

TRES PROBLEMAS ACTUALES SOBRE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO: CAMINOS PRIVADOS DE USO PÚBLICO; SUBSUELO DE BIENES PÚBLICOS; Y ACCESO A PLAYAS DE MAR Y A ORILLAS DE RÍOS Y LAGOS*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Pontificia Universidad Católica de Chile

En relación a los bienes del dominio público, o «nacionales de uso público», como los llama el art. 589 del Código Civil, se han suscitado últimamente algunos temas de interés, los que abordaré en esta comunicación.

El tema de los caminos públicos, y en especial del uso público a que pueden ser sometidos los caminos situados en terrenos privados, regulado por disposiciones legales muy concisas, situadas en la ley de caminos, han sido objeto de nuevas regulaciones legales y han suscitado nuevas definiciones jurisprudenciales, que es de interés analizar por sus consecuencias para la propiedad privada (I). Por otra parte, la necesidad de las grandes ciudades de contar con estacionamientos subterráneos para situar el creciente parque automotriz que atesta las calles, ha originado el cuestionamiento de definir el organismo público encargado de su administración, lo que ha merecido una intervención del legislador en 1995 (II). En fin, el acceso público, cruzando a través de terrenos de propiedad privada, a playas de mar, ríos y lagos, regulado por una norma legal, ha producido recientemente un intento reglamentario, que en esta fecha, incluso, analiza el Tribunal Constitucional (III).

A estos tres aspectos se refiere este trabajo.

I. EL USO PÚBLICO DE CAMINOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

El tema de los caminos públicos y en especial la apertura de franjas de terreno de propiedad privada para sujetarlas a un régimen de uso público, presumiéndoselas camino público, ha suscitado numerosos conflictos entre los afectados. Para enfocar correctamente el tema es necesario, a mi juicio, conocer el tema desde lo más general, y delimitar lo que debe entenderse desde el punto de vista jurídico por un camino público, y las consecuencias del uso público a que están sometidos (A), para luego verificar si los caminos situados en propiedad privada pueden quedar sujetos a un tal uso público, y las consecuencias patrimoniales que ello pudiese tener (B).

* Ponencia a las XXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 20, 21 y 22 de noviembre de 1996.

A/ Caminos públicos y uso público

Las franjas de terreno por donde se produce el tránsito, y que todos conocemos como caminos, están definidos por la ley, con un contenido y naturaleza jurídica (a), de lo que se derivan indudables consecuencias para su uso (b).

a) Concepto y naturaleza jurídica de los caminos públicos

Son caminos públicos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 de la ley sobre construcción y conservación de caminos (DFL 206, de 1960, cuyo texto refundido fijó el DS 294, de Obras Públicas, de 1984 en adelante «ley de caminos»), «las vías de comunicación terrestre destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público».

Existen, asimismo, otros casos especiales también calificados como caminos públicos (como calles o avenidas que unan caminos públicos, y puentes de uso público, aunque se encuentren en los límites urbanos, entre otros: art. 25 inc. 1° y 2°), los cuales, según la ley (art. 26), se clasifican en regionales, nacionales e internacionales.

Estas «fajas» de terreno son bienes nacionales de uso público en virtud de una afectación, la que en este caso opera no sólo a través de la declaración legal que establezca que los caminos públicos forman parte integrante del dominio público (como ocurre en virtud de los arts. 589, 598 y 602 del Código Civil y 25 de la ley de caminos), sino que es necesario, además, una definición concreta a través de un acto administrativo que delimite territorialmente tales fajas de terreno.

No existen terrenos que sean «por naturaleza» caminos públicos, sino que la calidad de tales se deriva del uso público a que las diferentes vías, trazados o franjas que, de acuerdo al interés público, y con pleno respeto a los derechos privados, se ha ido realizando a través del tiempo. Lo esencial, por lo tanto, es un acto administrativo específico que establezca un trazado, y en su virtud se produzca la afectación de tal terreno al dominio público.

