



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**CONFLICTOS POR USO DE TERRITORIO ENTRE ESPACIOS COSTEROS
MARINOS DE PUEBLOS ORIGINARIOS Y CONCESIONES DE
ACUICULTURA, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN LA LEY N°20.479.**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Laura Magali Escobar Mendoza

Profesoras guía: Ximena Tudela y Pilar Moraga.

Santiago, Chile

2018

Índice

Introducción	4
Capítulo I: Procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas y procedimiento de otorgamiento de ECMPOs.....	10
Subcapítulo 1: Procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas.....	10
1.1 Actividad acuícola en Chile.....	10
1.2 Actividad acuícola y su regulación.....	11
1.3 Concesiones Acuícolas.....	16
1.4 Órganos involucrados.....	17
1.5 Etapas del procedimiento de otorgamiento de concesiones	17
Subcapítulo 2: Procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios.....	23
2.1 Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios.....	23
2.2 Contexto en la creación de los ECMPO	24
2.3 Objetivo de la instauración de los ECMPO	29
2.4 Órganos que participan en el procedimiento.	30
2.5 Etapas del procedimiento de otorgamiento de ECMPOs:	31
Subcapítulo 3: ¿Se relacionan el procedimiento de otorgamiento de Concesiones Acuícolas y el procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios?.....	41
Capítulo II: Conflictos por uso de territorio, entre solicitudes de ECMPOs y solicitudes de concesiones acuícolas o concesiones acuícolas ya otorgadas.	44
Subcapítulo 1: ¿En qué momento se manifiesta un conflicto territorial entre las solicitudes de ECMPO y las solicitudes de concesiones acuícolas o las concesiones acuícolas ya otorgadas?.....	44
1.1 Análisis de sobreposiciones.	45
1.2 Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.....	48
Subcapítulo 2: Modificación o rechazo de solicitud de ECMPO	50
Subcapítulo 3: Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.	59
Conclusiones	72
Bibliografía.....	74

Introducción

El presente trabajo se enmarca en la convergencia de dos fenómenos que han ido desarrollándose de forma paralela en Chile. El primer fenómeno corresponde al desarrollo de la acuicultura en nuestro país, el cual comenzó de forma consistente en los años 70. El segundo fenómeno se refiere al incremento en la preocupación y respeto por los derechos de las comunidades indígenas del país. Esta preocupación ha significado un traslado del paradigma integracionista, aquel que incorpora a las comunidades indígenas a la sociedad chilena tratándolas como iguales al resto de los ciudadanos, al paradigma contemporáneo de la multiculturalidad, aquel que acepta sus diferencias y admite la necesidad de un trato particular que respete su cultura, tradiciones y dignidad, ya que se ha reconocido la inconsistencia de una política integracionista con los derechos humanos que son universales, y con el derecho de los pueblos a sus territorios y libre determinación.¹

Uno de los puntos de encuentro de los dos fenómenos mencionados, está conformado por los conflictos por uso de territorio entre las concesiones acuícolas y las comunidades indígenas, ya que ambas pueden tener interés sobre el espacio costero marino de Chile. La Ley N°20.249, también conocida como Ley Lafkenche, creó los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios, figura que busca respetar el uso ancestral de las tierras que han tenido ciertas comunidades indígenas. Este trabajo se enfocará en aquellos conflictos, que se han generado entre los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios y las Concesiones Acuícolas, en virtud del procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios establecido en la Ley N°20.249 y el procedimiento de otorgamiento de Concesiones Acuícolas, establecido en D.S. N°290, del 28 de mayo de 1993.

Es un problema actual e interesante dado que históricamente en nuestro país los conflictos ambientales han demostrado ir a la par de problemas sociales. Siguiendo el razonamiento de Mauricio Folchi, los conflictos por uso de territorio estudiados serían parte de un conflicto de contenido ambiental, es decir, uno de aquellos que se producen “cuando se tensiona la

¹ ZELADA, Sara y PARK, James. Análisis crítico de la Ley Lafkeche. El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. *Universum*, Vol. I. (28): 50, 2013.

estabilidad histórica conseguida entre una comunidad y su hábitat. Esto ocurre como consecuencia de la acción de algún agente extraño que altera o pretende alterar las relaciones preexistentes entre una comunidad y su ambiente.”² En este caso han sido alteradas las relaciones entre las comunidades indígenas y su territorio, por actividades como la pesca y la acuicultura industrial. Además, es un problema de justicia ambiental, ámbito poco desarrollado en nuestro país. La justicia ambiental es aquella que, en palabras de Bermúdez, se conceptualiza como el trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes, regulaciones y políticas ambientales, independientemente de su raza, color, nacionalidad, o nivel de ingresos.”³ Esto es relevante en el conflicto a analizar, dado que el profesor nos asegura que existe “constatación empírica que demuestra que las minorías étnicas; los grupos de bajos ingresos y, en general, los grupos que en la sociedad se encuentran en una situación de desventaja se ven expuestos desproporcionadamente a los impactos y riesgos ambientales provenientes del desarrollo.”⁴ En los conflictos a analizar, el uso del territorio del sur de Chile destinado al desarrollo de la acuicultura que busca sacar un mayor beneficio económico de los recursos, no podrá sino pasar a llevar a quienes desde tiempos remotos han vivido ahí, o han hecho de aquellos territorios parte fundamental de sus costumbres y forma de vida. Es este valor que tienen los territorios marinos y costeros para las comunidades indígenas, el que viene a proteger la Ley Lafkenche, o intenta hacerlo, y cómo estas comunidades se enfrentan a las concesiones acuícolas en una competencia por el uso de bienes nacionales de uso público es lo que será desarrollado en las siguientes páginas.

La actividad acuícola se ha desarrollado a gran velocidad en nuestro país, siendo hoy una importante fuente de desarrollo para Chile. A modo de ejemplo, el año 2006 los salmónidos se ubicaron en el tercer lugar entre los principales productos (agrupados) que Chile vende al exterior, después del cobre y los concentrados de molibdeno.⁵ La acuicultura se concentra en

² FOLCHI, Mauricio. Conflictos de contenido ambiental y ecologismo de los pobres: no siempre pobres, ni siempre ecologistas. *El Ecologismo Popular a Debate*. EP (22): 91, 2001.

