificación y en el proceso de la búsqueda de consensos en relación a los objetivos y directrices. En este proceso de búsqueda de consensos, que técnicamente debe estar preparado en forma meticulosa, se deben considerar todas las informaciones relevantes, los planes de inversión sectorial, los programas estratégicos, etc., para disponer de una base lo más realista posible para las decisiones tomadas por el ordenamiento territorial. De especial relevancia son las informaciones provenientes del sector del transporte, del área de la vivienda y el urbanismo, de la planificación ambiental y turística, de los sectores de la salud y de la educación, de las áreas de la energía, agua y residuos, y del sector productivo.

Generalmente, el proceso de consensuar los lineamientos de Ordenamiento Territorial con las comunas ofrece grandes ventajas establecer un intercambio de información y de consulta recíprocos, lo que a futuro permite vincular las comunas de manera más estrecha con las disposiciones del Ordenamiento Territorial Regional.

El monitoreo constituye una base importante para el Ordenamiento Territorial, para utilizarlo de manera efectiva en su función de control regional. Se realiza en el marco de un sistema de indicadores de Ordenamiento Territorial como, por ejemplo, la distribución de la densidad demográfica, el tipo y el alcance de los servicios públicos y equipamientos sociales, el acceso a la infraestructura supra-local, etc., que se pueden agrupar en un catastro de Ordenamiento Territorial sobre la base de unidades geográficas. Para compartir los resultados con la opinión pública, se pueden elaborar informes periódicos que, a la vez, podrán servir como base para un debate público sobre el Estado del Ordenamiento Territorial.

3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA AFECTACIÓN DE BORDE COSTERO.

3.1 Afectación del Borde Costero y Generalidades.

Como cuestión previa, podemos decir que comúnmente se entiende como sinónimo de “Afectación”, el uso o destinación que se le da a una franja de tierra, con lo cual debemos decir que existe una pluralidad de usos y facultades sobre esta extensión de tierra, así como también existen diversos órganos del Estado ejerciendo sus facultades sobre la misma. En relación sobre este mismo punto podemos decir que hay una serie de intereses comprometidos en el Borde Costero, por ejemplo; extractivos, ambientales, de defensa, económicos, etc. Hay que recordar, como se mencionó anteriormente, que el Borde Costero es un Bien de Uso Público, y por lo tanto su afectación depende exclusivamente de la Administración del Estado y sus órganos, pero debemos tener presente las demás acepciones y usos que se le da a la palabra *afectación*, aunque cabe mencionar que para la legislación nacional Afectación y Destinación son cosas distintas, ya que, en breves palabras, diremos que Afectación es el continente, y Destinación el contenido.

De ahí que existen las “normas de afectación”, “las instituciones de afectación” y las “figuras de afectación”³⁷, para aludir a la normativa de Concesiones Marítimas y a otros derechos que en el futuro pueda contemplar el Ordenamiento Jurídico respecto de diversas destinaciones.

De ese modo, al referimos a la Regulación de la Afectación del Borde Costero, utilizamos el concepto de *afectación* en un sentido amplio, no tanto para incorporarlo al régimen del dominio público, sino para referirnos al sistema de protección que orienta los usos a que están, o que pueden estar destinados sus componentes.

En conclusión, para nosotros, la Afectación del Borde Costero es un sistema de protección que explica el vínculo del Estado con cada uno de sus componentes y que va más allá del dominio público pues, explica porque se permite alterar el uso *común* de los Bienes de Uso Público y, a

³⁷ Mensaje ley N° 20.249, Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, D.O de 16 de febrero de 2008.

su vez, permite destinar a un uso concreto *los terrenos de playa* que en principio no estaban afectados, todo bajo una mirada de protección, la que se ha intentado armonizar por un estatuto de usos, el que se ha comenzado a ordenar gracias a la Política Nacional del Borde Costero.

La manifestación más usual de esta Afectación, se da mediante el otorgamiento de las Concesiones Marítimas o las destinaciones, que otorgan el uso particular de un espacio marítimo o de su playa, alterando su destinación regular (uso común) en forma temporal. También reconocemos como parte del sistema de Afectación, junto con las autorizaciones o permisos, otras medidas administrativas tendientes a proteger y gestionar el uso adecuado de ésta área.

3.2 Concesiones Marítimas.

Las Concesiones Marítimas constituyen la forma principal por el cual el Estado y sus órganos utilizan de forma particular el Borde Costero, y está regulado principalmente a través del DFL 340 del año 1960, y su Reglamento (LCM)

Las CCMM significa establecer un uso especial a favor de un ente particular sobre un determinado sector de esta franja de tierra, la que se funda jurídicamente a través de la Ley de Concesiones Marítimas y su reglamento, para que el beneficiario de la concesión la utilice para los fines que estime pertinente, con arreglo a las normas del ordenamiento Jurídico³⁸, y sin afectar el libre acceso a la playa, para el goce de los habitantes.

La definición de concesión marítima, la encontramos en la LCM que data del año 1960³⁹, así el art. 3° reza "*Son concesiones marítimas, las que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de*

³⁸ Chile, Art. 11 Reglamento de Concesiones Marítimas.

³⁹ Chile, DFL N° 340/1960 Sobre Concesiones Marítimas, del Ministerio de Hacienda. D.O. 6 de abril de 1960.

*Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes”.*⁴⁰

Es importante señalar que las concesiones se otorgan por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas (SFFAA), y que su tramitación se somete al control preventivo de legalidad de la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.⁴¹

La LCM solo presenta líneas generales de la regulación de las Concesiones Marítimas, sin ahondar en los procedimientos para otorgarlas, pero debemos hacer hincapié en que destacan algunas disposiciones de esta norma como la que establece al Ministerio de Defensa Nacional como administrador de esta faja de tierra, operando por medio de las SFFAA, reservándose atribuciones privativas para el otorgamiento de concesiones (presentes en los arts. 1 y 2), y a la DIRECTEMAR como órgano fiscalizador y de control del territorio marítimo. También se regulan el cobro de rentas, y montos respectivos (art. 4), establecimiento de concesiones gratuitas a favor de entidades que no persigan fines de lucro (art. 4 inc. 2), y las normas sobre caducidad y terminación (arts. 7 y 8). Pero lo más controvertido en ésta norma es la facultad que se le confiere al Estado que le permite poner término anticipado a la concesión sin hacerse responsable, otorgando plazos (art.9), o bien le permite terminar el beneficio sin expresión de causa, sin estar obligado a otorgar un plazo de gracia, y en tal caso se procederá a indemnizar de perjuicios (art.10).

Por tanto, la institución de la Concesión Marítima se complementa mediante la potestad reglamentaria proveniente del Presidente de la República, cuya fuente es el DS N°2 de 2005 (RCM), el cual genera algunas controversias, respecto al choque entre el poder legislativo y ejecutivo.

⁴⁰ Chile, Art. 23 del Reglamento de Concesiones Marítimas.

⁴¹ Chile, Art. 10.1.3 de la Resolución N° 1.600, de 2008 de la Contraloría General de la República. D.O. 6 de noviembre de 2008.

Ahora, el RCM, precisa las directrices básicas fijadas en la LCM, establece otras normas de gran importancia como: la clasificación de concesiones, distinguiendo entre Concesiones Marítimas mayores, cuyo plazo de otorgamiento exceda de 10 años o involucre una inversión superior a las 2.500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) y Concesiones Marítimas menores, que son aquellas que se otorgan por un plazo superior a 1 año y que no excede de 10 años e involucre una inversión igual o inferior a las 2.500 UTM. En ningún caso las concesiones mayores podrán exceder los 50 años (art. 24), sin embargo, se ha establecido la posibilidad de renovación, la que se otorgara con el mismo plazo señalado para la concesión primitiva, salvo que se acredite que el valor de la inversión ha aumentado, en cuyo caso, podrá otorgarse un plazo mayor; pero si dicha inversión ha disminuido, la autoridad puede establecer un plazo inferior (art. 15 inc. final). De tal modo, nos encontramos ante escenarios hipotéticos en que se puede establecer concesiones de 50 años renovables, por períodos de más años, convirtiéndose en la realidad en concesiones perpetuas.

El RCM regula los pasos a seguir para el beneficiario a objeto de obtener, en los sectores concesibles (playa, mar, terrenos de playa), los objetivos de su solicitud, la que puede constituirse en diversos tipos de fines, ejecución de actividades, construcción de obras o infraestructura, destinadas asimismo, a múltiples fines; por ej., inmobiliarios, pesqueros, comerciales, energéticos, extractivos, etc.

Sin embargo, para resguardar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, el reglamento prevé en su art. 11, que *“Las concesiones marítimas se otorgarán sin perjuicio de los estudios, declaraciones y permisos o autorizaciones que los concesionarios deban obtener de los organismos públicos y/o municipales para la ejecución de ciertas obras, actividades o trabajos, de acuerdo con las leyes o reglamentos vigentes, incluidos los de impacto ambiental cuando corresponda.”*, con lo cual se obliga al peticionario a realizar todas las gestiones y trámites necesarios para que el desarrollo de su actividad, y que el objeto de su solicitud se ajuste a las normas establecidas.

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

3.3 Permisos Marítimos.

Para no afectar de manera tan intensa el Borde Costero, los particulares pueden solicitar a la autoridad permisos de orden precario para utilización temporal (hasta 1 año) del Borde Costero, así lo establece el art. 3° inc. 4 de la LCM, al disponer que *“Son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgadas hasta por el plazo de un año.”* Agrega que, *“Las autorizaciones o permisos serán otorgados directamente por la Dirección del Litoral y de Marina Mercante. Las demás concesiones se otorgarán por decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina.”*

El RCM en su art. 5° entrega una similar definición a la anterior, pero agrega, que la DIRECTEMAR puede, en forma excepcional, otorgar permisos transitorios para ocupar en forma anticipada los sectores solicitados por Concesión Marítima, para efectuar estudios relacionados con el destino que se pretende darle, durante su tramitación. El inc. final, de la misma norma señala que la DIRECTEMAR, podrá delegar en los Gobernadores Marítimos o Capitanes de Puerto, la facultad para otorgar estos permisos, cuando se trate de las materias indicadas en el art.4° del RCM:

“Dentro de las atribuciones a que se refieren los artículos anteriores, corresponderá especialmente a la Dirección el autorizar la extracción de materiales varios que se encuentren en las áreas sujetas a su fiscalización y control, como asimismo, autorizar en esos lugares la instalación temporal de carpas u otras construcciones desarmables, de avisos de propaganda,

de boyas y atracaderos para embarcaciones menores, de colectores de semillas, de balsas para bañistas y boyarines destinados a delimitar áreas de recreación”

El procedimiento de tramitación de estos permisos es similar al de las concesiones, con algunos matices, por ejemplo, no se requiere la reducción a escritura pública (art. 38 RCM), atendida la naturaleza transitoria y precaria del mismo.⁴²

3.4 Destinaciones Marítimas.

El art. 6º del RCM, establece la facultad para que a los servicios fiscales se les otorgue el uso privativo de un sector del Borde Costero para realizar su actividad, por medio de la destinación, afectando de ese modo, un sector específico, al cumplimiento de una función pública concreta, bajo la condición que se mantenga realizando el objeto para el cual fueron destinados.⁴³

El ejemplo más patente se presenta, cuando se destinan determinados sectores del Borde Costero a la Dirección de Obras Portuarias (DOP) del Ministerio de Obras Públicas para la ejecución de la infraestructura para pescadores artesanales, la que posteriormente, una vez ejecutadas las obras, podrá ser solicitada por agrupaciones de pescadores artesanales, como Concesión Marítima, en general, en forma gratuita. También podemos decir que la técnica de la destinación también se utiliza para otorgar de hecho, el uso exclusivo de parte del Borde Costero a particulares, bajo condiciones muy específicas, que se diferencian de las concesiones marítimas, atendida la naturaleza especial del uso que se otorga. Por ej., para otorgar áreas de manejo de recursos bentónicos para los pescadores artesanales (AMREB), o bien, para otorgar espacios costeros marinos para los pueblos originarios (ECMPO).