Todos los actuales trazados de caminos públicos, sometidos al uso público, y cuyos terrenos no sean disputados por particulares, tienen la naturaleza jurídica de bienes nacionales de uso público o del dominio público, y quedan sujetos a su régimen específico. Situación ésta que por lo demás puede variar, cuando por ejemplo, un terreno queda sin utilizarse como camino público cuando cambia el trazado (vid. art. 50 ley de caminos).

b) Régimen de uso de los caminos públicos

Los caminos públicos, en su condición de bienes nacionales de uso público, están sujetos a un régimen especial, y su «administración» está entregada por la ley a algún órgano de la Administración. Los caminos públicos (que, de acuerdo a su definición, son en general rurales), son administrados por la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la ley de caminos¹. ¿Qué debe y puede hacer respecto de los caminos públicos tal organismo?

En primer lugar, debe realizar, en general, el «estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización» de tales caminos (art. 17 citado), pues no debe olvidarse que según su definición, tales franjas de terreno están destinadas al «libre tránsito» del público, garantizado incluso por la

¹ Por su parte, en general, las calles, aceras, plazas y demás bienes nacionales de uso público situadas en las áreas urbanas, son administradas por las municipalidades: arts. 5° letra c) y 30 de la ley n° 18.695, de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Constitución (art. 19 N° 7 letra a), llamada libertad de locomoción; este es el uso público, que debe ser garantizado por la Administración en los caminos públicos. Además, la ley da la potestad a tal organismo para «proponer el ancho que deberán tener las fajas de los caminos públicos, el que será fijado por decreto supremo» (art. 30 N° 1 ley de caminos), para facilitar tal libertad.

En segundo lugar, entre otras atribuciones, en cuanto a aprovechamientos específicos de particulares sobre partes de tales porciones de terrenos llamados caminos públicos, la autoridad puede «reglamentar el tránsito»; otorgar concesiones para su ocupación; autorizar o disponer «la plantación de árboles o cercas vivas en los espacios laterales»; disponer la corta de aquellos árboles que perjudicaren la conservación o visibilidad de los caminos» (todos ellos en art. 31 de ley de caminos); y, en fin, puede la autoridad disponer la instalación de «tuberías para la conducción de líquidos, gases o cables, y de postaciones con alambrado telefónico o de corriente eléctrica»; o de «líneas de teléfono, de telégrafo y de transmisión de energía eléctrica; cañerías de agua potable y de desagües» (art. 42 ley citada).

Todos estos últimos aprovechamientos particulares en caminos públicos los otorga la autoridad mediante una concesión de dominio público a los particulares; concesiones éstas que no puede denegar, y es un deber de la Administración otorgar, cumpliéndose los supuestos legales, dado que es a la vez un derecho de los particulares llegar a ser concesionarios (art. 19 N° 23 Const.).

Entonces, este régimen de aprovechamiento que se ha expuesto, que es perfectamente adecuado para un bien del dominio público, como es un camino público, el que está naturalmente destinado al uso del público, ¿es posible en un terreno de propiedad privada? Es lo que se analizará a continuación.

B/ *Caminos privados y uso público*

Como se señaló, existen caminos, esto es, vías, trazados o fajas de terreno, que están situados en suelo de propiedad privada; son los llamados «caminos privados», y su condición de terreno de propiedad privada origina para ellos un régimen jurídico de exclusividad para sus dueños, aunque puedan éstos admitir un uso público o general de los mismos (a); y, para los casos que la autoridad decida someter definitiva o transitoriamente tales porciones de terrenos al uso público, transformándolas en «camino público», deberán respetarse ciertos procedimientos y garantías jurídicas señaladas en la Constitución y en la ley, y que la jurisprudencia ha ido precisando (b).

a) *Régimen jurídico de los caminos privados*

Como natural reflejo del ejercicio de los atributos y facultades que emanan de la propiedad privada, los dueños pueden destinar algunas franjas o porciones de su suelo para trazar caminos de desplazamiento interno, dentro de su propiedad, o para permitir el tránsito restringido de los vecinos que tengan derecho de servidumbre de tránsito. En este último caso, es posible que existan caminos internos dentro de una propiedad privada, por los cuales otras personas distintas del dueño ejerzan un derecho de servidumbre de tránsito, pero tal tránsito sólo es permitido al titular de tal derecho de servidumbre, el cual tuvo que nacer de un acto constitutivo, ya sea por vía convencional o judicial.

