

INFORME EN DERECHO

ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL ESPACIO COSTERO MARINO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

DERECHOS, OBLIGACIONES Y MARCO
LEGAL APLICABLE.

Por:

Pablo Cantellano A. / Abogado

pablo@cantellano.cl

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	2
Análisis al Proyecto de Ley que Crea el Espacio Costero Marino para Pueblos originarios: Derechos, obligaciones y marco legal aplicable.	3
CAPÍTULO I: Generalidades	5
a) Estatuto Jurídico de los Pueblos Originarios	6
b) Antecedentes del Proyecto de Ley Lafkenche	7
b.1 Contenido del Proyecto	8
b.2 El Proyecto de Ley	9
b.3 Situación en el borde costero aysenino	9
b.4 Recomendaciones	10
CAPÍTULO II: Potestades de la Administración del Estado en el Proyecto de Ley	11
CAPÍTULO III: Conclusiones, Comentarios y Sugerencias	12

Análisis al Proyecto de Ley que Crea el Espacio Costero Marino para Pueblos originarios: Derechos, obligaciones y marco legal aplicable.

§ PREVENCIÓN

El presente informe elaborado por la oficina de asesores del Senador David Sandoval Plaza, tiene por objeto entregarle los aspectos más importantes de la propuesta del proyecto de Ley N°20.249 que crea el Espacio Costero Marítimo de los Pueblos Originarios, conocido también Ley Lafkenche¹. Este trabajo, pretende evacuar un estudio acerca de los principios fundamentales sobre los cuales se inspira el proyecto, como asimismo, la estructura de este proceso constituido por los órganos de la administración del Estado que intervienen en él, y finalmente una aproximación crítica a esta iniciativa legal.

En primer lugar, es posible advertir que la temática en comento, constituye una materia olvidada en la ley de pesca y cuya regulación, por lo mismo, se encargó a una ley especial: la regulación de una posición jurídica privilegiada para los pueblos originarios, especialmente, su ámbito marítimo vital en el cual se desplegarían su cultura, historia y su forma de trabajo. Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que en múltiples aspectos, la normativa que analizaremos ha sido foco de profundas disputas no sólo en el plano político, sino también en lo que respecta a la noción de nacionalidad, la cual, evidentemente, aspira a su uniformidad, en circunstancias que en este caso, establecen regalías o privilegios en beneficio de unos en desmedro de otros.

¹ Proyecto de Ley que introduce diversas modificaciones en la ley N° 20.249, que crea el Espacio Costero de los Pueblos Originarios, con el objeto de perfeccionar su implementación. Boletín N° 15852-21, en primer trámite constitucional (Comisión Pesca, Acuicultura e intereses Marítimos) con urgencia calificada de suma.

Todo lo anterior, se plasma en el siguientes capítulos que a continuación se exponen.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES

De acuerdo a lo señalado por la Biblioteca del Congreso Nacional, el objetivo de la ley denominada "Lafkenche", es la preservación del uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero.

La norma señala que los bienes comprendidos en el borde costero, que se encuentran bajo la supervigilancia y administración del Ministerio de Defensa Nacional, y en particular de la Subsecretaría de Marina, serán susceptibles de ser declarados como espacio costero marino de pueblos originarios.

Para ello, la Corporación Nacional Indígena, (CONADI), una vez iniciado el procedimiento por la comunidad solicitante, ante la subsecretaría de Pesca, deberá acreditar el uso consuetudinario de estos espacios, mediante prácticas o conductas habituales realizadas por la generalidad de los integrantes de las comunidades, que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura.

Conforme a esta ley, se destina un espacio marino delimitado, cuya administración será entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido su uso consuetudinario. El convenio de uso tiene carácter indefinido.

La normativa destaca que la administración de este tipo de espacios, deberá asegurar la conservación de los recursos naturales comprendidos en él y propender al bienestar de las comunidades, conforme a un plan de administración que deberá presentarse a la Subsecretaría de Pesca dentro del año siguiente al otorgamiento de esta categoría.

La ley resguarda los derechos de concesiones de acuicultura o áreas de manejo otorgadas a terceros, con anterioridad a la solicitud de constitución de este espacio marino especial.²

A este respecto, es dable indicar que de conformidad a lo establecido en la ley N° 20.249, se identifican dos grandes órdenes de instituciones encargadas de la regulación de estos derechos, en primer lugar existe la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, encargada de canalizar el cumplimiento de las condiciones vinculadas a la cultura de la organización indígena que solicita el espacio marítimo y por la otra la Subsecretaría de Pesca, órgano que en esta materia, estará encargado de autorizar los planes de manejo de estas personas vinculadas al uso de estos espacios marítimos.

a) Estatuto Jurídico de los Pueblos Originarios

Si queremos estudiar esta norma, indefectiblemente debemos hacer un breve repaso por el estatuto jurídico de los pueblos originarios existentes en nuestro país, estatuto que de acuerdo a la fisonomía política, jurídica e institucional reinante en Chile, debemos considerarla como excepcional y por tanto sus normas ser aplicadas de un modo restrictivo y casuístico, tomando además consideración los derechos de terceros, muchos de los cuales se superponen a las peticiones planteadas por tales grupos originarios.