⁴² Chile, dictamen N° 34.101/2012 CGR

⁴³ Chile, art. 6 RCM.

3.5 Espacio Costero Marítimo Destinado a los Pueblos Originarios (Ley 20.249)

La Ley 20.249 publicada en el Diario Oficial (DO) del 16 de Febrero de 2008 que creó el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), también conocida como “Ley Lafkenche”, busca entregar una herramienta legal a los pueblos indígenas que les permita solicitar al Estado el reconocimiento de dichos espacios costeros marinos en base al uso consuetudinario de estos espacios. Esta Ley tiene su Reglamento que se encuentra en el DS 134/2008.

El art. 1º de la Ley fija el ámbito de aplicación de esta ley el cual señala: *“A las disposiciones de esta ley quedarán sometidos la destinación, la administración y el término de todo espacio costero marino de los pueblos originarios de que tratan los artículos siguientes.”*

El art. 3 señala el objetivo de esta ley, y que es *“...resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero.”*, y por su parte el art. 5 inc. 2 y 3 establece quien podrá administrar los ECMPO, en la cual se señala: *“Podrán acceder a la administración de los espacios costeros marinos de pueblos originarios las asociaciones de comunidades indígenas compuestas de dos o más comunidades indígenas, las que administrarán conjuntamente el espacio costero marino de pueblos originarios, conforme a un plan de administración aprobado en la forma señalada en el artículo 11.*

Sin perjuicio de lo anterior, podrá acceder a la administración de un espacio costero marino de pueblos originarios una comunidad indígena en el caso en que se constate que sólo ella ha realizado el uso consuetudinario del espacio y no existen otras comunidades vinculadas a él.”

Pese a ser una figura administrativa valiosa, se detectó que esta importante herramienta legal no estaba cumpliendo su propósito, debido a la ausencia de ECMPO otorgados a los pueblos indígenas y a una larga lista de espera de solicitudes de afectación para otros fines.

En forma paralela, la implementación de esta Ley comenzó a generar efectos negativos sobre las comunidades solicitantes y sobre terceros interesados en desarrollar proyectos en el Borde

Costero, puesto que también requerían de una Concesión Marítima o de acuicultura para sus proyectos, quedando dichas solicitudes suspendidas en caso de sobreponerse con una solicitud de ECMPO.

Una de las primeras acciones adoptadas fue la de generar mayores instancias de coordinación y eficiencia en la gestión pública, para lo cual se incrementaron los recursos humanos y presupuestarios y se uniformaron los criterios para interpretar y aplicar la Ley y su Reglamento.

- *FUNDAMENTOS DE LA DICTACIÓN DE LA LEY 20.249.*

La Ley 19.253 o Ley Indígena publicada en el año 1993 estableció normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, reconoció legamente la existencia de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y creó la CONADI. Esta ley significó un gran avance hacia el reconocimiento y valoración de los pueblos indígenas en nuestro país y la promoción de su protección y desarrollo.

La creación de la CONADI constituyó un importante primer paso hacia el desarrollo de una institucionalidad que garantizara el debido reconocimiento de los pueblos indígenas. Para ello, esta institución, asumió la misión de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas. Este organismo opera con dos Subdirecciones Nacionales: Norte y Sur. En el norte cuenta con una Dirección Regional en Arica-Parinacota y 4 Oficinas de Asuntos indígenas (OAI) en San Pedro, Isla de Pascua, Santiago y Punta Arenas; y en el Sur con 3 Direcciones Regionales en Cañete, Osorno y Los Ríos.

Por otra parte, hace siglos que las comunidades indígenas desarrollan diversas actividades en el Borde Costero y utilizan los recursos naturales costeros para el desarrollo de su cultura y subsistencia. Sin embargo, la normativa existente sobre afectación de los espacios costeros no resultaba suficiente para reconocer de manera específica el derecho de las comunidades indígenas sobre los espacios que habían usado consuetudinariamente, debiendo lidiar con dificultades varias para acceder al Borde Costero.

Por ello se hizo necesario complementar el marco jurídico con una herramienta legal específica que permitiera reconocer las particularidades de la relación entre los pueblos indígenas y el Borde Costero, que les diera preferencia por sobre otras solicitudes que pudiesen afectar sus intereses y les permitiera, entre otras cosas, el acceso al borde costero sin necesidad de un pago asociado.

De esta manera el Estado de Chile promulgó una nueva Ley con el fin de permitir el reconocimiento del uso consuetudinario que los pueblos indígenas han hecho del Borde Costero. Así en febrero del año 2008 y después de casi tres años de tramitación en el Congreso, se publicó la Ley N° 20.249, que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios.

- *CONTENIDO DE LA LEY 20.249.*

Esta normativa legal se basa en cinco principios fundamentales:

- El primero de ellos es la *exclusividad*, según el cual sólo son destinatarias de los ECMPO las Comunidades o Asociaciones de Comunidades Indígenas establecidas conforme a la ley 19.253.
- En segundo lugar se encuentra el *principio de voluntariedad*, según el cual las Comunidades o Asociaciones de Comunidades Indígenas pueden someterse voluntariamente a los preceptos de esta ley u optar por otras figuras establecidas en el ordenamiento jurídico nacional.
- El tercer *principio es el de asociación*, basado en el supuesto que el uso consuetudinario ha sido ejercido por la generalidad de los miembros de la Comunidad o Asociación de Comunidades.
- El cuarto es el de *gratuidad*, ya que no se contempla el pago de tributos por la entrega en administración de los ECMPO.

- Finalmente se encuentra el *principio de respeto a los derechos constituidos por terceros*, ya que se garantizan los derechos legalmente constituidos por terceros en forma previa a la presentación de una solicitud ECMPO.

Los ECMPO pueden recaer sobre los bienes comprendidos en el Borde Costero marino que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, lo que incluye playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo y rocas dentro y fuera de las bahías, no pudiendo recaer en ríos y lagos.

La solicitud debe fundamentarse en la existencia del uso consuetudinario invocado por las comunidades indígenas, el cual debe ser constatado por la CONADI, y del uso que las comunidades pretendan dar al espacio de acuerdo a sus intereses.

El art. 6 de esta ley define qué se entiende por uso consuetudinario al decir que son: *“las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la comunidad o asociación de comunidades según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura”* lo que podrá comprender, entre otros, el uso pesquero, religioso, recreativo y/o medicinal.

La Ley y su Reglamento, establecen un procedimiento para la solicitud de los ECMPO, cuya tramitación involucra principalmente a SUBPESCA, SUBFFAA, CONADI y las CRUBC. Además, intervienen en el proceso, como proveedores de información y entidades de fiscalización, SERNAPESCA y DIRECTEMAR; esta última, a su vez, es miembro de la Comisión Intersectorial encargada de aprobar los planes de administración o manejo. Asimismo, los Ministerios de Economía, Fomento y Turismo, y de Desarrollo Social, son los órganos competentes para conocer y resolver determinados recursos administrativos, y el Ministerio de Defensa Nacional es el responsable de decretar la destinación marítima correspondiente.

4 JUSTICIA AMBIENTAL.

4.1 Aspectos generales sobre Justicia Ambiental.

- CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Por Justicia Ambiental se entenderá la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan.

El concepto de Justicia Ambiental nace en EE.UU. a fines del Siglo XX como una manifestación de la nueva dirección que toman los grupos ambientalistas.⁴⁴

En esa época, el movimiento ambientalista norteamericano cambia su tradicional enfoque dirigido principalmente hacia la "conservación" de la vida silvestre por una preocupación hacia los grupos más vulnerables de la sociedad y su calidad de vida. Se reconoce entonces que estos grupos se han visto afectados especialmente por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales en los lugares en que viven, fenómeno cuyo origen se vincula con el desarrollo industrial ocurrido durante la mayor parte del siglo XX. Dicho desarrollo habría tenido lugar sin cortapisas ni regulaciones que permitieran la internalización de los costos de dicho proceso por parte de quienes los generaban⁴⁵. Se inicia entonces un movimiento social por la Justicia Ambiental cuyo objetivo principal es obtener una distribución más equitativa de las cargas y beneficios ambientales.

El movimiento ambientalista moderno norteamericano, que hace suyo el concepto de justicia ambiental, deriva de tres etapas diferentes⁴⁶. La primera etapa tuvo lugar a comienzos del siglo XX, y su objetivo principal fue la conservación de los recursos naturales y la protección del medio

⁴⁴ Arnold, C.A "Land Use Regulation and Environmental Justice" 30 ELR (Environmental Law Reporter, 2000), p.10395.

⁴⁵ Shrader—Frechette, K., *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy* (Oxford University Press, New York, 2002), pp. 6 y ss. Citados por Jorge Bermudez y Dominique Hervé "Justicia Ambiental" p. 19.

⁴⁶ Hill, B., *Environmental Justice, Legal Theory and Practice* (Environmental Law Institute Press, 2009), pp. 1-4.

ambiente puro o prístino. En EE.UU, este movimiento permitió, entre otros el establecimiento de un sistema de áreas protegidas, la protección de los bosques y la designación de áreas de recreación natural. La segunda etapa comenzó durante los años sesenta y su objetivo fundamental fue la obtención de reformas legislativas y el desarrollo regulatorio en materia ambiental. La tercera y última etapa tuvo su origen a fines de los años setenta y su objetivo central ha consistido en llevar adelante demandas colectivas para proteger la salud humana de los efectos adversos de la contaminación del aire, del agua, de los pesticidas y sustancias químicas producidas por las industrias. Es decir, el movimiento ambientalista norteamericano evolucionó desde constituir un grupo compuesto esencialmente por conservacionistas y abogados, a transformarse en un movimiento social comunitario que aboga por los derechos y por la justicia ambiental.