Estos son los «caminos privados», definidos en el artículo 592 del Código Civil, como aquellos «construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen»; y, de acuerdo a tal disposición legal, tales terrenos o trazados «no son

bienes nacionales», y nunca pierden su calidad de propiedad privada aunque sus dueños permitan su uso y goce a todos.

Ahora, ¿cuál es el régimen jurídico a que está sometido el uso de tales caminos privados? Están sometidos, como toda propiedad privada, a las decisiones de sus dueños, los que ejerciendo su atributo de exclusividad los pueden destinar libremente a cualquier uso legítimo; incluso a dejar de usar tales franjas de terreno propiamente como «caminos» y, por ejemplo, sembrar, construir o simplemente cerrar tal trazado. Todo ello, salvo, en esta hipótesis de caminos, en dos casos: por una parte, el caso de las servidumbres de tránsito, legalmente constituidas, que deba respetar; y, por otra parte, el caso de la potestad legal de «reapertura y ensanche» que establece en favor de la autoridad de caminos el artículo 27 de la ley del rubro. El contenido y legitimidad de esta potestad se analiza en seguida.

b) *Uso público de caminos privados. Su «reapertura y ensanche»*

Establece el inciso 1º del artículo 27 de la ley de caminos que: «Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio» (sus incisos 2º y 3º, agregados por la ley N° 19.118; de 1992, establecen disposiciones especiales respecto de predios parcelados en virtud de las leyes 15.020 y 16.640, de reforma agraria).

La constitucionalidad de este artículo ha sido objeto de análisis por la Corte Suprema, en vía de inaplicabilidad, en sentencia de 2 de septiembre de 1994; según tal tribunal no es contrario al artículo 19 N° 24 de la Constitución, pues «dicha norma no se pronuncia sobre el dominio del suelo ni sobre ninguno de los atributos de la propiedad», sino que impone al particular la carga de probar ante los tribunales que el camino trazado le pertenece. No pronunciándose tal sentencia sobre la legitimidad de la autotutela establecida a favor de la Dirección de Vialidad en tal norma («ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche») y en los artículos 51 y 52 de la misma ley de caminos; según los cuales la Dirección de Vialidad podría hacer cumplir directamente sus decisiones, todo ello a pesar de los términos explícitos del artículo 73 de la Constitución, que le entrega tales cometidos a los tribunales de justicia. No pronunciándose tampoco sobre la legitimidad de una norma que, sin indemnización alguna, sujeta a un particular a la carga de soportar un uso público de una franja de terreno situada dentro de su propiedad, vulnerando lo dispuesto en los artículos 19 N°s 24 y 26 de la Constitución.

La jurisprudencia, en vía de protección, ha abordado diversos aspectos. Así, en el caso Errázuriz - García-Moreno (1991) se afirmó que por lo excepcional de esta presunción, la resolución administrativa «ha de ser fundada de modo riguroso y no ofrecer dudas en cuanto a los hechos»; en el caso Agrícola Caiquenes (1992) ha exigido, para que opere la presunción de público de un camino, establecer debidamente que haya estado destinado al uso público.

En el caso Inmobiliaria General (1993), se exigió además para que opere la presunción, un procedimiento adecuado, iniciado por una «declaración» junto a una justa posibilidad de impugnar.

En otros casos los tribunales han considerado los contenciosos suscitados en relación a caminos como sujetos a procedimientos especiales, que excluirían la acción de protección, como en Hamdam Hermosilla (1993) y en Silva Silva (1993).

En fin, en casos relativos a parcelaciones provenientes de la Reforma Agraria dispuesta por las leyes 15.020 y 16.640, se ha pronunciado la jurisprudencia sobre la legalidad del procedimiento cuando se acreditan los hechos respectivos, como en Donoso Olivares (1995). Pero los tribunales han sido estrictos en cuanto a los requisitos para que opere una apertura de camino ordenada por la autoridad. Así, en Flores González (1996) se exige no sólo la prueba del interés de los vecinos, sino también la existencia material del camino, su constancia en los planos y la anchura mínima. En el caso Ochagavía Larraín (1995) el tribunal de protección declaró ilegal la actuación de la autoridad por haber faltado dos requisitos: un uso público efectivo y la prueba de la existencia material del camino, sin perjuicio de estar trazado en los planos respectivos, como lo señala el inciso 2° del artículo 27 de la ley de caminos. Se reafirma así que la potestad pública está referida más bien a una «reapertura», que a una primera apertura o trazado nuevo.