³ BERMUDEZ, Jorge. Elementos y principios de la Justicia Ambiental. **En, BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique,** Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013. P. 50

⁴ Ibid. P. 51.

⁵ CONYCIT, Los sectores pesca y acuicultura en Chile. [En línea] http://www.conicyt.cl/documentos/dri/ue/Pesca_Acuic_Fishery_Aquac_BD.pdf, P.3.

cultivos marinos costeros, en forma muy especial en la Región de Los Lagos⁶, y quienes desean dedicarse a este rubro necesitan el uso y explotación de terrenos de playa y de mar, bienes que bajo nuestra legislación son de dominio público. Estos bienes, específicamente los terrenos de playa, playa, porciones de agua y fondo de mar y rocas, y los terrenos de playa fiscales, están bajo la administración del Ministerio de Defensa Nacional. Este ministerio, a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas es el encargado de asignarlos a los particulares mediante las concesiones acuícolas y marítimas⁷.

Pero la actividad acuícola no es la única interesada en estos territorios, lo están también las comunidades indígenas, las organizaciones de pescadores artesanales, las concesiones marítimas, el turismo, y demás usuarios.⁸

La preocupación legislativa que ha tenido el país respecto a las comunidades indígenas y los esfuerzos por incluirlos en aquellos procesos económicos o administrativos que afectan su cultura y modo de vida, ha tenido un desarrollo lento y tardío. El año 1993 se publicó en Chile la Ley Indígena, sin embargo, esta seguía una política integracionista, es decir, pretendía asimilar a los pueblos originarios a un ciudadano chileno común sin considerar sus creencias y diferencias culturales existentes. La situación no cambió realmente hasta el 2009, año en que pasó a formar parte de la legislación nacional el Convenio 169 de la OIT, a través del cual el gobierno asumió la responsabilidad de desarrollar acciones tendientes a proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su dignidad.⁹ En esta línea y en la búsqueda de la igualdad de derechos y oportunidades de los pueblos originarios, se dictó la Ley N° 20.249, que vino a subsanar la falta de contemplación que presentó la Ley de Pesca y Acuicultura sobre sus tierras, el uso consuetudinario de ellas y su cultura.¹⁰

Esta ley otorga a los pueblos indígenas derechos territoriales que se traducen en la preferencia de otorgamiento de territorio costero marino a las asociaciones de comunidades indígenas que

⁶ Ibid. P. 6.

⁷ FUENTES, Jessica. Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLI): 2, 2013.

⁸ ZELADA, Sara y PARK, Muñoz. Op. Cit. P. 52.

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía legal sobre: Convenio 169 OIT. [En línea] <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>>

¹⁰ ZELADA y PARK, Op. Cit. P. 51.

presenten solicitudes sobre estos territorios, amparados bajo esta ley, por sobre otro tipo de solicitudes de afectación, como solicitudes de concesiones acuícolas, que puedan realizar otros particulares, siempre que logren acreditar un uso consuetudinario del territorio.

En el procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marino de Pueblos Originarios (ECMPO), particularmente en la primera fase, consistente en la solicitud que han de realizar las asociaciones de comunidades a la Subsecretaría de Pesca, existen cinco situaciones posibles que significaran la continuación del procedimiento o su detención. Éstas se relacionan con la sobreposición con concesiones ya otorgadas o con solicitudes de éstas.

- a) La primera posibilidad es que no existan ni concesiones otorgadas ni solicitudes de concesiones sobre un mismo territorio, en este caso se continúa el procedimiento de otorgamiento de ECMPO.
- b) La segunda posibilidad es que exista sobre posición con concesiones o un área de manejo de explotación de recursos bentónicos (AMERB) que haya sido otorgado o solicitado por la misma asociación de comunidades, en este caso se continúa también el procedimiento.
- c) La tercera situación consiste en una existencia de sobre posición parcial con concesiones o AMERB otorgadas a un tercero distinto a las comunidades indígenas, en cuyo caso la Subsecretaría de Pesca debe enviar una propuesta de modificación y dependerá de la aceptación de esta propuesta por parte de las comunidades, la continuación del procedimiento o no.
- d) Una cuarta situación posible es que exista una sobre posición total con concesiones o AMERB ya otorgadas a un tercero, en cuyo caso la solicitud de ECMPO será rechazada.
- e) Una quinta situación posible es que exista una sobre posición, total o parcial, con una solicitud de concesiones que se encuentren en trámite. En este caso éstas serán suspendidas y se dará preferencia a la solicitud del ECMPO.

Las situaciones por estudiar serán la tercera, la cuarta y la quinta, ya que en ellas es posible visualizar un conflicto por uso de territorio. Entenderemos por conflicto, un concepto amplio, “toda controversia de relevancia jurídica suscitada entre organismos del Estado, particulares, y entre unos y otros, vinculada a la administración y uso sustentable del ámbito marino-

costero”.”¹¹ Estos conflictos serán territoriales cuando la controversia verse sobre la administración y/o el uso de un mismo territorio.

A lo largo de este trabajo, y en base a jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y dictámenes de nuestra Contraloría General de la República, así como un análisis de los expedientes de las solicitudes de ECMPO realizadas hasta el año 2016, veremos qué conflictos se han desarrollado entre estos dos interesados en el mismo territorio, y cuáles han sido las soluciones a las que se ha llegado, desde la publicación el año 2008 de la Ley Lafkenche, hasta el año 2016.

Como base para esta investigación serán utilizadas las leyes y los reglamentos correspondientes a la materia, es decir, la Ley General de Pesca y Acuicultura y sus modificaciones, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, la Ley Lafkeche, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, el Convenio 169 de la OIT, el reglamento de concesiones de acuicultura, el reglamento de concesiones marítimas, el reglamento de la Ley Lafkenche, entre otros, y las recientes publicaciones centradas en el desarrollo de la acuicultura en Chile, sobre ya sea las concesiones de acuicultura o pesca que hayan de relacionarse con las empresas acuícolas, y también aquellas publicaciones relativas a la Ley Lafkeche y a los conflictos por uso de territorio por parte de los pueblos indígenas.