Así las cosas, la situación en Europa fue y es diferente a lo ocurrido en EE.UU. A pesar de que el derecho europeo ha sido un referente en el desarrollo del Derecho Ambiental general, no ha experimentado con la misma fuerza que los EE.UU, la incorporación de este concepto de Justicia Ambiental, ni la sociedad ha experimentado un movimiento social por la Justicia Ambiental equivalente al del país norteamericano. Sin embargo, a partir de la década de los 90 el debate ha adquirido mayor relevancia, en particular en el Reino Unido⁴⁷. Los antecedentes disponibles permiten establecer que así como en EE.UU., en el Reino Unido son las comunidades más pobres las que se ven afectadas por los niveles más altos de contaminación atmosférica, de ruido, de agua, o tienen menor acceso a espacios verdes o seguridad en los vecindarios⁴⁸. Sin embargo, a diferencia de los EE.UU., el debate se ha centrado más en la situación socioeconómica de las comunidades afectadas que en su origen racial. Es por ello que de acuerdo con quienes han investigado el tema, no se ha vinculado el trabajo de las organizaciones que promueven la protección del medio ambiente con aquellas organizaciones que luchan en contra de la discriminación. Esta situación probablemente ha generado que los instrumentos legales de la Unión Europea (UE) que permiten velar por la no discriminación no se hayan utilizado con el objeto de promover la Justicia Ambiental. De esta manera, el debate en

⁴⁷ Dobson, A., *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford University Press, 1998), pp. 26-29.

⁴⁸ Schwarte, C. & Adebawale, M., *Environmental Justice and Race Equality in the European Union* (Capacity Global, 2007), p. 15. Disponible en <http://www.capacity.org.uk>

materia de justicia ambiental en Europa se ha orientado fundamentalmente hacia los aspectos contenidos en el *Convenio de Aarhus sobre el Acceso a la información, la Participación del público en la toma de decisiones y el Acceso a la justicia de medio ambiente*, suscrito en junio de 1998. Todos estos aspectos están relacionados con el ámbito procedimental de la Justicia Ambiental, ámbito que por lo tanto ha sido discutido y aplicado en la mayor parte de los países europeos. Sin embargo, con la excepción del Reino Unido, no existe gran evidencia de un debate similar en materia de justicia distributiva y medio ambiental.

Por último, cabe referirse a la Justicia Ambiental en el ámbito global. Sin perjuicio de que este debate ha tenido su origen a nivel doméstico en los EE.UU., también se ha desarrollado una discusión paralela en el contexto internacional. Dicha discusión tiene su base en los reclamos efectuados contra los gobiernos y las corporaciones multinacionales por los abusos en que han incurrido históricamente con respecto a los pueblos indígenas y a las condiciones de pobreza de los países en desarrollo⁴⁹. Sin embargo, en el último tiempo el debate internacional sobre la justicia ambiental se ha desarrollado en foros internacionales especializados, tales como aquellos relacionados con el comercio internacional⁵⁰ y fundamentalmente en las negociaciones que han tenido lugar en la última década con respecto al cambio climático⁵¹. En efecto, el término "justicia climática" es ya un concepto utilizado comúnmente y alude tanto a la distribución de los riesgos provenientes del cambio climático como a la diferenciación en las obligaciones que deben asumir los países de acuerdo con su cuota de responsabilidad en el problema. A su vez, como una manifestación más de la "injusticia ambiental" se ha determinado que los pueblos, comunidades y países más pobres serán los principales afectados por este fenómeno, ya sea porque sus economías se encuentran más expuestas a sufrir efectos provenientes de los riesgos naturales, como por carecer de recursos suficientes para adaptarse y mitigar los impactos provenientes del cambio climático en cuestión⁵².

⁴⁹ Kuehn, R., "A Taxonomy of Environmental Justice", en 30 ELR (*Environmental Law Reporter*, 2000) p. 10682.

⁵⁰ Arruthers, D., "Popular Environmentalism and Social Justice in Latin America" en: Carruthers, D. (ed.), *Environmental Justice in Latin America. Problems, Promise and Practice* (The MIT Press, Cambridge Massachusetts & London, England, 2008), pp. 11-12.

⁵¹ Paterson, M., "Principles of Justice in the Context of Global Climate Change", y Wiegandt, E., "Climate Change, Equity and International Negotiations", ambas en Luterbacher, U. & Sprinz, D. (Eds.), *International Relations and Global Climate Change* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 2001).

⁵² Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, "Informe de Síntesis", publicado en 2007, disponible en: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment—report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf .

- *ELEMENTOS ESENCIALES DE A JUSTICIA AMBIENTAL.*

Precisada la noción de Justicia Ambiental, cabe referirse a los elementos constitutivos de ella para justificar, en primer lugar, por qué se ha adoptado esta noción y no otra diversa y, en segundo lugar, para derivar directrices destinadas a su implementación.

La distribución de las cargas ambientales, así como de los beneficios que el medio ambiente brinda, constituye en realidad una pregunta propia de lo que se entiende por "justicia distributiva". Esta pregunta tiene cada vez más relevancia en la medida que los bienes ambientales son más escasos y las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son, por el otro lado, cada vez mayores⁵³.

Sin embargo, existen también otros aspectos de la Justicia Ambiental que escapan a la justicia distributiva y que se han incorporado al debate por aquellos autores que sostienen que la desproporción en las cargas ambientales constituye un efecto y no la causa de la injusticia ambiental, la que se manifiesta de distintas maneras y no solamente desde la perspectiva del uso indeseado del territorio o de la inequitativa distribución de los riesgos ambientales. En efecto, dichos autores sostienen que la injusticia ambiental se expresa sobre todo en la ausencia de oportunidades o "participación" política y de "reconocimiento" de los que la sufren, elementos que de existir les permitirían desafiar los mecanismos estructurales de decisión establecidos por la sociedad.

Ahora, veremos los elementos propios de la justicia ambiental, que se agregan por parte de la doctrina especializada.

- *Elementos de la Justicia Ambiental.*

a. Elemento Colectivo: En general, la teoría de la Justicia Ambiental se ha elaborado desde una perspectiva liberal que considera la justicia respecto de los "individuos", y no en relación con los "grupos" o "comunidades". Sin perjuicio de ello, es evidente que muchas injusticias se

⁵³ Shrader-Frechette, K., *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy* (Oxford University Press, New York, 2002), p. 27.

cometen con respecto a ciertos grupos vulnerables más que respecto de los individuos que las conforman. De ahí que algunos autores hayan querido abordar de manera más amplia el elemento de las "capacidades" considerando que debe incluir también la forma de realización de los grupos y comunidades⁵⁴. En efecto, la realidad lleva a concluir que los propios grupos demandan justicia respecto de sus respectivas comunidades como tales. En cuanto a la justicia ambiental esta es una de las características claves. Las situaciones de injusticia ambiental se producen respecto de grupos y comunidades antes que individuos.

b. Elemento Ecológico: Hasta ahora los elementos de la Justicia Ambiental que se han explicado se refieren a una relación entre seres humanos. Aquellos que consideran que la Justicia Ambiental incluye también la relación de los seres humanos con el mundo natural postulan el concepto de "justicia ecológica". Para algunos autores, sin embargo, la relación de los seres humanos con el resto del mundo natural no es un asunto de la "justicia" sino que de la "moral" o de la "ética". El objetivo de esta parte del trabajo es presentar los argumentos que se han esbozado para determinar si las responsabilidades y obligaciones que se tienen con el futuro y el resto del mundo natural pueden incluirse dentro del concepto de "justicia", y en particular de "Justicia Ambiental".

Este debate tiene mucho en común y tiende a confundirse con aquel que distingue entre aquellos que conciben el Derecho Ambiental desde una perspectiva "antropocéntrica" y aquellos que lo conciben, en cambio, desde un enfoque "ecocéntrico". Desde la perspectiva de la teoría de la justicia, estos diferentes enfoques son esenciales⁵⁵.

Para los primeros, es decir, los antropocentristas, el tema "ambiental" debe incorporarse dentro de lo que Rawls llama "*comprehensive ideals*", consistentes en posibles concepciones de lo que se entiende como "bueno" dentro de una sociedad y que compiten democráticamente⁵⁶. En

⁵⁴ Schlosberg, D., *Defining Environmental Justice. Theories, Movements, and Nature* (Oxford University Press, 2007), pp. 34-38

⁵⁵ Bosselman, K., "Ecological Justice and Law", en Richardson, B., & Wood, S. (eds.), *Environmental Law for Sustainability* (Hart Publishing, 2006), p. 130.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 133.

cambio, para los autores ecologistas, la relación de los seres humanos con el mundo natural se encuentra más cercano a lo que Rawls llamó "*public reason arguments*" que constituyen los principios básicos que se consideran neutrales dentro de una sociedad⁵⁷. Por ejemplo, según Wissenburg, el "*savings principle*" que Rawls agrega a su teoría de la justicia permitiría incorporar el medio ambiente dentro de estos últimos, en la medida, que dicho principio alude a la justicia intergeneracional como condición de la posición original en que se encuentran aquellos que distribuyen los bienes detrás del velo de la ignorancia. Sostiene que sin la existencia de este principio no podría existir justicia en una sociedad ya que habría privilegios para las generaciones actuales en desmedro de las generaciones futuras⁵⁸. En la práctica, este principio se traduciría en lo que Wissenburg llama "*principle of restraint*", que exige que los derechos deben ser distribuidos de tal manera que se mantengan disponibles para una futura redistribución. En otros términos, consiste en la obligación de no destruir bienes en aquellos casos en que sean irremplazables⁵⁹.

En conclusión, la tarea de definir "justicia ambiental" en toda su magnitud no es, por lo tanto, una tarea fácil. Dificulta aún más el trabajo el que no sólo el concepto de "justicia" sino que también el de "medio ambiente" sea un concepto amplio y controvertido, que ha dado lugar a diversas teorías sobre su contenido y elementos⁶⁰. Pareciera ser que, entonces, la intersección entre ambos necesariamente dará también como resultado un concepto amplio y discutible⁶¹.

4.2 Aplicación de la Justicia Ambiental en las Zonas Costeras e Instrumentos de Gestión Ambiental.

La evolución de conciencia de la sociedad que ha experimentado en cuanto a temas ambientales, hizo finalmente concluir que hay que adecuar el comportamiento de la humanidad y hacerlo compatible con el cuidado del medio ambiente. Se comenzó a comprender que el origen

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 134.