Así las cosas, volviendo al punto central, debemos partir por la Ley Indígena N° 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación de Desarrollo Indígena se establecen principios generales los que se pueden resumir en los siguientes : i) representación de culturas precolombinas, ii) conservación de su cultura, iii) principio de conservación de la tierra como elemento fundamental para el desarrollo de su cultura y tradiciones.

² Resumen BCN. Véase en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=269291>

Así mismo se establecen deberes positivos por parte del Estado consistentes en el respeto, promoción y protección del desarrollo indígena, como de sus costumbres y tradiciones y proteger su tierra para su adecuada explotación, equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Junto a lo anterior, la Ley Indígena establece los casos en que se adquiere la calidad de indígena, su procedimiento de acreditación y regulaciones en materia cultural, comunidades, sanciones frente a actos discriminatorios, fueros judiciales, protección a la tierra ancestral y mecanismos de financiamiento

Junto a lo anterior, en el plano de la legislación nacional, tenemos en el Convenio 169 de la OIT, estatuto legal resistido por su dudosa constitucionalidad, pero actualmente vigente como norma de nivel constitucional y ampliamente aplicado en nuestra vida jurídica.

b) Antecedentes del Proyecto de Ley Lafkenche

El proyecto de ley, tiene en primer término el antecedente normativo de la ley que modifica, esto es la Ley sobre Espacio Marítimo de los pueblos originarios, y que tiene por objeto consagrar un espacio marítimo en que sea fecundo para el desarrollo de la cultura, tradiciones y costumbre de una comunidad indígena y que su espacio vital sea naturalmente el espacio marítimo que se solicita para su explotación.

En ese marco y a partir de los múltiples intereses presentes en el referido espacio marítimo, es que los legisladores patrocinantes de la moción, entienden que la tal multiplicidad de intereses, hace que la consagración de este estatuto legal sea engorroso, de difícil manejo y que finalmente puede traer aparejado arbitrariedades y pérdidas de cualidad económicas indispensables para los espacios marítimos. A lo anterior, sumado a la escasa eficiencia y coordinación de las autoridades constituye un

caldo de cultivo para que expectativas legítimas se transformen en frustración, lo cual repercute directamente en la legitimidad de nuestro sistema jurídico.

b.1 Contenido del Proyecto

El presente proyecto tiene como objeto en primer término modificar la Ley N°20.249 que establece un **“Espacio Costero Marítimo de Pueblos Originarios”** (en adelante e indistintamente **“ECMPO”**), disposición que establece las siguientes reglas:

- Reconocimiento al uso consuetudinario del Borde Costero por parte de una comunidad o conjunto de comunidades pertenecientes a etnias originarias.
- Se establece el carácter de exclusividad, es decir, sólo puede acogerse a esta normativa las comunidades indígenas de conformidad a la Ley N° 19.253 de CONADI.
- Esta normativa no es obligatoria para tales comunidades, de tal manera que éstas podrán acogerse o no a la normativa dependiendo si libremente solicitan un espacio marítimo, cumpliendo con las condiciones que la ley establece.
- El beneficiario de estos derechos no está sujeto al pago de tributos de ninguna especie para la administración del espacio.

Junto a lo anterior, la ley define Espacio Marítimo de los Pueblo Originarios como aquella **“Destinación marítima delimitada que el Ministerio de Defensa le otorga a la Subpesca para que dicha institución, a través de un convenio de uso, le entregue la administración del espacio a una asociación o comunidades o bien excepcionalmente a una comunidad indígena, previa aprobación del Plan de Administración por parte de una comisión interministerial.”**

b.2 EL PROYECTO DE LEY

El referido proyecto de ley, surge como una manera de armonizar los distintos intereses existentes en el espacio marítimo de nuestro país, los cuales muchas veces colisionan entre aquellos propios del conjunto de comunidades indígenas y aquellos propios de aquellas personas que tienen ese carácter.

Lo anterior, se puede apreciar a partir del aumento progresivo de las solicitudes de uso de un espacio marítimo, en efecto, dice el proyecto que entre los años 2009 y 2015 fueron 40 solicitudes ECMPO y entre los años 2016 y 2019 fueron 57. Asimismo, entre el año 2016 y 2018, las solicitudes a nivel nacional contemplaron casi 4 millones de hectáreas, muy por encima del medio millón de hectáreas solicitadas en el periodo anterior.