¹¹ RECORDON, Julio. Conflictos Jurídicos y Ambientales en el Ámbito Marino-Costero. **En**, **BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique**, Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013. P. 760.

Capítulo I: Procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas y procedimiento de otorgamiento de ECMPOs.

Para comprender los conflictos de uso de territorio entre las concesiones acuícolas y los Espacios Costeros Marinos de pueblos originarios, en qué momento podrían producirse y qué alternativas de solución existen frente a ellos, es fundamental conocer los dos procedimientos de asignación de espacio costero marino que están en juego. Estamos hablando del proceso de otorgamiento de concesiones acuícolas y del proceso de otorgamiento de solicitudes de espacio costero marino de pueblos originarios. En este capítulo analizaremos ambos procedimientos, comenzando por un breve análisis de la actividad regulada, seguido por la razón de la creación de las concesiones acuícolas y su procedimiento de otorgación, luego por los órganos que participan en ellos, y finalmente por las etapas de éstos.

Subcapítulo 1: Procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas.

El presente subcapítulo se centra en el estudio del procedimiento de otorgamiento de las concesiones acuícolas, regulado en el D.S. N°290, del 28 de mayo de 1993. Comienza con un breve análisis de la actividad acuícola, para entender que es lo que se está regulando. Continúa con la historia de la regulación de esta actividad, con el concepto de concesión acuícola, sigue con una mención a los órganos que participan en el procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas y termina con un análisis de las etapas del proceso de otorgamiento.

1.1 Actividad acuícola en Chile.

La acuicultura ha sido definida por el legislador como la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre¹². Su desarrollo, con ayuda de la tecnología, es un fenómeno moderno que comenzó a desarrollarse en los años 50¹³. Esta actividad genera distintos impactos, los que

¹² Art.2 n°3 Ley General de Pesca y Acuicultura.

¹³ PEREZ, Eduardo, Análisis crítico de la legislación sobre Acuicultura. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Chile. Universidad Austral de Chile, 2002. [En Línea] <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2002/fjp438a/doc/fjp438a.pdf>> P. 4.

dependen del tipo de cultivo, del nivel de producción, del sector de emplazamiento, del entorno circundante, entre otros factores.¹⁴

Las primeras experiencias acuícolas en Chile fueron proyectos pilotos apoyados por la Fundación Chile¹⁵. Al utilizar bienes nacionales de uso público requieren de concesiones de acuicultura para operar, esta actividad ha ganado cada vez más terreno en el país y al año 2016 “el total de centros de cultivo que operaron a nivel nacional ascendió a 2.163.”¹⁶

1.2 Actividad acuícola y su regulación.

En sus comienzos, la actividad acuícola estaba regulada por la legislación pesquera, no existían concesiones acuícolas, sino que quienes querían dedicarse a este rubro debían solicitar concesiones marítimas. Como regulación especial tan solo se contaba con el Decreto Supremo N°175 de 1980 del Ministerio de Economía, modificado por el Decreto Supremo N°427 de 1989 del mismo ministerio, que contemplaba medidas de distancia entre los centros de cultivo y controlaba los niveles de producción. Desde el punto de vista ambiental, no se plasmó preocupación en la actividad administrativa, y esto llevó a un crecimiento sostenido de la actividad bastante inorgánico y con normas mínimas que eran poco adecuadas para resguardar su sustentabilidad.¹⁷

Recién el año 1991, a través de la ley N ° 19.079, que modificó la Ley General de Pesca y Acuicultura, se instauró una regulación propia para la actividad acuícola, diferenciándola de la actividad pesquera y de las concesiones marítimas, creando las concesiones acuícolas. Se estableció en esta reforma a la ley, que esta nueva clase de concesiones sólo podrían otorgarse en sectores designados como “Áreas apropiadas para la acuicultura”¹⁸. ¿Cuáles son estas áreas? Son áreas establecidas por el Ministerio de Defensa Nacional, en base a consultas a los organismos encargados de los usos alternativos de dichas aguas y a estudios que consideren

¹⁴ FUENTES, Jessica. Op. Cit. P. 442.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ SERNAPESCA, Fiscalización en Pesca y Acuicultura: Informe de Actividades del año 2016. Chile. 2017. P. 30.

¹⁷ FUENTES, Jessica. Op. Cit. P. 453.

¹⁸ Ibid. P. 444.

variables medioambientales, áreas protegidas, caletas pesqueras, entre otras.¹⁹ Restringir el otorgamiento de concesiones acuícolas a las áreas declaradas como apropiadas para la acuicultura era una idea que sonaba bien en el papel, implicaba averiguar sobre los usos de los territorios para ver la pertinencia de declararlos como aptos para la acuicultura y así evitar futuros conflictos por su uso al momento de otorgar concesiones acuícolas. Sin embargo, lo que ocurrió fue que las decisiones se redujeron a “determinar cartográficamente los espacios que por defecto no eran reclamados por otros usuarios del borde costero”²⁰, quedando asignadas a la acuicultura todas las áreas que a la fecha no habían sido reclamadas o solicitadas, sin que se consideraran las condiciones que son esenciales para obtener un buen desempeño ambiental de la actividad acuícola. Además, “cuando se fijaron las áreas apropiadas para la acuicultura no existía una cartografía adecuada para la actividad, por lo cual se utilizaron las cartas de navegación existentes que, a falta de la tecnología actual, no tenían referencia geodésica sino astronómica y, por ende, no daban cuenta de la real configuración de la costa. Esto llevó a que se entregaran en el tiempo concesiones de acuicultura cuyas coordenadas no se ajustaban a la realidad y fueron entregadas en los sectores más cercanos a lo solicitado.”

Luego de la modificación a la Ley de Pesca del año 1991, el año 1993 se publicó el DS N°290 que contiene el Reglamento de Concesiones de Acuicultura, el que en su título III regula el procedimiento de otorgamiento de concesiones de acuicultura. Si bien la Ley de Pesca contempló regulaciones sobre la actividad acuícola, esta regulación resultó poco significativa y no es sino hasta principios de la década pasada que se aprueban los reglamentos básicos para el funcionamiento de la acuicultura, siendo estos el Reglamento Ambiental para la Acuicultura (RAMA, Decreto Supremo N°320 de 2001), y el Reglamento Sanitario (RESA, Decreto Supremo N°319 del 2002).²¹

Por los problemas que surgieron debido a la errónea fijación de áreas apropiadas para la acuicultura, el año 2002 se inició un proceso de regularización que se extendió hasta el año 2015.