⁵⁸ Wissenburg, M., "An Extension of the Rawlsian Savings Principle to Liberal Theories of Justice in General", en Dobson, A. (ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Environmental Justice* (Oxford University Press, 1999), p. 174.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 190-196.

⁶⁰ Chile, la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300) de 1994, art 2 letra II

⁶¹ *Ob. cit.* (N° 48)

de los problemas medio ambientales tiene su causa en los proyectos de desarrollo mal planificados, emplazados y gestionados y que precisamente regulando este sistema, se podría lograr un mejor cuidado del medio ambiente.

En nuestro país esta intención primeramente se concretó con la promulgación de la Ley de Bases General del Medio Ambiente (LBGMA) de 1994, que incorpora por primera vez un cuerpo normativo que regula de forma sistemática la protección del medio ambiente. Así, por mencionar sólo algunos reconocimientos importantes de esta ley: se estableció el concepto de daño ambiental, medio ambiente y medio ambiente libre de contaminación. Además se consagraron distintos instrumentos de gestión, como los Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), Participación Ciudadana, las Normas de Calidad Ambiental, entre otros.

Sin embargo, después de más de una década de la entrada en vigencia de la LBGMA, diversas circunstancias hicieron necesario hacer una revisión al modelo institucional y de gestión ambiental que contemplaba la ley para evaluar si tal y como está reconocido, constituye una herramienta adecuada para lograr la protección del medio ambiente⁶². En efecto, el 26 de enero de 2010, se publicó la Ley N° 20.417 que modifica la Ley 19.300, y que crea una nueva institucionalidad ambiental, con el objeto de perfeccionar la regulación ambiental, de manera de hacer de la LBGMA un cuerpo normativo que establezca una institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental que se adecuen y respondan a los objetivos de desarrollo económico, así como también a la protección y cuidado del medio ambiente. Además, la Ley 20.417 pretende materializar las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁶³, con el objeto de alcanzar estándares ambientales internacionales en cuanto a otorgar mayor jerarquía a la protección del medio ambiente.

La Ley 20.417 introdujo numerosas modificaciones a la LBGMA en diferentes aspectos de su regulación, entre los cuales cabe destacar la incorporación de una serie de nuevas definiciones, tales como “cambio climático”; se establece el deber del Estado respecto de la participación y la

⁶² Mensaje N°352-356 de 5 de junio de 2008, p. 7.

⁶³ <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/21252/lcl2305e.pdf> [visitada el 08-07-10].

educación ambiental; se consagra la Evaluación Ambiental Estratégica “EAE” como nuevo instrumento de gestión ambiental, se modifica la institucionalidad ambiental creándose el Ministerio de Medio Ambiente como continuador legal de la CONAMA, se crea el “Servicio de Evaluación Ambiental”, se consagra la “Superintendencia de Medio Ambiente” como órgano autónomo de fiscalización y además se le realizaron diversas modificaciones al SEIA, que para este trabajo revisten especial relevancia.

- *EL SISTEMA DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL (SEIA).*

La Evaluación de Impacto Ambiental fue introducida por primera vez el año 1969 por la NEPA (*National Environmental Policy Act*) de los Estados Unidos. Este instrumento de protección ambiental es el más utilizado y expandido en el derecho comparado.⁶⁴

La importancia de este instrumento de gestión ambiental radica en que a través de él, se pueden visualizar, predecir y mitigar los impactos que provocan un proyecto determinado en el medio ambiente. Además cobra interés analizar el SEIA puesto que en nuestro país, ha servido de marco institucional para el desarrollo de una serie de conflictos que manifiestan situaciones de injusticia ambiental.⁶⁵

La idea es analizar el SEIA a la luz de las reformas que le introdujo la Ley N° 20.417 y determinar si este instrumento de gestión incorpora dentro de su normativa los elementos de justicia ambiental. En otras palabras, la pregunta que dirige esta investigación es si la justicia ambiental, como concepto se aplica a través del SEIA. Para resolver esta interrogante, primero se hará una breve reseña sobre el concepto de justicia ambiental, sus dimensiones esenciales y la importancia de que haya un reconocimiento de este concepto en nuestra legislación. Luego, se analizará el SEIA y se intentará identificar las instituciones que permiten de alguna manera

⁶⁴ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007), p. 189.

⁶⁵ HERVÉ, DOMINIQUE, *El Desarrollo Sustentable y la Justicia Ambiental en la Ley 19.300 y en el Proyecto de Reforma*, en *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 270.

abordar el concepto y los objetivos de la justicia ambiental. Finalmente, en base al análisis realizado podrá resolverse si el SEIA, tal y como está establecido en nuestra legislación, incorpora el concepto de justicia ambiental o, dicho de otro modo, si son suficientes las instituciones que contempla nuestra legislación para entender incorporado el concepto de justicia ambiental dentro del SEIA.

En definitiva, se determinará si el SEIA constituye o no una herramienta útil para promover la justicia ambiental y sus objetivos.

En nuestro país la LBGMA, del 10 de marzo de 1994, dedica el Título II las instituciones de gestión ambiental, siendo el más regulado el SEIA. Por su parte, el DS N° 40 de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, contiene actualmente el Reglamento del SEIA, que establece las disposiciones por las cuales se regirá este instrumento de gestión ambiental y la participación de la comunidad. Adicionalmente, cabe destacar que la Ley N° 20.417 de enero de 2010, introdujo numerosas reformas a la LBGMA, en distintos aspectos de su regulación, entre las cuales se encuentran las disposiciones del SEIA. Así, considerando las diversas modificaciones que se le realizaron al SEIA, a continuación nos referiremos a los aspectos más relevantes de este instrumento de gestión ambiental.

El SEIA es un instrumento de gestión ambiental que incorpora un *“conjunto de estudios técnico-científicos, sistemáticos e interrelacionados entre sí, que persiguen identificar, predecir y evaluar los efectos positivos o negativos que pueda producir una o un conjunto de actividades desarrolladas por el hombre, sobre la vida humana, la salud, el bienestar del hombre y el medio ambiente y sus ecosistemas”*.⁶⁶ Por Evaluación de Impacto Ambiental, el art. 2 letra j de la LBGMA, establece que hay que entenderlo como el *“procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental⁶⁷ que, en base a un Estudio o DIA, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”*. Acto seguido, la misma ley, en el art. 2 letra k) establece que por impacto ambiental debe entenderse *“la alteración del*

⁶⁶ ASTORGA JORQUERA, EDUARDO, *Derecho ambiental chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), p.68.

⁶⁷ Ley 20.417, art. primero, número 2) letra b). Antes de esta ley el procedimiento de evaluación ambiental estaba a cargo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”.

De acuerdo a la LBGMA, el SEIA contempla dos instrumentos mediante los cuales los proyectos de inversión o las actividades del art. 10 de esta Ley deben ingresar al Sistema: El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la Declaración de Impacto Ambiental (DIA). El primero consiste en *el “documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutarán para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”*.⁶⁸ Respecto a la DIA, la referida Ley establece que *“es el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes”*.⁶⁹

La obligación de someterse al SEIA, se determina, en primer término, por la naturaleza del proyecto o actividad. En efecto, el art. 10 de la LBGMA enumera los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus etapas, los cuales en virtud del art. 8 del mismo cuerpo legal, sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, ya sea a través de un EIA o de una DIA. El reglamento del SEIA en el art. 3, precisa dicho listado para otorgar mayor certeza sobre las actividades y proyectos sujetos a evaluación ambiental. Esto sin perjuicio de que el proponente puede ingresar voluntariamente su proyecto al SEIA aunque éste no se encuentre comprendido en alguna de las actividades que establece el art. 10.

En caso de que el procedimiento se haya iniciado mediante la presentación de un EIA, éste no sólo tiene por finalidad determinar si el impacto ambiental se ajusta a las normas jurídicas vigentes, sino, además, persigue establecer si con respecto a los efectos, características o circunstancias que generen los proyectos o actividades se han adoptado adecuadas e idóneas medidas de mitigación, compensación o reparación, según corresponda. Si por el contrario, la

⁶⁸ Chile, LBGMA. Art. 2, letra i)

⁶⁹ Chile, LBGMA. Art. 2, letra f)

presentación del proyecto hubiere sido conducida a través de una DIA, el objeto del procedimiento es el de determinar si la actividad bajo ponderación requiere o no de un EIA.⁷⁰

Cabe Mencionar además los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS), son aquellos permisos sectoriales que tienen un objeto de protección ambiental. Dichos permisos pueden tener más de un objeto de protección y se puede dar el caso de PAS que además tienen objetos de protección sectoriales (no ambientales). En estos casos, solo se revisa dentro del SEIA el contenido que se enmarca dentro del(los) objeto(s) de protección ambiental.⁷¹

En lo que nos concierne como trabajo, el DS N° 40 de 2013, en sus arts. 111 a 120 contempla PAS con contenido únicamente ambiental, los cuales son aplicables al Borde Costero nacional.

El proceso de evaluación de un Estudio o DIA, en virtud del art. 24 de la LBGMA, concluye con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Por otra parte, cabe señalar que una de las particularidades de este instrumento de gestión ambiental radica en que hace propios la totalidad de los principios en que se encuentra inspirada la LBGMA, y en tal perspectiva sobresale el preventivo,⁷² en la medida de que el SEIA consiste en un procedimiento que se aplica antes que se ejecute una actividad o proyecto. Por lo tanto, *“se trata de un instrumento de conocimiento al servicio de la decisión y no un instrumento de decisión propiamente tal”*.⁷³

Además, a través del SEIA se manifiesta también el principio de cooperación⁷⁴, debido a que el proceso de evaluación considera la participación y trabajo conjunto del titular del proyecto, de las distintas autoridades con competencia ambiental y de cualquier persona natural o jurídica. En efecto, este principio se materializa a través de distintas instituciones que contempla la

⁷⁰ CONAMA, Jurisprudencia SEIA, Planes y Normas (Santiago, 2008), p. 49.

⁷¹ Servicio de Evaluación Ambiental, <http://www.sea.gob.cl/contenido/permisos-ambientales-sectoriales>

⁷² CONAMA, Jurisprudencia SEIA, Planes y Normas (Santiago, 2008), p.48.

⁷³ ASTORGA JORQUERA, EDUARDO, cit. (n.67), p. 69.