Es este el contexto legal y jurisprudencial en que debe comprenderse y analizarse la problemática del binomio caminos públicos-caminos privados, en relación a su uso público, en donde está pendiente un pronunciamiento jurisprudencial sobre la legitimidad de interpretar el artículo 27 de la ley de caminos en el sentido de permitir un uso público obligatorio de los caminos privados (lo que constituye en los hechos la privación de un atributo: la exclusividad), dispuesto por la autoridad, sin previa indemnización.

II. NATURALEZA Y USO PRIVADO DEL SUBSUELO DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

A través de la ley N° 19.425, se introducen modificaciones a la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, «en lo relativo a subsuelo de los bienes nacionales de uso público». Esta ley fue promulgada por el Presidente de la República el 15 de noviembre de 1995 y publicada en el Diario Oficial el día lunes 27 del mismo mes y año.

Esta ley tuvo por objeto: (1°) agregar una expresión al artículo 5° letra c); (2°) agregar una expresión al artículo 32 inciso 1°; (3°) incorporar el artículo 32 bis; (4°) establecer una garantía especial sobre las concesiones de utilización del subsuelo; y, en fin, (5°) en una disposición transitoria, regular la situación de tales concesiones mientras la ley no pueda ser aplicada cabalmente².

Se realizará una descripción general de esta ley (A); luego un análisis sobre un tema excluido, como es el de la naturaleza jurídica del subsuelo de los bienes nacionales (B); y, en fin, una serie de aspectos regulados en el nuevo texto, de los cuales surgen algunos cuestionamientos (C).

² Estas modificaciones deben relacionarse, además, con los párrafos 2° y 3°, relativos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del Título II de la Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente; y con los artículos 25 inciso primero, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 40, 42, 43, 44, 46, 48, 49 y 50 de la Ley N° 5.687 sobre Contrato de Prenda Industrial; 3, 6, Título II de la Planificación Urbana, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; 11 letra j) de la Ley Orgánica del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; 17 del Código de Minería; y, 25 y 26 del Código de Aguas.

Al Contenido general de la ley N° 19.425, de 1995

En términos generales, a través de esta ley:

1° Se explicita que la atribución de las municipalidades de administrar y su facultad de otorgar concesiones y permisos sobre bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, comprende el subsuelo de éstos (arts. 5 letra c) y 32 inc. 1°).

2° Se agrega el artículo 32 bis que regula las concesiones para construir y explotar el subsuelo.

3° Se establece y regula una prenda especial que es posible constituir sobre las concesiones de utilización del subsuelo, a la que se aplica el estatuto de las prendas industriales.

4° En un artículo transitorio se faculta a las municipalidades para otorgar tales concesiones previo informe del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial, mientras no se incorpore el uso del subsuelo de los bienes nacionales de uso público a los planos reguladores.

Especial relevancia tiene la regulación de un nuevo tipo de concesión en el artículo 32 Bis, que se agrega a la ley N° 18.695. En este artículo, se establece el estatuto de esta nueva clase de concesiones que ha creado la legislación: las concesiones sobre el subsuelo de los bienes nacionales de uso público. Las principales disposiciones son las siguientes:

1° Las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública.

2° En forma previa a la iniciación de las obras, el concesionario debe someter el proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental.

3° Las aguas, sustancia minerales, materiales u objetos que aparecieren como consecuencia de la ejecución de las obras, no se entenderán incluidos en la concesión, y su utilización por el concesionario se regirá por las normas que les sean aplicables.