¹⁹ Ibid. P. 444.

²⁰ Ibid. P. 445.

²¹ ESTAY, Manuel y CHÁVEZ, Carlos. Decisiones de localización y cambios regulatorios: el caso de la acuicultura en Chile. *Latin American Journal of Aquatic Research* (N°43): P.702-703. 2015.

Este proceso de regularización significó el cierre del acceso a nuevas concesiones acuícolas por 5 años en las regiones de Los Lagos y de Aysén. También implicó realizar una “relocalización de concesiones de salmones”, consistente en ubicar las concesiones ya otorgadas, en un nuevo sector (siempre dentro de áreas apropiadas) para conseguir mejores condiciones que propiciaran un mejor desempeño ambiental y sanitario.²²

En Chile, la regulación de la acuicultura surgió como respuesta al desarrollo exhibido por la industria. La industria se expandió, hasta que se enfrentó a la necesidad de generar nuevas reglamentaciones, como las identificadas previamente.²³ En este periodo, 2001, en que se modifica la Ley surgió un nuevo marco legal que contempló varias modificaciones relevantes para la acuicultura. como la modificación de los requisitos de sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El establecimiento del Reglamento Ambiental de la Acuicultura (RAMA), que entre otras cosas, reglamenta la distancia mínima por tipos de centros para aquellos que se concesionen a partir de su entrada en vigencia.²⁴

Además la zonificación del borde costero del litoral se incorporó en la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA). Esto significó que en caso de existir una zonificación regional (aprobada por la comisión nacional de uso del borde costero) las áreas apropiadas para la acuicultura deberán adecuarse a ella, rechazándose las solicitudes pendientes en áreas incompatibles.

El año 2005 se promulgó la Ley 20.091 modificó la Ley de Pesca e introdujo la posibilidad de que la concesión de acuicultura caduque, es decir, las concesiones pierden la posibilidad de ser derechos perpetuos a todo evento al incorporarse un mínimo de operación para que tales derechos continúen vigentes. También se incorporaron otras medidas tendientes a evitar que agentes que no desarrollen la actividad soliciten concesiones con un fin especulativo; incluyendo, por ejemplo, modificaciones al régimen de concesiones y autorizaciones de acuicultura, además de la simplificación de trámites, y requerimiento de patente única de acuicultura, entre otros.²⁵

²² FUENTES, Jessica. Op. Cit. P. 466.

²³ ESTAY, Op. Cit. P. 203.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

A pesar de estas modificaciones, “en 2014, de las cerca de 1.500 concesiones de acuicultura que existían en el país, se utilizaban solamente 278, lo que representa poco más del 23% de las concesiones visadas para operar. Además, cerca de un 75% de las más de 1.200 concesiones acuícolas que operan en el país a la fecha, son controladas por cerca 10 empresas salmoneras en Chile”²⁶. Es decir, el uso especulativo de las concesiones ha seguido presente, de hecho “el 2010, comenzó el incremento en el número de concesiones acuícolas entregadas a la industria salmonera en la zona austral del país, lo que ha sido denunciado por pescadores artesanales y organizaciones ambientales como “la privatización del mar chileno”. Esta medida consideró la entrega en propiedad de las concesiones de acuicultura a empresas que las usaron a modo de hipoteca al solicitar créditos a la Banca privada durante la crisis por el virus ISA en 2007. A finales de 2010, la Bolsa de Productos de Chile declaró la intención de asignar un valor de mercado a las concesiones acuícolas. Desde entonces, se ha denunciado el alto valor en el mercado especulativo que alcanzan las concesiones acuícolas de esta industria, fomentando la solicitud de varios cientos de concesiones acuícolas en el mar austral de Chile, incluso dentro de Parques Nacionales Marinos. [7] Y aunque la cifra de concesiones solicitadas sea mayor al número de centros de cultivo que finalmente entran en operación, [8] la actividad de los centros de cultivo existentes ya ha generado trastornos ambientales y sociales en las regiones de Los Lagos, Aysén y Magallanes.”²⁷

Respecto a la regulación ambiental, según Buschmann, a pesar de que esta regulación existe y ha ido mejorando a lo largo de los años, al menos cuatro factores limitan su efectividad:

(1) La regulación de las licencias y el monitoreo de las concesiones fue desarrollada durante los mediados de los 90, cuando el número de centros de cultivo de salmón era menos de la mitad de la cantidad actual. Estas regulaciones fueron diseñadas para monitorear el impacto de cada centro en particular, algo poco realista dada la cantidad actual de centros.

(2) El impacto ambiental de un sitio se determina monitoreando los sedimentos bénticos que se encuentran directamente bajo las redes, no monitoreando las condiciones de la columna completa de agua. La evaluación del ‘impacto’ está elaborada principalmente por la medición de

²⁶ CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES DE CHILOÉ. Salmoneras deberán transparentar mercado negro y especulativo de concesiones acuícolas. 2014. [En línea] 13.03.2014 <<http://www.territoriosoch.com/noticias-2/hsruckqa1/Salmoneras-deber%C3%A1n-transparentar-mercado-negro-y-especulativo-de-concesiones-acuicolas>>

²⁷ PERIÓDICO RESUMEN. Empresas salmoneras tramitan concesiones en toda la costa de la región del Bio-Bio. Reportajes. [En línea] Resumen, 22.08.2016. <<https://resumen.cl/articulos/mapa-empresas-salmoneras-tramitan-concesiones-toda-la-costa-la-region-del-bio-bio>> [Consulta: 9.1.2018]

oxígeno disuelto en el sedimento y por la determinación de si existen condiciones anóxicas (oxígeno cero). El definir el impacto como un valor extremo resulta inadecuado y esto es exacerbado por limitaciones técnicas y repeticiones temporales mínimas en programas de monitoreo.