⁷⁴ BERMÚDEZ SOTO, JORGE. cit. (n.66), p. 193.

regulación del SEIA, entre las cuales cabe señalar las *adendas*⁷⁵, que son documentos realizados por los proponentes, a solicitud de la autoridad ambiental, antes de resolver rechazar el proyecto o actividad, y que contiene aclaraciones, rectificaciones o información adicional a la ya entregada. Desde la perspectiva del titular, constituye una manifestación de este principio el hecho que éstos se sometan voluntariamente al SEIA, siendo que en virtud del art. 10 de la LBGMA no están obligados y también que los proponentes asuman compromisos ambientales voluntarios⁷⁶, con el objeto de mejorar la calidad ambiental del proyecto o actividad. Por último, cabe señalar que otra institución en la que se materializa el principio de cooperación, y que tiene especial relevancia para esta investigación, es la participación ciudadana.⁷⁷

Asimismo, en el SEIA se aplica el principio “el que contamina paga”, ya que los costos de las medidas de mitigación, compensación o reparación son siempre a cargo del titular del proyecto.

“El SEIA constituye una manifestación concreta del concepto de desarrollo sustentable”⁷⁸. En efecto, el objetivo que persigue el SEIA es ser un instrumento de gestión ambiental eficaz que compatibilice el desarrollo con la protección del medio ambiente. Es decir, busca promover las condiciones y procedimientos bajo los cuales los proyectos de inversión puedan coexistir en armonía con el medio ambiente. Sin embargo, este instrumento de gestión, pareciera no ser el más apropiado para la aplicación de la justicia ambiental, puesto que no contempla como finalidad el análisis de la distribución de las cargas ambientales de un proyecto o actividad entre la comunidad o dentro de un territorio.⁷⁹ En efecto, dentro de sus objetivos no se considera generar las condiciones que permitan que haya equidad ambiental. Sin embargo, a pesar que la regulación del SEIA no establece expresamente el concepto de justicia ambiental, contiene disposiciones que contribuyen parcialmente en el reconocimiento de sus dimensiones y objetivos.

⁷⁵ Chile, LBGMA, Art. 16

⁷⁶ Chile, LBGMA. Art. 18 inc. 2

⁷⁷ BERMÚDEZ SOTO, JORGE cit. (n.66), p. 193.

⁷⁸ HERVÉ, Dominique. cit. (n.65), p.270.

⁷⁹ *Ibíd.*

- *SEIA Y JUSTICIA AMBIENTAL.*

Ahora, corresponde hacer un breve análisis, de cómo el SEIA reconoce, aunque sea de manera tácita el concepto de Justicia Ambiental, con lo cual se abarcarán las instituciones y normativa legal para abordar la Justicia Ambiental, para ello se dividirá en 2 dimensiones nuestro estudio; a) Dimensión Participativa y b) Dimensión Distributiva.

a) *Dimensión Participativa.*

La nueva institucionalidad ambiental perfecciona el proceso de participación ciudadana dentro del SEIA. En este sentido, las reformas introducidas por la Ley N° 20.417 podrían significar un reconocimiento de la dimensión participativa de la justicia ambiental, que es aquella que garantiza los mecanismos e instancias procedimentales que aseguran a la ciudadanía igualdad de oportunidades en la toma de decisiones ambientales.

En primer lugar, cabe señalar que la Ley N° 20.417 amplía la participación ciudadana en la calificación de proyectos. Se establece que cualquier persona, natural o jurídica está legitimada para participar en la evaluación ambiental. Antes de la reforma, sólo estaban facultados para participar los directamente afectados y las organizaciones ciudadanas. El actual art. 27 de la LBGMA.⁸⁰

Esta norma es relevante, debido a que a través de ella se reconoce que es justo que todas las personas que se puedan ver afectadas por las externalidades de un proyecto o actividad, tienen derecho a pronunciarse al respecto. Además, la participación directa de quienes se verán afectados por los eventuales impactos ambientales de los proyectos que se evalúan, podría contribuir a mejorar la legitimidad y la calidad de las decisiones de aprobación, modificación o rechazo de las mismas.⁸¹ Por otro lado, se modifica el art. 29 de la LBGMA que regula la

⁸⁰ Modificado por el art. primero N° 34 letra b) de la Ley 20.417. Antes de la reforma, el art. 28 de la LBGMA

⁸¹ SABATINI, Francisco; SEPÚLVEDA, Claudia y VILLARROEL, Pablo, *Cinco dilemas sobre la participación ciudadana y la evaluación de impacto ambiental*, en Revista Ambiente y Desarrollo. Vol. XII N° 1, 1996, p.16.

participación ciudadana en los Estudios de Impacto Ambiental. De este modo, se incorpora la participación ciudadana en etapas posteriores de tramitación y evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental de los proyectos que, producto de *adendas*, se han modificado sustancialmente. Además, abrir un proceso de participación ciudadana en etapas posteriores de la presentación del proyecto, también resulta relevante en el sentido de que se legitima socialmente la decisión de la autoridad calificadora.

De esta manera tenemos una serie de disposiciones como el art. 20, 24, 29 que tienen por objeto otorgar mayor incidencia a las observaciones ciudadanas en la decisión de aprobar o no un proyecto. Esto debido a que se modifica la causal de reclamación en contra de la RCA, ya que ahora procederían cuando las observaciones ciudadanas no han sido debidamente “consideradas”, siendo que antes de la reforma de la Ley de Bases, la obligación de la autoridad consistía en “ponderar” las mismas.

Por otra parte, la reforma ambiental abre también el proceso de participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, así el art. 30 bis inc. 1º que establece: *“Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.”*. Y en el caso del inc. 2º esta disposición obliga a la autoridad a abrir un nuevo proceso de participación ciudadana si durante el proceso de evaluación, la DIA ha sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos del proyecto, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la DIA.

El hecho que se amplíe la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, cuando los proyectos generen cargas ambientales, sin duda resulta importante en la consagración de la Justicia Participativa.

Por último, pero no por eso menos importante, respecto de la incorporación de la dimensión participativa de Justicia Ambiental en el SEIA, cabe señalar que se reconoce el derecho de acceso a la información, tal es una modificación producto de la reforma de la ley 20.417 agregando en el art. 4º "permitir el acceso a la información ambiental". Esta disposición establece que en virtud de la CPR y de la Ley 20.285, toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración. Acto seguido, dispone que por información ambiental se entenderá toda aquella de carácter escrita visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración. De conformidad al art. 31 ter, el MMA administrará un Sistema Nacional de Información Ambiental, desglosada por regiones, en el cual se indicará una serie de materias que enumera la misma disposición y que requieren la incorporación de la comunidad en materia ambiental.

b) *Dimensión Distributiva.*

La incorporación de esta dimensión de la justicia ambiental en la normativa del SEIA es más deficiente que la participativa. Aunque sea débil el reconocimiento de la participación ciudadana, al menos está consagrada expresamente en la regulación de este instrumento de gestión, no así la distribución de los impactos y beneficios ambientales, ya que no hay disposiciones que se hagan cargo de éstas. Sin embargo, es posible interpretar que algunas disposiciones abordan, aunque sea parcialmente, la dimensión distributiva y sus objetivos.

Una de las formas en que la regulación del SEIA incorpora la dimensión distributiva es a través de las medidas de "Compensación Ambiental". Así, el art. 60 del Reglamento del SEIA establece que éstas deben entenderse como "*aquellas medidas que tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Dichas medidas se*

expresarán en un Plan de Medidas de Compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad'.

Así, nuestra legislación tolera los impactos que pueda generar un determinado proyecto de inversión, en la medida que se entregue algo por aquello que se ha dañado, buscando una "igualación general del resultado".⁸²

En efecto, las medidas de compensación ambiental se pueden interpretar como una forma de distribución de cargas y beneficios ambientales, ya que su objetivo es que los proponentes, a través de un Plan de Medidas de Compensación, reemplacen un bien que se pierde a causa de las cargas que se generaron, por otro equivalente. En definitiva, esta es una forma de llevar a cabo acciones tendientes a hacerse cargo del impacto que se ocasionó en el lugar en que se emplazó el proyecto o actividad.

Por otra parte, el art. 11 bis de la LBGMA⁸³ dispone que los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al SEIA. Luego señala que será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. Sin embargo, esto no se aplica cuando el proponente acredita que el proyecto o actividad corresponde a aquellos cuya ejecución se realizará en etapas.

En el mismo sentido hacen referencia los arts., 8, 9 bis y 9 ter, 11 ter y 12 letra b), a través de estas disposiciones se pretende crear armonía entre los proyectos de inversión y el desarrollo local y regional, lo cual necesariamente implica considerar las características del lugar en el que se emplaza un proyecto. En este sentido, se busca abordar consideraciones relativas a las cargas o impactos ambientales que genera un proyecto en una localidad específica, lo cual

⁸² VERGARA, Javier y LEYTON, Patricio, *Compensación de Recursos Naturales en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, en *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 1, Publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Diciembre de 2003. p. 3.

⁸³ Agregado por el art. primero Nº 9 de la Ley 20.417.

apunta inevitablemente a la dimensión distributiva de la justicia ambiental. Pareciera que la intención de esta disposición consiste en incorporar a la evaluación ambiental de los proyectos, una dimensión del OT, lo cual tendría importancia para la consagración de la sustentabilidad.⁸⁴

- *EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA (EAE).*

La EAE consiste en “aplicar los principios de la EIA a políticas gubernamentales (ambientales y no ambientales), planes (sectoriales y territoriales) y programas de acción”⁸⁴. Se trata de evaluar ambientalmente actividades que se sitúan por sobre el nivel de proyectos individuales de inversión.

Este instrumento tiene una serie de beneficios o ventajas para la gestión ambiental⁸⁵.

Por ejemplo, se aplica antes que se elaboren los proyectos individuales, de manera que se puede influenciar el tipo de proyectos que se quiere lograr. Por otro lado, permite evaluar impactos que son difíciles de considerar a nivel de proyecto, tales como los impactos acumulativos sobre el medio ambiente o los grandes impactos sobre la biodiversidad o el cambio climático. Quizás el aspecto más relevante es que permite evaluar mejor las alternativas que existen para el desarrollo de determinadas actividades, puesto que una vez que se evalúan los proyectos individuales por regla general hay ciertas alternativas que ya han sido descartadas.

Mediante este instrumento, quienes adoptan decisiones de nivel político y/o programático tienen mayor información acerca de las dimensiones ambientales de las mismas, de manera de considerarlas junto con las otras dimensiones que involucran este tipo de decisiones (económicas y sociales). Las etapas de la EAE son las mismas que las de la EIA, es decir⁸⁶:

⁸⁴ HERVÉ, Dominique, cit. (n.65.) p. 272.

⁸⁵ HOLDER, J. & Lee, M., *Environmental Protection, Law and Policy*, Second Edition, Text and Materials (Cambridge University Press, 2007) pp. 597 y ss.