4° Las concesiones serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión; la transferencia debe ser aprobada por la municipalidad respectiva en el plazo y en los términos establecidos en la ley. El adquirente debe reunir todos los requisitos y condiciones exigidos al primer concesionario. La municipalidad sólo puede rechazar la transferencia por no concurrir algunos de ellos.

5° El concesionario podrá dar en garantía la concesión y sus bienes propios destinados a la explotación de ésta.

6° Los conservadores de bienes raíces llevarán un registro especial donde inscribirán y anotarán las concesiones, sus transferencias y constitución en garantía.

7° La concesión se extinguirá sólo por la concurrencia de alguna de las siguientes causales:

a) vencimiento del plazo de otorgamiento.

b) incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario.

c) mutuo acuerdo entre las partes.

Así, esta ley N° 19.425, de 1995, se introduce en el tema del subsuelo de los bienes nacionales de uso público, estableciendo un régimen concesional para su aprovechamiento, del cual se derivan una serie de consecuencias. No obstante, existe un tema de fondo, no abordado directamente por el legislador: la naturaleza jurídica del subsuelo de los bienes nacionales de uso público, tema que ha tenido algún debate en nuestro medio, y al que me refiero en seguida.

B/ Naturaleza jurídica del subsuelo de los bienes nacionales de uso público

En nuestro medio se ha llevado adelante una controversia sobre el tema, de la cual cada uno de los opinantes ha querido derivar ámbitos competenciales a favor de uno u otro de los organismos de la administración que señalo en seguida.

Para unos, el subsuelo forma parte de los bienes nacionales de uso público, y se trata simplemente de su extensión natural hacia el fondo de la tierra; de tal conclusión se deriva obviamente que el mismo ente que administra todos los bienes nacionales de uso público (las municipalidades), salvo excepciones, administra también el subsuelo.

Para otros, el subsuelo de los bienes nacionales de uso público no forma parte de tal categoría, sino que a su juicio forman parte de los llamados bienes fiscales o del Estado; de tal conclusión se deriva obviamente que su administración no corresponde a las municipalidades, sino al Presidente de la República, a través del Ministerio de Bienes Nacionales³.

Aparentemente la ley no ha tomado ni una ni otra posición; de su texto nada puede deducirse, y puede argumentarse en ambos sentidos. Es posible señalar que el legislador está contradiciendo la posición de que el subsuelo forma parte de los bienes nacionales de uso público (y por lo tanto, que las municipalidades los administren), pues de otro modo no se habría dictado la ley, y las municipalidades podrían haber llevado adelante esa administración sin necesidad de nueva ley. Pero ese mismo argumento puede revertirse, señalando que la ley nada concreto dice al respecto, y se limita a regular en detalle esta posibilidad administrativa preexistente.

Y esto es relevante, pues si bien existe una nueva regulación sobre las concesiones relativas al subsuelo de los bienes nacionales de uso público, persiste una aparente incógnita: ¿estas concesiones dicen relación con un bien nacional de uso público o sobre un bien fiscal?

Si el subsuelo fuese un bien fiscal, esta ley establecería la novedad de otorgar a las municipalidades la administración de tal bien fiscal (lo que ciertamente es excepcional), y es una nueva facultad de las municipalidades. Si no se trata de bien fiscal, la situación sería la normal, y las municipalidades seguirían regularmente administrando bienes nacionales de uso público, ahora con una regulación legislativa más completa en cuanto a tal facultad municipal. Recuérdese que éste es el único aspecto sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia que emitió durante la tramitación de esta ley, pues trátase de un problema de potestades del municipio, lo que es materia de ley orgánica constitucional⁴.

Personalmente, siento cierta perplejidad por esta controversia. A mi parecer resulta indiscutible que no es posible separar el suelo y subsuelo, para crear ámbitos competenciales a diferentes órganos del Estado. Esta artificiosa separación a nadie se le ocurriría ni por un instante propugnarla respecto de los bienes probados. Creo que por un mero afán de establecer parcelas competenciales no sólo se han desnaturalizado los conceptos jurídicos, sino también las cosas.

³ A contrario, según jurisprudencia de Contraloría General de la República (dict. 24.652, de 1981 y 32.908, de 1989), el subsuelo de calles y plazas, por no estar entregado al uso general, es un bien fiscal, y su administración corresponde al Presidente de la República a través del Ministerio del ramo.

⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 31 octubre 1995 (rol n° 227). Vid. Recopil., pp. 444-445.

Pues, me pregunto: ¿a partir de cuántos centímetros o metros desde el ras de la tierra de un bien nacional de uso público comienza el subsuelo y, consecuentemente, la pretendida categoría de bienes fiscales? El solo planteamiento de esta pregunta muestra lo absurdo de la tesis de separar suelo-subsuelo. Me parece que es conocido el vicio nuestro de despreciar la especulación, y prescindir de ella con el mero objeto de llegar a un fin preestablecido: crear ámbitos competenciales a favor del fisco, donde por la naturaleza de las cosas no los tiene, y quedan entregados a los municipios. Esta sola controversia es una muestra del deficiente grado de desarrollo del derecho administrativo en nuestro país. En todo caso, nuestro legislador muestra una gran ambigüedad, y no resuelve el problema; lo deja en la penumbra.

C/ Algunos aspectos de la nueva ley

1. Medio ambiente. En primer lugar, en relación al medio ambiente, se exige el cumplimiento de requisitos que aún no se encuentran vigentes en la propia Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, como es el sistema de evaluación de impacto ambiental. Mientras ello no ocurra, es recomendable en todo caso, optar por el sistema voluntario.

2. Licitación pública. La licitación pública establecida es un modo de regular el otorgamiento de las diferentes concesiones. No es algo que deba obligatoriamente ser así, sino que es una elección del legislador en cada caso. Recuérdese por ejemplo que en materia minera se elige como concesionario al preferente, al que primero lo solicita; igual que en materia de aguas; por lo tanto, tales criterios de preferencia no podrán ser utilizados aquí: sólo licitación pública.

3. El concepto de concesión. Sigue siendo perceptible en nuestro legislador, y los autores de las nuevas legislaciones no reparan en ello, el extendido error y desconocimiento que existe en relación al concepto jurídico-administrativo de «concesión». ¿Trátase la concesión de un acto o de un derecho? Si es un acto, éste no puede ser sujeto a prenda; lo que se puede preñar es el derecho. La ley habla de «partes»: ¿acaso el concesionario es contratista con la administración? Estos son temas de pureza conceptual y dogmática, que lamentablemente siguen presentes en nosotros, y son fuente de ambigüedades, y de consecuencias prácticas. No abundaré en un tema tratado in extenso en anteriores ocasiones.

4. Aguas y minas. La ley señala expresamente que las aguas y las sustancias minerales no se entienden incluidos en la concesión. Este es un tema regulado en la actualidad en el artículo 17 del Código de Minería, y en los artículos 25 y 26 del Código de Aguas, y otros pertinentes. En todo caso, la conflictividad entre un concesionario del subsuelo y otro minero o de aguas es de difícil ocurrencia, pues las concesiones municipales del subsuelo dicen relación con bienes nacionales de uso público administrados por el municipio, usualmente urbanos, dirigidos a estacionamientos de vehículos u otros usos; y la explotación minera o de aguas en zona urbana está claramente limitada.

5. Las concesiones de áridos: ¿suelo o subsuelo? Sí existe un problema entre concesiones municipales puras, de donde puede resultar una cuestión irresoluble, que demuestra lo absurdo de esta misma ley, bajo la consideración dogmática de que el subsuelo podría ser bien fiscal y no nacional de uso público (sustentado por dictámenes de la Contraloría General de la República). Es el caso de las concesiones municipales de explotación de los áridos situados en bienes nacionales de uso público (como son las álveos de los ríos). ¿Hasta cuántos centímetros puede sacarse arena

y rípios y áridos del cauce de un río, sin penetrar en el subsuelo, y consiguientemente, sin que deba aplicarse esta ley?