(3) La importación de huevos y la aplicación de distintos productos terapéuticos se encuentra regulada, pero se requiere refuerzo adecuado porque se están utilizando ilegalmente productos prohibidos y otros cuya aplicación se encuentra pobremente regulada. Además, estos problemas raramente se han hecho públicos y esto compromete la transparencia del debate.

(4) Finalmente, el Sistema de regulación no está basado en investigaciones empíricas en impactos. Hace falta más investigación en este ámbito, El Congreso Chileno reconoció esta deficiencia el 2006 pero no ha cambiado sustancialmente la situación.²⁸

En relación con el uso del territorio, el desarrollo de la acuicultura ha sido tan grande que se ha producido un agotamiento de las áreas apropiadas para la acuicultura en las regiones de Los Lagos y Aysén. Esto significó la necesidad de establecer nuevas áreas, pero este procedimiento se enfrenta ahora con dos nuevas disposiciones, una de las cuales será el tema central de estudio de este trabajo. Estas disposiciones son el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Ley N ° 20.249, ley Lafkenche.

Por un lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT impone la necesidad de consultar a los pueblos indígenas las medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectarlos directamente. De este modo, la creación de nuevas áreas apropiadas, debe pasar por la consulta a los pueblos indígenas, obligación no contemplada en un principio.

Por otro lado, la Ley N ° 20.249 sobre espacio costero marino de pueblos originarios permite a las comunidades indígenas solicitar espacios de borde costero con preferencia sobre toda otra solicitud mientras se resuelve el supuesto de su derecho a acceder a ese espacio: que se acredite el uso consuetudinario que dicho solicitante ha tenido del sector respectivo.²⁹

²⁸ BUSCHMANN, A., F. CABELLO, K. YOUNG, J. CARVAJAL, D. VARELA & L. HENRÍQUEZ. Salmon aquaculture and coastal ecosystem health in Chile: analysis of regulations, environmental impacts and bioremediation systems. *Ocean & Coastal Management*. (52): P. 243-244. 2009

²⁹ FUENTES, Jessica. Evolución del régimen Ambiental de la Acuicultura en Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XLII): P. 467. 2014.

1.3 Concesiones Acuícolas

Quien desee dedicarse a la actividad acuícola se verá en la necesidad de usar parte de los territorios considerados bienes públicos nacionales, administrados por el Ministerio de Defensa. Para acceder a estos terrenos se debe acudir a la autoridad administrativa, solicitando una concesión. El mencionado ministerio es el encargado de otorgar tanto concesiones marinas como acuícolas, siendo estas últimas más específicas.

La Ley de Pesca y Acuicultura define una concesión de acuicultura en su artículo 2 como “el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años renovables sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura.”

Estas concesiones son reguladas en el título VI, de la mencionada ley, llamado “De las concesiones y autorizaciones de acuicultura.” Este párrafo se ve complementado con el Reglamento de Concesiones de Acuicultura contenido en el D.S. N°290 de 1993.

Las concesiones pueden ser solicitadas por personas naturales, que sean chilenas, o extranjeras que dispongan de permanencia definitiva, o bien personas jurídicas que sean chilenas constituidas según las leyes patrias.

Es necesario aclarar que, como establece el artículo 67 bis de la ley, las concesiones y autorizaciones acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas, y sólo les permitirá realizar aquellas actividades para las cuales les han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión o autorización, tales como la pesca artesanal y el turismo, entre otras.

Como primer requisito, estas concesiones se otorgan sólo si se trata de un terreno que haya sido declarado área apropiada para el ejercicio de la actividad acuícola, por la Subsecretaría de Pesca, que como ya fue mencionado, se hace en base a estudios y consultas, pero en la práctica hubo una mala determinación de áreas apropiadas ya que se declararon así todas las áreas en las cuales no se presentó oposición a su determinación como área apropiada para el ejercicio de la

acuicultura. La ley hace una clasificación de concesiones y autorizaciones de acuicultura, las clases son: de playa; de terrenos de playa; de porción de agua y fondo, y de rocas.

1.4 Órganos involucrados.

El procedimiento establecido en el reglamento se efectúa fundamentalmente ante la Subsecretaría de Pesca, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, quien es la autoridad reguladora de la actividad acuícola³⁰, y frente al Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA), dependiente del mismo ministerio, el cual se encarga del control y cumplimiento de las regulaciones y normas que rigen la actividad acuícola.³¹

Además se cuenta con la intervención de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas sólo en la fase resolutive, en el caso de las concesiones de acuicultura.³²

Existen otros organismos con atribuciones reguladoras y/o fiscalizadoras, con competencias sobre asuntos específicos como aspectos laborales, localización y operación de las concesiones en el territorio marítimo, etc.³³

1.5 Etapas del procedimiento de otorgamiento de concesiones

El segundo párrafo del Título VI de la Ley de Pesca y Acuicultura, se refiere al procedimiento. Se establece en él que el interesado o la interesada en obtener concesiones o autorizaciones de acuicultura en las áreas apropiadas para el ejercicio de la actividad, deberán solicitarlo por escrito a la Subsecretaría.

La ley se remite al reglamento de concesiones de acuicultura en aquellas materias en que ésta no ahonda.

Podemos dividir el procedimiento en las siguientes etapas: a) Solicitud, b) Análisis de sobreposiciones, c) Remisión de antecedentes a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, d) Inspección en terreno, e) Sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, f)

³⁰ ESTAY, Op. Cit. P. 702.

³¹ Ibid.

³² PEREZ, Op. Cit. P. 76.

³³ ESTAY. Op. Cit. P. 702

Aprobación del proyecto técnico y remisión de los antecedentes a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y g) Otorgamiento de la concesión.

a. Solicitud de concesiones de acuicultura.

El artículo 76 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, establece que el procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas se inicia con una solicitud hecha por un escrito dirigido a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. El Reglamento de Concesiones de Acuicultura, en su artículo 10, complementa esta información, indicando que se debe completar un formulario que tendrá a disposición el Servicio Nacional de Pesca (SERNAPESCA).