⁸⁶ CLARK, B.D., “Alcance y objetivos de la Evaluación Ambiental Estratégica”, en *Estudios Públicos*, 65, (verano 1997), Santiago, Chile, pp. 4-6.

- la determinación de si una acción determinada debe someterse o no a la EAE. Se puede utilizar el mecanismo de listados, al igual que en la EIA, pero en este caso de políticas, planes y programas. Otro enfoque consiste en analizar caso a caso si éstas tienen efectos ambientales significativos;
- la identificación de los problemas claves y alternativas que deben ser abordados en la evaluación;
- la recopilación de información para describir el medio ambiente o línea base. En este caso como se trata de un área geográfica amplia, la recopilación se concentra en los elementos claves del medio ambiente, y se trata de información más general y no de detalle como en el caso de los proyectos de inversión;
- la predicción y evaluación de los impactos ambientales de la actividad. En este caso cobran especial relevancia los impactos acumulativos tanto en el espacio como en el tiempo;
- la participación de la ciudadanía;
- la decisión final. Aquí se plantea un problema ya que el proponente de la acción (política, plan o programa) es una autoridad pública, que debe someter la evaluación de su actividad a otra autoridad. Por lo tanto, se deben establecer arreglos institucionales que permitan garantizar la revisión de la acción por una autoridad independiente;
- el monitoreo o seguimiento de la decisión.

Las mayores diferencias entre la EIA y la EAE son la escala y oportunidad del estudio, así como el grado de detalle que se requiere⁸⁷. La escala es mayor en la EAE ya que comprende varias actividades, con amplitud de alternativas, en un área más extensa y la gama de impactos ambientales puede ser mayor. Las diferencias de oportunidad se refieren a que el intervalo de tiempo entre el proceso de planificación y la implementación de la actividad específica que da origen al impacto ambiental en la EAE es mayor, por lo que la incertidumbre también.

La EAE se puede aplicar ya sea a políticas o planes sectoriales (por ejemplo, una política sobre el manejo de los recursos hídricos) o a políticas o planes que se vayan a aplicar en un mismo

⁸⁷ *Ibid* pp. 7-8.

espacio o región (desarrollos multisectoriales dentro de un área geográfica)⁸⁸. El primer enfoque ayuda a seleccionar el tipo de proyectos que se buscan (en el sector hídrico, por ejemplo, hidroelectricidad vs. agricultura vs. acuicultura vs. turismo). El segundo enfoque permite evaluar los impactos acumulativos tanto espacial como temporalmente (considerando los impactos de proyectos futuros, presentes y pasados).

La EAE de las políticas o planes que se aplican a una zona determinada implica la evaluación ambiental de una planificación territorial integrada, a la que se hizo referencia en la sección anterior. Pero la justicia ambiental no se trata sólo de OT. Por el contrario, muchos casos de justicia ambiental tienen que ver con el uso de otros recursos distintos al suelo. Un caso paradigmático en Chile es el de la política sectorial en cuanto al uso y aprovechamiento del agua.

Cabe señalar que la legislación ambiental en Chile no exige la EAE de políticas, planes y programas, con la sola excepción de los IPT. En efecto, la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente consagra el SEIA en sus arts. 8 y siguientes como un sistema de evaluación ambiental de proyectos. Así, en el art. 10 se incluye un listado de los proyectos que deben ingresar al Sistema, todos los cuales constituyen proyectos individuales de inversión, ya sean públicos o privados, con la única excepción de lo dispuesto por la letra h). Esta disposición señala que deben ingresar al SEIA los “Planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas”⁸⁹. Es decir, a través de esta fórmula se ha logrado la evaluación ambiental de los instrumentos de planificación territorial, lo que constituye en la práctica una especie de EAE. Sin embargo, las disposiciones que se aplican a esta evaluación son las mismas que se establecen para la evaluación de proyectos de inversión, cuestión que implica que no se evalúen necesariamente las variables que deben considerarse en una EAE.

⁸⁸ *Ibid* pp. 15-17

⁸⁹ Chile, Boletín N° 5.947-12, ingresado el 3 de julio de 2008 a la Cámara de Diputados.

Al igual que en el caso de los IPT, se considera que la EAE es un instrumento adecuado para hacerse cargo de los distintos elementos de la justicia ambiental. En efecto, el sometimiento de políticas, planes y programas a una EAE podría evitar la generación de impactos ambientales desproporcionados, velando por la participación y el reconocimiento de la situación particular de ciertas comunidades.

Las directrices que se propone debieran aplicarse en la EAE para cumplir con los objetivos de la justicia ambiental son, por ejemplo:

- Incluir dentro del listado de políticas, planes y programas que deben someterse a una EAE aquellos que generen riesgos o impactos sobre comunidades que constituyen minorías étnicas y sobre comunidades de bajos ingresos;
- Incluir también aquellas políticas, planes y programas que impliquen la concentración de actividades contaminantes en una zona determinada;
- Evaluar si existen alternativas que generen menos problemas de justicia ambiental que la política, plan o programa propuesto. Es decir, este criterio implica que en la evaluación se logre garantizar que la política o plan propuesto no va a generar nuevos problemas de justicia ambiental o que no va a empeorar los problemas ya existentes;
- Aprobar políticas, planes o programas en la medida que acrediten un trato justo para todas las personas, independiente de su raza, cultura o nivel de ingreso.

4.3 Los Problemas de Justicia Ambiental en las Zonas Costeras.

La cuestión ambiental y los problemas que se plantean en relación con la calidad de vida de las personas y el uso de los recursos naturales, ha llegado a límites que nos exige una reflexión profunda acerca de la eficacia de la normativa nacional imperante para no llegar a lamentarnos de efectos irreversibles sobre nuestro medio ambiente.

Como este trabajo está abocado a la regulación jurídica del Uso del Borde Costero, haremos una breve reseña de cómo los Mega proyectos energéticos, actividades económicas, extractivas, industriales, etc, comprometen un Medio Ambiente adecuado para la vida y el desarrollo sustentable de la flora y fauna, en particular la marina.

Ahora, expuesto el problema corresponde preguntarse si hay casos en que las decisiones de las autoridades no hayan otorgado un trato justo o igualitario en materia de servicios y cargas ambientales, no hayan existido mecanismos de participación de la comunidad directamente afectada o que el acceso a la información ambiental ha sido ostensiblemente débil.

Para estos efectos enunciaremos algunos casos en que se ve enfrentada la Justicia Ambiental versus el desarrollo de las regiones.

Casos emblemáticos hay varios, pero acorde a la brevedad del trabajo veremos 2 casos:

- a) El caso de la comuna de Puchuncaví, V Región.
- b) El caso de la termoeléctrica Bocamina II en Coronel, VIII Región

- a) El caso de la comuna de Puchuncaví.

La comuna de Puchuncaví se encuentra emplazada en el sector norte de la V Región de Valparaíso, compuesta por 22 localidades y una estimación de 13.000 habitantes, quienes ocupan una superficie de 301 kilómetros cuadrados.

A mediados del siglo XX, esta comuna era fundamentalmente rural, y sus principales actividades eran agrícolas, artesanales y pesqueras. Sin embargo la aprobación e instalación de la refinería destinada al procesamiento de cobre por parte de la Empresa Nacional de Fundiciones (hoy CODELCO), una central termoeléctrica y además la construcción del plantel industrial Ventanas elegido estratégicamente por la cercanía entre Quinteros y Valparaíso, cambió radicalmente el panorama,

Desde 1950 a 1964 hubo protestas y acciones judiciales en contra de dichos proyectos haciéndose más intensas a finales de la década de los 80.

A partir de 1990 el gobierno reconoce que la contaminación en el entorno de este complejo industrial debe ser enfrentada mediante un plan de acción oficial. En primer lugar, en 1991 se establece una red de monitoreo permanente. Los resultados de este monitoreo arrojan niveles por sobre las norma de emisión, razón por la cual la comuna de Puchuncaví fue declarada zona saturada para anhídrido sulfuroso (SO₂) y material particulado (MP10), con la finalidad de proteger la salud de las personas, las actividades silvo-agropecuarias, las actividades complementarias al Complejo Industrial y la actividad turística de la zona afectada (1994). Con el objeto administrar ambientalmente la zona circundante, a fin de propender a una reducción constante y permanente de sus emisiones, poco antes se aprueba un Plan de Descontaminación para el Complejo Industrial Ventanas, conformado por División Ventanas y la Termoeléctrica de AES GENER S.A. (1993) . Este plan todavía está vigente y ha significado una disminución importante de las emisiones, aunque todavía está por debajo de las estándares internacionales.

Sin embargo, en el sector se ha experimentado un enorme crecimiento industrial. A las empresas que originalmente estaban en el sector, se han incorporado otras, lo cual ha acentuado el problema.

Ahora bien, si se analiza el caso desde la perspectiva de la actuación de los diversos órganos públicos con competencia en la materia, el panorama es francamente desalentador.

En primer lugar, uno de los problemas de Puchuncaví se encuentra en la emisión de material particulado (MP10) y dióxido de azufre (SO₂). Sin embargo, las disposiciones que regulan estas emisiones en Chile están muy por debajo de las normas internacionales. En efecto, la norma de emisiones diarias de Dióxido de Azufre (SO₂) es de 96 partículas por billón⁹⁰. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud ha establecido un promedio de 7,63 partículas por billón en 24 horas, considerando que la exposición al SO₂ puede causar complicaciones en el sistema respiratorio y las funciones pulmonares, además de causar irritación ocular. Pero, además, el problema se presenta en la forma de medición: la norma en Chile establece una exigencia diaria

⁹⁰ Chile, artículo 4 del Decreto Supremo N° 113, de 6 de agosto de 2002, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (DO. de 6 de marzo de 2003)

en base a un promedio, mientras que la norma internacional establece una exigencia horaria. De esta forma, es posible que en determinadas horas la emisión sea superior a las 96 partículas por billón, pero mientras se mantenga el promedio durante el día, la norma se entiende cumplida.