A 14 años desde su dictación algunos aspectos de su contenido merecen ser estudiados y revisados con detención. La experiencia acumulada de su tramitación administrativa nos da cuenta de diversas otras actividades que convergen dentro de un mismo espacio lo cual Importa un rol activo del estado en orden a armonizar sus diferentes usos, respetando los derechos constituidos.

b.3 SITUACIÓN EN EL BORDE COSTERO AYSENINO

Actualmente, de acuerdo a datos de la Subsecretaría de Pesca, tres son las solicitudes que actualmente están en tramitación el Borde Costero de Aysén, una en Puerto Aysén y dos en Cisnes.³

La ley Lafkenche, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios (ECMPO), es una norma que ha generado una gran controversia en nuestro país,

³ Comunidad Isla Traiguén, Cisnes e Islas Huichas, estas últimas se encuentran listas para su envío a CONADI y la primera al Consejo Regional del Uso Borde Costero.

especialmente en la región de Aysén, donde se ha presentado una de las solicitudes más grandes y conflictivas de ECMPO por parte de la Comunidad Mapuche Puelche de Islas Huichas.

Esta solicitud, que abarca una superficie de 775.419 hectáreas, de las cuales CONADI acreditó 393.945 hectáreas, ha sido cuestionada severamente por diversos sectores sociales y económicos, que consideran que esta ley afecta seriamente el desarrollo sustentable del borde costero.

b.4 RECOMENDACIONES

El proyecto si bien es cierto se basa en un hecho deseable cual es mayor celeridad y eficacia en el actuar de la administración ante solicitudes como esta, existe un problema de fondo, cual es el uso sin mayores controles de estos espacios por parte de quienes son beneficiarios, se ha dicho por parte de grupos ambientalistas que puede dañar el ecosistema de estas zonas y de parte de la industria acuícola también se han levantado voces en torno a limitar el otorgamiento de estos derechos.

Considero que esta normativa en general, más allá del proyecto, debe ser vista con sospecha, toda vez que de un plumazo lesiona ciertos derechos como la igualdad ante la ley, la libertad económica y eventualmente el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Por otra parte, se hace necesaria una revisión a los reglamentos y recursos con que cuenta la CONADI en materia de reconocimiento oficial de grupos indígenas, los que muchas veces, simplemente como grupos inorgánicos, se autodefinen como indígenas, presentan solicitudes sin mayores antecedentes de su etnia y perjudican efectivamente a aquellas agrupaciones organizadas.

CAPÍTULO II: POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL PROYECTO DE LEY

Órgano Público	Funciones
Ministerio de Defensa Nacional	Integración de la Comisión regional de Uso de Borde Costero. Constituye le superior jerárquico del organismo encargado de supervigilado y administrar el territorio marítimo. Tiene competencias decisorias frente a requerimientos por decisión de la autoridad.
Subsecretaría de Marina	
Comisión Regional Uso de Borde Costero	Constituye un organismo ad-hoc encargado específicamente de la coordinación en la aplicación de la política de uso del borde costero del litoral.
Subsecretaría de Pesca	Organismo técnico el deberá remitir las solicitudes emanadas de la Comisión de Uso borde Costero al Ministerio de Defensa y Subsecretaría de Marina.
Ministerio de Desarrollo Social	Forma parte de la comisión intersectorial que tiene por función un plan de administración que Aprobar los planes y convenios de administración de los usos y actividades a desarrollar en el área.
CONADI	Acredita la condición de pueblo indígena de los solicitantes.

Por último, y según lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley los organismo que participan en la autorización final de la destinación son: El Ministerio de Defensa, la subsecretaria de Marina, subsecretaría de Pesca y Ministerio de Desarrollo Social.

CAPÍTULO III: CONCLUSIONES, COMENTARIOS Y SUGERENCIAS

La existencia de múltiples intereses en el borde costero nacional augura la existencia de conflictos graves entre los diversos actores quienes tienen la legítima expectativa de desarrollar su gestión económica de la mejor manera.

Desde esta perspectiva, la función pública desplegada por el Estado a través de sus órganos competentes, demanda la ejecución de una labor coordinada de las diferentes entidades llamadas por ley destinadas a intervenir en el proceso el cual culmina con el acto administrativo de destinación del uso del borde costero hacia un grupo de personas.

Dicho esto, y en Chile del siglo XXI, es relevante conjugar tales intereses pero siempre bajo el prisma de la razonabilidad, principio jurídico que debe regir el actuar de la administración del Estado en temáticas como las que se exponen en este informe, de tal manera que sin la función pública que se expone, el acto administrativo nace o se torna en ilegítimo y en consecuencia ilegal.

Las vastas solicitudes formuladas por las organizaciones indígenas en el litoral de Aysén, constituyen una prueba clara y precisa de la necesidad de aplicar un criterio racionalizador en la toma de decisiones, sobre todo cuando las cualidades y potencialidades económicas y sociales de una región se ven amenazadas por solicitudes desmedidas y sin fundamento.