Este formulario deberá ser entregado en la Dirección Regional u Oficina Provincial o Comunal de SERNAPESCA correspondiente al lugar donde se desarrollará la actividad. Deben acompañarse algunos documentos mencionados en el mismo artículo del reglamento.³⁴ La solicitud será admitida a trámite una vez reunidos estos antecedentes, según dispone el artículo 12 del reglamento.

b. Análisis de sobreposiciones.

El inciso segundo del artículo 12 del reglamento establece la obligación a SERNAPESCA de requerir al solicitante, en el plazo de cinco días hábiles, una carta, del solicitante, que dé cuenta que ha solicitado a la Autoridad Marítima un certificado acerca de:

- Si existe o no sobreposición con cualquier otro tipo de concesión o destinación ya otorgada o en trámite.
- Si el río de que trata la solicitud es navegable por buques de más de 100 toneladas de registro grueso y en caso de no serlo, la circunstancia de estar afectado por las mareas.

El solicitante deberá ingresar a la Subsecretaría de Pesca el certificado en el plazo de un mes contado desde la fecha en que sea emitido por la Autoridad Marítima.

³⁴ Como copia del R.U.T del solicitante o de su Cédula de Identidad, copia autorizada de la inscripción de dominio a nombre del Fisco en el caso de terrenos de playa, los planos de concesión de acuicultura (de su ubicación geográfica y de la concesión misma), personas jurídicas deben acreditar su existencia legal y la personería de quien concurra a su nombre, el proyecto técnico.

En este momento podría entrar en juego un conflicto por uso de territorio con un ECMPO ya otorgado que signifique la modificación o rechazo de la concesión de acuicultura.

c. Remisión de antecedentes a Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

El artículo 13 del reglamento establece que acogida a trámite la solicitud, esta, sus antecedentes y el informe técnico serán remitidos por el SERNAPESCA a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, respetando el orden de ingreso de las solicitudes. Si dos o más solicitudes ingresaran un mismo día y hora, se designará el orden de tramitación por sorteo.

Recibida la solicitud, la Subsecretaría debe verificar el cumplimiento a lo previsto en los artículos 67³⁵, 75 bis³⁶, 78³⁷ y 88³⁸, a los requisitos de distancia y debe analizar el proyecto técnico mencionado en el artículo 10 del reglamento.

La subsecretaría tiene un plazo de cuatro meses para analizar los antecedentes. La solicitud puede ser denegada, mediante resolución fundada publicada en extracto en el Diario Oficial, cuando ocurra alguna de las situaciones mencionadas en el artículo 14 del reglamento.³⁹

³⁵ Bienes susceptibles de ser concesionados, áreas apropiadas para la acuicultura.

³⁶ Límite de extensión solicitada (20% del total de superficie concesible en una región).

³⁷ Sobreposición con concesiones otorgadas o solicitadas con anterioridad.

³⁸ Facultad de la Subsecretaría para limitar área de concesiones o autorizaciones.

³⁹ a) Los planos no den cumplimiento a lo señalado en el artículo 10 del reglamento.

b) No se hubiese acompañado el certificado emitido por la Autoridad Marítima, se acompañara fuera de plazo o este dé cuenta de una sobreposición con una concesión, destinación, que el río no es navegable por buques de más de 100 toneladas o que no esté afectado por mareas.

c) El área solicitada ya estuviere concedida total o parcialmente o se sobrepusiera total o parcialmente con otra solicitud en trámite.

d) Sector solicitado se ubique en un área declarada como no disponible.

e) Se trate de un área definida de uso incompatible con la acuicultura, en virtud de la zonificación del borde costero.

f) La solicitud presentada en un sector de río navegable comprenda otras actividades fuera de la acuicultura extensiva.

g) Área solicitada no da cumplimiento a requisitos de distancia establecidos en el artículo 67 de la ley y en los reglamentos.

h) Área solicitada no da cumplimiento a los requisitos de distancia establecidos en los reglamentos con tres solicitudes previas en trámite en el sector.

i) Proyecto técnico no se ajusta a lo previsto en el artículo 88 de la ley.

j) Con el área solicitada el titular exceda el 20% del total de la superficie concesible de una región.

k) Proyecto técnico recaiga en especies hidrobiológicas para las cuales no se ha declarado como apta para el ejercicio de la acuicultura el área respectiva.

l) Proyecto técnico presente inconsistencias que hagan inviable su aprobación.

También existe la posibilidad de que la subsecretaría devuelva los antecedentes para su corrección en el caso de sobreposición parcial del área solicitada.

d. Inspección en terreno.

El artículo 14 del reglamento sostiene que constatándose que no existan causales de rechazo, la Subsecretaría solicitará al servicio que se realice una inspección en terreno del sector solicitado y un informe sobre las profundidades del sector y la existencia de recursos hidrobiológicos. Si se determina que no existe un banco natural de recursos hidrobiológicos en el sector, la Subsecretaría publicará en su sitio electrónico un informe técnico que establezca esto. Además, se debe hacer una emisión radial en una emisora con cobertura territorial en el área correspondiente. El artículo 14 del reglamento establece un plazo de dos meses, contados desde la fecha de publicación, en que cualquier interesado podrá reclamar del contenido del informe técnico con antecedentes fundados ante el Subsecretario de Pesca y Acuicultura. Este tiene un plazo de 10 días para resolver la presentación.

En el caso de que se observen inconsistencias o la existencia de un banco natural de recursos hidrobiológicos, la solicitud será rechazada, por resolución, sin más trámite.

e. Sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El artículo 14 bis del reglamento y el artículo 87 de la ley establecen que una vez constatada la inexistencia de causales de rechazo, o realizada la corrección de los antecedentes en el caso de sobreposición parcial, se le requerirá a los solicitantes presentar una caracterización preliminar del sitio como requisito para la evaluación ambiental de la solicitud.

Si el proyecto es de aquellos que debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el solicitante debe presentar el proyecto a la Comisión de Evaluación Ambiental que corresponda, en un plazo de seis meses desde el requerimiento.

Si la Comisión califica desfavorablemente el proyecto u ordena un Estudio de Impacto Ambiental, el titular deberá presentar el Estudio dentro del plazo de seis meses, desde que es notificado de la resolución.

El sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se acreditará mediante copia de la solicitud de ingreso, timbrada o certificada por la Comisión de Evaluación Ambiental, la que deberá ingresar a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura dentro de un plazo de diez días siguientes a la fecha de ingreso.