En segundo término, nos encontramos con una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas urbanísticas, por parte de las autoridades centrales, para el desarrollo de actividades industriales, particularmente en el caso de Puchuncaví. En efecto, esto ocurrió a propósito de la aprobación del proyecto Campiche, el cual considera la instalación de una central a carbón de 270 MW, en el complejo termoeléctrico Ventanas. Si bien la COREMA de Valparaíso había aprobado el proyecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso y la Corte Suprema, acogieron un recurso de protección en contra de dicha resolución, declarándola ilegal. El fundamento central de dichas sentencias fue que, conforme al Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso, el lugar donde se pretendía instalar la planta termoeléctrica era una zona de riesgo, por constituir un peligro potencial para los asentamientos humanos, razón por la cual su destino era únicamente al desarrollo de áreas verdes y de áreas recreacionales⁹¹. Siendo el problema central una cuestión relativa al uso del suelo, el problema se resolvió con la dictación del Decreto Supremo N°68, de 1 de diciembre de 2009, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DO de 31 de enero de 2009), que introdujo diversas modificaciones a la Ordenanza general de urbanismo y construcciones, una de las cuales flexibiliza las normas de uso de suelo (artículo 2,1,21). Con dicha modificación la posibilidad de destinar los terrenos para la construcción de una termoeléctrica quedó resuelta. No es de extrañar que las reacciones y críticas iban a estallar, considerando especialmente que dicha modificación resolvía este caso particular pasando por sobre los IPT, pero dejando vigente una norma bastante discutible desde el punto de vista ambiental. En todo caso, los hechos plantearon la necesidad de poder evaluar ambientalmente no sólo los IPT, sino también las normas reglamentarias (Ordenanza general de urbanismo y construcciones). A lo anterior, se debe agregar la nula participación de la comunidad en una decisión de esta envergadura, especialmente por la carga ambiental que esta determinación estaba imponiendo. Ambos son temas que ya estarían resueltos mediante la evaluación ambiental estratégica contemplada en el artículo 7 bis de la Ley N° 19.300 y la participación de la

⁹¹ Véase la sentencia de 22 de junio de 2009, rol N° 1219-2009, suscrita unánimemente por los ministros de la Tercera Sala, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Aranceda y el abogado integrante Benito Mauriz. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso es de 8 de enero de 2009, rol N° 317-2008.

comunidad en la gestión pública, de acuerdo a las nuevas disposiciones contenidas en el título 5° LBGAE. Sin embargo, debemos señalar que la gran separación entre lo que disponen nuestra normas jurídicas, particularmente la Constitución, y la situación que afecta esta, ha de encontrar como responsables a las propias autoridades que deben aplicarlas.

b) El caso de Bocamina II.

La comuna de Coronel se encuentra emplazada en el sector sur de la Provincia de Concepción, en la VIII Región del Bio Bio, con una estimación de 109.000 habitantes aproximadamente, quienes ocupan una superficie de 279 kilómetros cuadrados.

El proyecto consistió en construir y poner en servicio una Segunda Unidad generadora de electricidad de 350 MW de potencia instalada, adyacente al sitio industrial de la Central Bocamina. La planta se encuentra emplazada a orillas del mar, en medio de un circuito de poblaciones de pescadores artesanales, los que superan las ocho mil personas. El proyecto consideró la instalación de un filtro de mangas en la Primera Unidad de la Central Bocamina, con el objetivo de reducir las emisiones de material particulado que ésta registra, lo cual dará como resultado que la emisión conjunta de la unidad generadora actual y la nueva unidad será considerablemente menor que la emisión de la unidad actual sin filtro de manga. Según señala Endesa en su EIA presentado en el 2006, de una emisión máxima de 114,7 ton/día que presenta la Primera Unidad actualmente en operaciones, se pasará a un total de 2,2 ton/día, una vez que se construya este proyecto; vale decir, con las dos unidades operando simultáneamente. Ello implica un saldo final de un 98% de reducción de las emisiones de 2006.

Con la ejecución y puesta en marcha de este proyecto, además, aseguran una disminución en la dependencia que el Sistema Interconectado Central (SIC) tiene actualmente de las centrales hidroeléctricas y térmicas a gas natural de la zona central del país. La ampliación de la Central Bocamina permitirá cubrir parte de las futuras demandas del SIC, las cuales se prevé en continuo incremento, debido al crecimiento económico, tecnológico y poblacional del país. Bocamina 2 consiguió su calificación ambiental mediante EIA en 2007. Sin embargo, producto de

nuevos estudios de ingeniería realizados a partir del año 2008, Endesa decidió optimizar el diseño de la segunda unidad, de manera de mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad, sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado, lo que, a la vez, podría permitir un aumento de potencia en 20 MW. Para ello, ingresó al SEIA una DIA, lo que fue cuestionado por la Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile (CONFEPACH) que presentó un recurso de protección contra el proyecto exigiendo la presentación de una EIA. Este recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción. En junio de 2012, sin embargo, la Corte Suprema resolvió aceptar el recurso de la CONFEPACH y exigir a la empresa la presentación de un EIA y no un DIA como se realizó. Esto significó que el 4 de julio de 2012 la Comisión de Evaluación del Bio Bio pusiera término a la evaluación ambiental del proyecto de Optimización de Bocamina. Durante el 2011, vecinos a planta se han venido manifestando en innumerables ocasiones en contra de la Termoeléctrica. Aducen contaminación, ruidos molestos y problemas de salud. Exigen a Endesa minimice los daños ambientales.

Los pescadores artesanales, en tanto, rechazaron el funcionamiento de la termoeléctrica, puesto que afectaría la temperatura del mar en sectores aledaños, generando migraciones de los peces que pondrían dificultades para la extracción de los mismos.

Se manifestó por las autoridades que la planta fue aprobada por un proceso legal amplio y de varios años, para la aprobación de su construcción.

En curso esta una investigación iniciada por el Ministerio Público en torno a la contaminación provocada por Endesa en la ciudad de Coronel. Durante el 2012 nuevamente vecinos y pescadores se manifiestan en innumerables ocasiones en contra de la Termoeléctrica. Aducen contaminación y problemas de salud desde la entrada en funcionamiento de la misma, exigen se minimicen los daños ambientales.

En este mismo año, vecinos de Caleta Lo Rojas de Coronel denuncian grave contaminación de termoeléctrica Bocamina II, indican que han presenciado la muerte de diversas especies marinas producto de las instalaciones que la empresa ha realizado a orillas de la playa.

El 9 de abril de 2012, la Corte de Apelaciones de Concepción -en causa rol 1919-2011- rechazó el recurso de protección interpuesto por la Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile (CONFEPACH) en contra de la resolución que se pronuncia favorablemente sobre el examen de admisibilidad elaborado por la Comisión de Evaluación VIII Región del Biobío, respecto de la DIA denominada "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", mediante la cual se introducían modificaciones al proyecto con el objeto de optimizar una planta cuyo EIA se encontraba aprobado. La recurrente estima que dicho acto administrativo tiene el carácter de arbitrario e ilegal y que constituye una violación a los derechos establecidos en el artículo 19 de la CPR, al no haber declarado suficiente la DIA y no haberse requerido un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Posteriormente, la Corte Suprema en sentencia de 15 de junio de 2012, acogió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Concepción por estimar que el conjunto de modificaciones incidían de manera importante en el proyecto.

CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS.

a) La Corte de Apelaciones de Concepción (CdeA):

La CdeA se refiere en primer término a los aspectos formales, estimando que en relación a la legitimación activa de la CONFEPACH en su calidad de persona jurídica, carece de tal facultad en lo que se refiere a la garantía constitucional del artículo 19 N° 8, sobre derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que éste debe relacionarse con el derecho a la vida e integridad física y psíquica del N° 1 de ese artículo, queriendo con aquello significar que tales disposiciones constitucionales se refieren a personas naturales precisas y determinadas, al no advertir la manera en que una persona jurídica se pueda ver afectada con una contaminación ambiental.

Asimismo, en relación al requisito de que el perjuicio causado sea actual -luego de explicar el procedimiento de evaluación ambiental-, señala que la admisibilidad (del proyecto) se realiza a través de un test que constituye un mero trámite intermedio de carácter formal, que importa la petición de informes a todos los organismos de la administración y con el mérito de éstos se

emite una resolución. Así, siendo el causante del agravio un acto intermedio de mero trámite, no se divisa cómo tal actuación puede significar una conculcación de garantías constitucionales, ya que ni siquiera puede hablarse de una mera expectativa o amenaza en tal sentido, precisamente porque no es decisorio del problema de fondo que sólo va a concretarse en la resolución que acoja o deniegue la DIA y en consecuencia será dicha resolución la que pueda ser causante de un agravio. Finalmente, en el Considerando 6, la CdeA expresa que "...consecuencialmente la acción no puede prosperar al no existir un acto ilegal o arbitrario que ocasione perjuicios a una persona jurídica o natural determinada, conclusión que se corrobora ampliamente ya que el libelo no precisa cuáles son los daños directos o amenaza de sufrirlos, que experimentarían las personas naturales en cuyo favor se ha recurrido, con la simple dictación de un acto de tramitación administrativa exigida por la ley...".

b) La Corte Suprema (CS):

La CS, luego de sintetizar las etapas de desarrollo de la Termoeléctrica Bocamina (I, II y ampliación de Segunda Unidad) explica el tipo de mejoras que ENDESA quería implementar en el diseño original de la Segunda Unidad. Estas mejoras conllevan la redistribución de los equipos y obras, traduciéndose en un ahorro en los consumos de energía internos y en un aumento posible de 20 MW de potencia. Cada una de estas adecuaciones requiere de otras modificaciones menores, todas necesarias para la operación de ésta.

En el Considerando 2, la CS señala que en el examen de admisibilidad se deja constancia de que el proyecto no contempla ninguno de los efectos, características o circunstancias indicadas en el artículo 11 de la Ley 19.300 además de que los antecedentes dan cuenta que el proyecto "Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)" fue sometido a EIA mientras que su ampliación fue presentada a evaluación con una DIA.

Así, la CS establece que el asunto a dilucidar dice relación a si es suficiente que el proyecto que modifica la generadora, ya evaluado por un EIA, sea sometido en esta oportunidad a DIA. Busca entonces la Corte determinar si ello puede constituir un error evidente, con el objeto de sustituir inmediatamente el procedimiento y de este modo evitar que los interesados deban realizar nuevamente un procedimiento diverso, esto es pasar de DIA a EIA.

La CS establece como un hecho no discutido que la modificación del proyecto sometida al SEIA “contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en la disposición general de los equipos... todos los cuales inciden de manera importante y determinada en la segunda termoeléctrica a instalar. No sólo eso: esos mismos antecedentes informan que las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad. Que así las cosas, la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter, sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica”.

En el Considerando sexto agrega que los principios de nuestro ordenamiento ambiental - especialmente prevención y responsabilidad- sólo se cumplen “ si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental” y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente”.

Finalmente, la CS señala que si bien el acto recurrido constituye una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de la competencia del órgano respectivo, la declaración de suficiencia envuelve una decisión carente de razonabilidad y es por tanto arbitraria, expresando que “...no se entiende cómo una Declaración de Impacto Ambiental permita evaluar una cuestión técnica compleja, que dice relación con la modificación de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva requirió precisamente de un Estudio ...el acto cuestionado no contiene fundamentos ni motivos que den cuenta de las razones consideradas por la autoridad para adoptar tal decisión, lo así resuelto deviene en arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, pues un proyecto que fue aprobado por Estudio de Impacto Ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometido a una mera Declaración...”.