III. EL ACCESO PÚBLICO A BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y EL CASO DE LAS PLAYAS DE MAR, RÍOS Y LAGOS

El tema del acceso público a las playas de mar, ríos y lagos ha suscitado numerosos conflictos entre los propietarios ribereños por un lado, y el público en general, compuesto especialmente por aquel sector de la población que espera acceder a estos sectores con fines turísticos y de esparcimiento, sobre lo cual recientemente se ha dictado una norma reglamentaria, sobre lo cual me interesa, por ahora, enunciar el problema y sólo dar una comunicación del contenido de tales normas reglamentarias (cuya legitimidad se estudia por el Tribunal Constitucional), y del contexto legislativo.

Para abordar esta discusión en forma correcta es necesario aclarar el significado jurídico de los conceptos de playa de mar, y playa de ríos y lagos, a fin de comprender las consecuencias del uso público al que están sometidas (A), para luego entrar de lleno al análisis del artículo 13 del Decreto Ley 1939 de que regula un sistema de acceso a las playas de mar, ríos y lagos y a su nueva reglamentación (B).

A/ Playas de mar, ríos y lagos

Todas aquellas franjas de terrenos que todos conocemos como playas, constituidas por los bordes de ríos, lagos y sectores costeros, son objeto de una regulación jurídica que delimita su naturaleza y contenido.

a) Regulación jurídica de la playa de mar.

Se entiende por playa de mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas. Las playas de mar pertenecen al dominio público, en virtud de lo señalado por el artículo 589 del CC, el que las ha elevado a la categoría de bienes nacionales, y su administración está entregada a la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de lo señalado por el artículo 1° del DFL N° 340, de 1960.

b) Regulación jurídica de las playas de ríos y lagos.

Las llamadas «playas» de ríos y lagos también pertenecen al dominio público, y tal suelo está definido por la legislación vigente como álveo, o cauce natural o lecho de lago, según los casos, y su afectación se ha producido en virtud de lo señalado en los artículos 30 y 35 del Código de Aguas. Se exceptúan los casos de los lagos menores y de las vertientes que nacen, corren y mueren en un mismo predio, según lo establece el artículo 20 del mismo código.

La administración de tal suelo de ríos y lagos corresponde, en el caso de los ríos y lagos navegables por buques de más de cien toneladas, a la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de lo señalado en el artículo 1° del DFL 340 de 1960. En el caso de ríos y lagos no navegables por buques de más de cien toneladas, su administración está a cargo de las Municipalidades, en virtud de la competencia residual que al respecto establece la ley orgánica constitucional N° 18.695, de 1988, en su artículo 5° letra c) y 32.

B/ Acceso «gratuito» a las playas de mar, ríos y lagos. Normativa legal y reglamentaria

El ya citado artículo 13 del DL 1939 señala que:

«Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados».

Para que sea aplicable lo dispuesto en el artículo recién transcrito, es necesario, de acuerdo a su texto, que concurren ciertos requisitos relativos a: a) la calidad de los terrenos; b) fines con los que se realice el acceso a las playas; y, c) la no existencia de otras vías o caminos públicos destinados al efecto.

Así, en primer lugar, se entiende por «colindantes» a aquellos propietarios de inmuebles que limitan con las dependencias del dominio público señalada por la ley. Debe existir propiedad privada en los terrenos colindantes con playas de mar, ríos y lagos; por cuanto si se tratara de terrenos fiscales no existiría conflicto alguno. En segundo lugar, el artículo 13 establece que el acceso gratuito debe ser con fines turísticos o de pesca, delimitación que llevaría a afirmar que el acceso para otros fines no obligaría al particular a autorizar el acceso por su propiedad. En tercer lugar, es requisito que no existan otras vías o caminos públicos de acceso a las playas.

Con fecha 6 de agosto de 1996, y luego de casi 20 años desde la aparición de la ley, se publicó en el Diario Oficial el reglamento de aplicación del artículo 13 del DL 1939 de 1977 (D.S. N°1, de 1996, de Bienes Nacionales).

Según su art. 1°:

«Todo aquel que tenga interés en acceder gratuitamente a las playas de mar, ríos o lagos podrá solicitar a través del Ministerio de Bienes Nacionales, que el Intendente Regional, en uso de las facultades que le da el ya citado artículo 13, proceda a fijar la correspondiente vía de acceso.