Si el proyecto no requiere someterse al SEIA, el solicitante debe presentar directamente a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura la información establecida en el Reglamento Ambiental para la Acuicultura, contenido en el D.S. N° 320 de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción o la normativa que lo reemplace, dentro del plazo de seis meses contados desde el requerimiento realizado por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

Si el solicitante no se hubiere sometido al SEIA dentro de plazo o no hubiere presentado la información requerida en caso de no ingresar al SEIA, se rechazará su solicitud por resolución fundada de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

Si la resolución de calificación ambiental rechaza el proyecto, la Subsecretaría denegará la solicitud.

Según lo dispuesto en el artículo 14 ter, también se requerirá al solicitante para que en un plazo de 3 meses entregue ciertos documentos dependiendo del plano entregado en la solicitud de la concesión.

f. Aprobación del proyecto técnico y remisión de los antecedentes a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

El artículo 15 del reglamento dispone que una vez entregado el plano que cumpla con los requisitos indicados y habiéndose obtenido una resolución de calificación ambiental favorable o habiéndose verificado sectorialmente el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 87 de la ley, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura deberá, dentro del plazo de 30 días, dictar una resolución aprobando el respectivo proyecto técnico, remitiéndola con sus antecedentes a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Si el solicitante es una persona jurídica deberá, en el plazo de un mes contado desde la notificación de la resolución de aprobación del proyecto técnico, acompañar a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas un certificado de vigencia de la persona jurídica y de su representante legal de fecha no anterior a tres meses.

g. Otorgamiento de la concesión.

La ley en su artículo 80 dispone que al Ministerio de Defensa Nacional le corresponderá el otorgamiento de toda concesión de acuicultura, mediante la dictación de una resolución al efecto por el Subsecretario de Marina. Esta resolución, que será la misma en que el Ministerio de Defensa Nacional se pronuncie sobre la solicitud del interesado, se dictará en el plazo de 90 días, contados desde que se reciban los antecedentes remitidos por la Subsecretaría.

El Ministerio de Defensa Nacional deberá remitir copia a la Subsecretaría y al Servicio de todas las resoluciones que dicte para concesiones de acuicultura.

A continuación, corresponde al interesado publicar un extracto de la resolución en el Diario Oficial en un plazo de 45 días contados desde su notificación. Debe también solicitar la entrega material a la Autoridad Marítima en un plazo de tres meses.

Si el interesado no se cumpla con cualquiera de las obligaciones indicadas se dejará sin efecto la resolución respectiva.

Dentro de un mes desde la entrega material, la Autoridad Marítima deberá informar esta circunstancia a la Subsecretaría, la que deberá inscribir la concesión en el Registro de Concesiones de Acuicultura. El registro será público y la información contenida en él deberá mantenerse actualizada en la página de dominio electrónico de la Subsecretaría.

Una vez inscrito, es obligación del titular pagar la patente única de acuicultura, tal como lo señala el Artículo 84 de la Ley General de Pesca y Acuicultura: “Los titulares de concesiones y autorizaciones de acuicultura pagarán anualmente una patente única de acuicultura, correspondiente a dos unidades tributarias mensuales por hectárea.” La patente que se paga al

Estado de Chile, sólo considera la hectárea de superficie concesionada en el agua, independiente del volumen de agua utilizado.⁴⁰

Subcapítulo 2: Procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios

Las siguientes páginas se enfocarán en la descripción del proceso de otorgamiento de espacios costeros marinos instaurado con la ley N ° 20.249, Ley Lafkenche. Será tratado el concepto de los espacios costeros marinos, el contexto en el que fueron creados, los objetivos perseguidos con su instauración, los órganos que participan en su asignación y las distintas etapas del proceso.

2.1 Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios.

Comencemos respondiendo la siguiente pregunta: ¿Qué es un espacio costero marino de pueblos originarios (ECMPO)? Los espacios costeros marinos de pueblos originarios se definen en el artículo 2 de la Ley Lafkenche como un “espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio”.

Conforme a esta definición, son principalmente tres los elementos que dan contenido al concepto de ECMPO: los espacios marinos, las comunidades indígenas o asociaciones de aquellas y el uso consuetudinario.

Los espacios marinos son bienes comprendidos en el borde costero del país. El borde costero se ha definido por la ley como “aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playa fiscales situados en el litoral, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República, que se encuentran sujetos al control, fiscalización y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina”⁴¹.

⁴⁰ LIBERONA, Flavia. Concesiones en Chile: La situación actual. Publicaciones Fundación Terram. (47): P. 6. 2008.

⁴¹ Artículo 2 de la “Política Nacional de Uso del Borde Costero” establecida mediante Decreto supremo N° 475 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, publicado en el Diario Oficial de 11 de enero de 1995.

Estos espacios se otorgan en administración a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, considerando comunidades indígenas a aquellas constituidas de conformidad a la ley N°19.253 (Ley Indígena), esto es, “toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.” Son consideradas asociaciones de comunidades indígena, las agrupaciones de dos o más comunidades indígenas constituidas en conformidad a la ley N°19.253⁴².

Para el otorgamiento en administración de estos espacios a las comunidades o asociaciones de comunidades indígenas, se exige que estas comunidades hayan ejercido el uso consuetudinario del espacio. El uso consuetudinario ha sido definido como “una práctica o conducta realizada por la generalidad de los integrantes de una asociación de comunidades o de una comunidad indígena solicitante, de manera habitual y que son reconocidos colectivamente como manifestaciones de su cultura. Se entenderá que el uso consuetudinario no pesquero (religioso, recreativo, medicinal y otros) es habitual cuando la periodicidad sea de a lo menos dos veces dentro de un período de diez años. En el caso del uso consuetudinario pesquero, se entenderá que es habitual cuando la actividad extractiva sobre recursos hidrobiológicos se haya ejercido uniformemente durante temporadas continuas de pesca al menos cada tres años”⁴³. La existencia del uso consuetudinario será corroborada con la prueba que presenten las asociaciones de comunidades o las comunidades solicitantes y también por un informe que ha de realizar la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena, la CONADI.