En síntesis, la CS revoca la sentencia y acoge el recurso de protección, ordenando al titular del proyecto a presentar un EIA a la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío.

CONCLUSIONES.

Al comenzar este trabajo nos propusimos una hipótesis que es la suficiencia de un marco regulatorio para el Uso del Borde Costero en Chile, con la cual a medida de que avanzábamos en el análisis y estudio del tema, nos dimos cuenta de varias cosas:

- En primer lugar, no podemos hablar de una normativa específica sectorial para el Borde Costero, ya que las atribuciones, administración, función de policía, funciones preventivas y fiscalización corresponden al Ministerio de Defensa Nacional a través de su Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, por lo cual no existe una unidad en las decisiones que afectan esta faja de tierra, sino una pluralidad de órganos del Estado que tienen injerencia y distintas potestades lo cual hace reducir el marco de acuerdos sobre una política única nacional y regional sobre el Borde Costero.
- Asimismo, El Ordenamiento Territorial actual tampoco ayuda mucho en la tarea de la organización, división de funciones y administración de tareas, ya que no existe una norma particular que defina, caracterice ni de un marco legal al OT, sino solo algunas normas legales en la LGUC, sus ordenanzas, normas administrativas de carácter central, regional y municipal.

Siguiendo en la misma idea, la Política Nacional del Uso del Borde Costero, por el DS 475 ya es anacrónica y no se adecúa a los tiempos de hoy, empezando por quienes toman las decisiones de administración, fiscalización y control de esta zona, ni aun con las comisiones nacionales ni regionales (CNUBC y CRUBC) debido a su amplitud de órganos intervinientes, que hacen difícil directrices de desarrollo nacional y regional en una sola línea.

- En el caso de las Zonificaciones que aún están incompletas, ya que apenas 2 regiones se encuentran zonificadas, después de la suma de 2 regiones más a la administración nacional, lo que no ha permitido una planificación en cuanto al tema administrativo.

- Por último, luego de la modificación a la ley 19.300 de LGBMA en las que se trata de adecuar a los tiempos modernos con instrumentos de gestión ambiental a través del SEIA que permitan una real protección a los derechos de las personas y su entorno, además del hecho de participación ciudadana e incorporar a la legislación nacional principios del derecho internacional que siguen la línea del cuidado del Medio Ambiente.

Con todo lo anterior puedo decir con certeza que más allá de la suficiencia o no de un marco regulatorio eficaz para el Uso del Borde Costero en Chile, el cual según nuestro análisis y a pesar de las modificaciones hechas en torno a mejorarlas no es suficiente, pero, se necesita no solo una política nacional o regional, sino una política unitaria, es decir, que sea tomada por los órganos que correspondan de acuerdo a las atribuciones legales y sobre todo a la importancia que pudieran tener sus decisiones y los impactos que causaren en la población y el entorno, es el caso del proyecto de ley que traspasa la administración del Uso del Borde Costero del Ministerio de Defensa Nacional al Ministerio de Bienes Nacionales, el cual creemos que es un gran avance en esta materia, ya que el Ministerio de Defensa Nacional no tiene la capacidad técnica para su administración en base a las necesidades de todos los habitantes y su entorno.

Finalmente quisiéramos terminar este trabajo con una reflexión; el Medio Ambiente no solo es fuente de riqueza, actividades económicas, ni de desarrollo, es también parte de la vida en la cual no solo nos referimos al ecosistema, su flora y fauna, sino también parte de la cultura, de la sociedad y de las raíces de nuestro país. Por lo tanto su cuidado es tarea de todos para, como dice nuestra Constitución Política de la República; **“...promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”**

BIBLIOGRAFÍA.

Artículos, Monografías y Memorias.

- ANDRADE, BELISARIO; ARENAS, FEDERICO y GUIJON, RODRIGO. "*Revisión crítica del marco institucional y legal chileno de ordenamiento territorial: el caso de la zona costera*", Revista de Geografía Norte Grande 41 (2008)
- VERGARA BLANCO, Alejandro: "*La Summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*". En "20 años de la Constitución chilena 1981-2001". Ed. Conosur, Santiago, 2001
- VERGARA BLANCO, Alejandro: "*Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público*". En *Ius Publicum*, Nº3, Santiago 1999
- HURTADO. C, JAVIER, "*PRINCIPIOS Y ALCANCES AL PROYECTO DE LEY*" Cámara Chilena de la Construcción, Seminario Ministerio de Bienes Nacionales, 5 de Noviembre de 2012
- RIOS ALVAREZ, LAUTARO, "*El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho urbanístico*" (Madrid, Ministerio para las Administraciones Publicas, 1985
- SAENZ DE BURUAGA, GONZALO, "*Ordenación territorial en la crisis actual, en Ciudad y Territorio*", 1 (1980)
- PEREZ ANDRES, ANTONIO, "*La planificación territorial en el Estado compuesto. La función pública de ordenación del territorio*" (Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 1997)
- CANCELLER FERNANDEZ, ANTONIO, "*La organización institucional del planeamiento urbanístico en España: problemas y dificultades*", *Revista de Derecho Urbanístico*, 10 (1968)
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "*La ordenación del territorio y el urbanismo*", en Parejo Alfonso, L. - Jiménez-Blanco, A. - Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho administrativo* (Barcelona, Ariel, 1998)
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO: "*El Derecho Urbanístico, los Instrumentos de Planificación Territorial y el Régimen Jurídico de los Bienes Públicos*". En RDUCV, 2. XXIX, Valparaíso, 2007

- ARENAS, FEDERICO, LAGOS, MARCELO Y HIDALGO, RODRIGO: "*Los riesgos naturales en la planificación territorial*". Instituto de Geografía. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica. Año 5, N° 39, octubre. Santiago, 2010
- ÁLVAREZ MELÉNDEZ, Juan-Carlos: "*La Planificación Territorial (Ordenación del territorio I)*". Universidad de Córdoba. <http://www.uco.es/~gt1tomam/master/ot/alvarez.pdf> (enero, 2013)
- HERVÉ ESPEJO, "*Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros*", 2011
- CORDERO QUINZACARA. "*El Derecho Urbanístico*", 2007
- JORDANA DE POZAS, LUIS, "*Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo*", Revista de Administración Pública, 48 (1949)
- CASTRO, C; ALVARADO; C., "*La Gestión del Litoral Chileno: Un Diagnóstico*", Universidad Católica de Chile, Instituto de Geografía; CYTED-IBERMAR; Santiago, Chile, 2009
- HERVÉ DOMINIQUE Y BERMUDEZ JORGE, "*Justicia Ambiental*", 2013
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE, "*Fundamentos de derecho ambiental*" (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007)
- HERVÉ, DOMINIQUE, "*El Desarrollo Sustentable y la Justicia Ambiental en la Ley 19.300 y en el Proyecto de Reforma*", en Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010
- ASTORGA JORQUERA, EDUARDO, "*Derecho ambiental chileno*" (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006)
- SABATINI, FRANCISCO; SEPÚLVEDA, CLAUDIA y VILLARROEL, PABLO, "*Cinco dilemas sobre la participación ciudadana y la evaluación de impacto ambiental*", en Revista Ambiente y Desarrollo. Vol. XII N° 1, 1996
- VERGARA, JAVIER y LEYTON, PATRICIO, "*Compensación de Recursos Naturales en el Ordenamiento Jurídico Chileno*", en Revista de Derecho Ambiental, N° 1, Publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Diciembre de 2003

- ABOGASI ABUFHELE, GABRIEL, Tesis “Regulación de la afectación y zonificación del borde costero, y el principio de coordinación de la administración del Estado” Universidad de Concepción, 2013

Normas Legales, Sentencias, Boletines, Dictámenes y Documentos Institucionales.

- Chile, Reglamento de Concesiones Marítimas (RCM), del Ministerio de Defensa Nacional, D.O. de 20 abril de 2006, y el art. 2º, inc. 2º, del DS. N° 475/1995, PNUBC y CNUBC, D.O de 11 de enero de 1995. Art. 1 N° 4, del DS. N° 2 de 2006
- Chile, ley 20.424, D.O. 4 de febrero de 2010, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, del Ministerio de Defensa Nacional
- Chile, Reglamento de Concesiones Marítimas, Decreto 2 del 20 de Abril del 2006
- Chile, DS. N° 475/95
- Chile, DFL N° 340/1960
- Chile, D.L 1937, D.O
- Senado, Boletín N° 8467-12, Valparaíso, Chile, Publicado el 11 de Noviembre de 2013
- Proyecto de Ley para la Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía
- Chile, Ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional
- Chile, Dictamen N°59.316/2006
- Ministerio de Planificación. División de Planificación Regional, “Zonificación para la planificación territorial. Serie Planificación Territorial.” *Cuaderno 1*. División de Planificación Regional, Fundación Eduardo Frei, Santiago, 2005
- FAO, OFICINA REGIONAL PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, “Enfoques Generales y Métodos para la Planificación Territorial: Proyecto Regional “Ordenamiento Territorial Rural Sustentable”. *Documento Técnico N° 3*. Santiago, 2006
- Chile, DFL N° 458/1976
- Chile, Ley General de Urbanismo y Construcción, 2013
- Chile, Oficio Gab. Pres. N° 001 del 28 de Febrero de 2005
- Fundación Mar de Chile, 12 de Diciembre de 2008, ¿QUE ES LA POLÍTICA NACIONAL DE USO DEL BORDE COSTERO Y CUALES SON SUS EFECTOS Y OBJETIVOS?

- Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, 06 de marzo de 2013, <http://www.ssffaa.cl/zonificacion-del-borde-costero/>.
- Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUB), Región del Bio Bío, 2006-2007
- Ley N° 20.249, Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, D.O de 16 de febrero de 2008.
- Chile, Reglamento de Concesiones Marítimas, 2011
- Chile, DFL N° 340/1960 Sobre Concesiones Marítimas, del Ministerio de Hacienda. D.O. 6 de abril de 1960.
- Chile, Resolución N° 1.600, de 2008 de la Contraloría General de la República. D.O. 6 de noviembre de 2008.
- Chile, dictamen N° 34.101/2012 CGR
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, "Informe de Síntesis", publicado en 2007
- Chile, la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300) de 1994
- Mensaje N°352-356 de 5 de junio de 2008
- CONAMA, Jurisprudencia SEIA, Planes y Normas (Santiago, 2008)
- Chile, Boletín N° 5.947-12, ingresado el 3 de julio de 2008 a la Cámara de Diputados
- Chile, DS N° 113/ 2002
- Sentencia de 22 de junio de 2009, rol N° 1219-2009