Para realizar dicha solicitud deberán concurrir, a lo menos, los siguientes requisitos:

- a) Que sea con fines turísticos y de pesca;
- b) Que el acceso se deba hacer necesariamente a través de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos.
- c) Que no existan otras vías de acceso o caminos públicos al efecto».

La fijación de la vía de acceso deberá realizarse *prudencialmente*, de modo que se garantice un libre y expedito tránsito, evitando causar daños innecesarios a los afectados (art. 2°).

La solicitud deberá ser presentada por el interesado en la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales respectiva, entregando en cuanto fuere posible, todos aquellos antecedentes que permitan individualizar el o los predios ribereños involucrados. El interesado está facultado para proponer en dicha solicitud, la faja de tierra por donde se pretende la vía de acceso (art. 3°).

Una vez presentada la solicitud, el Secretario Regional Ministerial la admitirá a tramitación y procederá a citar a el o los interesados, a una audiencia que se llevará a cabo dentro de los 15 días siguientes de presentada la solicitud, estableciendo día y hora para tal efecto. El objeto de esta audiencia será fijar de común acuerdo la vía de acceso. La solicitud y su proveído serán notificadas a sus respectivos propietarios, arrendatarios o tenedores, por carta certificada a sus respectivos domicilios (art. 4°).

La audiencia será presidida por el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales y se llevará a cabo con los propietarios, arrendatarios o tenedores del inmueble que asistan. En dicha audiencia el Secretario Regional procederá a escuchar los planteamientos de las partes y requerir de ellas todos aquellos antecedentes que estime pertinentes en defensa de sus derechos. Posteriormente instará a los mismos a fijar de común acuerdo una vía de acceso. En caso de existir acuerdo, se detallarán los deslindes, dimensiones y superficie de la vía de acceso y se comunicará al Intendente, quien procederá a fijar la correspondiente vía de acceso sobre la base del acuerdo. En el caso de no existir acuerdo o que el respectivo propietario, arrendatario o tenedor no asista a la audiencia, el Secretario Regional Ministerial, previo análisis de todos los antecedentes que obren en su poder, propondrá, fundadamente al Intendente Regional, la fijación de la correspondiente vía de acceso, acompañando los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, cuando correspondiere (art. 5°).

Al momento de resolver una solicitud y elaborar la propuesta que será dirigida al Intendente Regional, el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales deberá evaluar si se cumplen o no los requisitos de la solicitud establecidos en el artículo 1°. De no concurrir esos requisitos, el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales propondrá al Intendente denegar la fijación de la vía de acceso (art. 6°).

Dentro de los treinta días siguientes de recibida la propuesta, el Intendente se pronunciará sobre ésta y comunicará su decisión a la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, ordenando que proceda a dictar la correspondiente resolución. La resolución deberá ser notificada a todos los afectados por carta certificada, la que se remitirá a sus respectivos domicilios (art. 7°).

De la resolución se podrá reclamar a los Tribunales de Justicia dentro del plazo de diez días contados desde la notificación. El Tribunal se pronunciará sobre el reclamo y resolverá con la audiencia del Intendente y de los afectados (art. 8°).

Sin perjuicio de lo recién señalado, en el caso de que concurren nuevos antecedentes, cualquier persona podrá solicitar mediante presentación escrita, debidamente fundada y dirigida al Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales respectivo, la revisión de la resolución que fija la vía de acceso. La revisión de dicha resolución se tramitará de acuerdo al mismo procedimiento establecido en este reglamento (art. 9°).

Con fecha 5 de septiembre de 1995, fueron presentados ante el Tribunal Constitucional sendos requerimientos de una cuarta parte de Senadores y Diputados en ejercicio, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del D.S. N° 1, de

1996, reseñado, que reglamentó el artículo 13 del DL. 1939, de 1977. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional se encuentra pendiente a la fecha⁵.

(Santiago, 18 de noviembre de 1996).

⁵ Nota final: con posterioridad a la entrega de esta comunicación, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 2 de diciembre de 1996 (publicada inmediatamente en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 1996, pp. 3-9), declaró inconstitucional tal decreto. El análisis de esta jurisprudencia, y demás aspectos del problema, no se analiza en esta breve comunicación.