2.2 Contexto en la creación de los ECMPO

Los ECMPO se originan el año 2008, en el mes de febrero, con la publicación de la Ley N°20.249. Esta ley estuvo en tramitación desde el año 2005, cuando el gobierno del ex presidente Ricardo Lagos envió el proyecto al Congreso.

⁴² Artículo 2 de la Ley N°20.249.

⁴³ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Guía para la Aplicación de la Ley de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios. Chile. 2014. P.10.

Como antecedentes legales al proyecto, existía en Chile la Ley N°19.253, Ley Indígena, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, el decreto con fuerza de ley N°340, del año 1960, sobre Concesiones Marítimas, y el decreto con fuerza de ley N°290 del año 1993, sobre Concesiones de Acuicultura.

Además de estas normas legales, Chile contaba ya con importantes tratados internacionales vinculantes para el Estado sobre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas, relacionados con temas territoriales abarcados por la Ley Lafkenche. Dentro de estos tratados encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁴

Uno de los tratados más importantes para el tema de estudio es el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989, que revisa el Convenio 107 de la OIT de 1975. Este último convenio era reconocido por su carácter integracionista, es decir, buscaba la asimilación paulatina de la denominada “población indígena” lo que significaría su desaparición a medida que se integraran a la sociedad chilena. El Convenio 169 reconoce a los “pueblos indígenas” como tales, reconociendo a su vez su cultura en un marco de respeto a la diversidad, se reconoce el derecho de estos pueblos a asumir control de sus instituciones y formas de vida, así como sobre su desarrollo económico. Se reconocen también sus aspiraciones de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religión dentro de los Estados en los que viven⁴⁵, por ende no se busca una asimilación que los haga adoptar la cultura del resto de los chilenos.

El proyecto de la Ley Lafkenche se guió por el convenio y siguió la senda de la iniciativa de la Ley Indígena. Así como mencionó el señor director de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena “este proyecto de ley es una extensión de la ley N°19.253, que establece las normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, respecto al tratamiento de las

⁴⁴ Ibid. P. 49.

⁴⁵ Ibid. P. 50.

tierras ubicadas en el borde costero, dando preferencia al uso consuetudinario sobre este espacio.”⁴⁶

En el mensaje del proyecto de la ley Lafkenche se menciona como antecedente la promulgación de la Ley Indígena el año 1993, ya que instauró un deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando medidas adecuadas para tales fines. Además, la Ley Indígena señala específicamente que se deberán proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.⁴⁷

El mensaje también menciona los avances con el trato a los pueblos indígenas, que se habían logrado hasta el momento, gracias a esta ley, expresados en instituciones, esfuerzos, logros y desarrollos culturales; así como el aumento en la cuantificación de comunidades indígenas y de asociaciones indígenas reconocidas jurídicamente. A la fecha de presentación del proyecto habían cerca de 2.500 comunidades indígenas y de 1.000 asociaciones indígenas.⁴⁸ Hoy, según los registros de la CONADI (Corporación Nacional Indígena), hay 3.213 comunidades y 1.843 Asociaciones indígenas⁴⁹, podría decirse que se ha continuado avanzando en el reconocimiento de los pueblos originarios.

En relación con las comunidades y asociaciones de comunidades indígenas, la Ministra de Planificación y Cooperación, Clarisa Hardy, explicó que, dentro del proceso de formación de esta ley, se realizó un largo proceso participativo con éstas. Así, “a) En el mes de junio del año 2002, se planteó por las comunidades de la etnia Lafkenche la exención de pago de tributos en áreas de manejo; b) En octubre del mismo año, se formalizó un acuerdo entre las comunidades indígenas con el Presidente de la República don Ricardo Lagos, con el fin de reconocer los derechos ancestrales de las comunidades sobre el borde costero; c) En el mes abril del año 2004, el Supremo Gobierno instauró la Política de Nuevo Trato, en la cual se incluye el problema de los pueblos originarios costeros, y d) En el primer semestre del año 2005 se elaboró el referido proyecto de ley.”⁵⁰

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Chile, 2008. P. 71

⁴⁷ Ibid P. 3

⁴⁸ Ibid..

⁴⁹ CONADI, Registro de comunidades y asociaciones indígenas. [En línea] <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/registro-de-comunidades-y-asociaciones-indigenas>>

⁵⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit. P. 62.

A su vez, dijo que los pueblos indígenas que podrían acceder a esta nueva figura administrativa serían: “a) El Pueblo Rapa Nui, en Isla de Pascua, Quinta Región; b) El Pueblo Mapuche, específicamente los Mapuche Lafkenche, ubicados entre la octava y décima regiones; c) El Pueblo Kaweskar entre el Golfo de Penas y el Estrecho de Magallanes, y d) El Pueblo Yámana o Yagán, habitantes de las islas al sur de la Tierra del Fuego en la duodécima región.”⁵¹

Dentro de los fundamentos al proyecto que da el mensaje, se encuentra el reconocimiento al uso ancestral, por parte de los Mapuche Lafkenche, del territorio del borde costero de la VIII, IX y X regiones, y el poco o nulo reconocimiento de esta forma de vida por el ordenamiento jurídico chileno.

En la discusión del anteproyecto de la ley que reivindica el borde costero, participaron activamente las comunidades Lafkenche desde Arauco a Chiloé.⁵² Y como mencionó el diputado Escalona en la discusión en sala, este proyecto “reúne el esfuerzo de varios años de dirigentes de comunidades mapuches lafquenches y mapuches huilliches, y responde no sólo a la necesidad de respetar la identidad y las raíces ancestrales, sino también a la profunda necesidad de paz social en las regiones en las que se produce esta situación.”⁵³

Los Lafkenche se relacionan con el medio de forma integral, lo que ha determinado la configuración de toda su cultura y orden social. Pertenecen a una de las identidades territoriales reconocidas por los mapuches, que se expresa “en diferentes comunidades ubicadas geográficamente cerca de porciones de agua”⁵⁴. Las comunidades Lafkenche que habitan el Lafken Mapu, territorio costero mapuche entre el Golfo de Arauco y las provincias de Chiloé y Palena, tienen un “sistema productivo diversificado, de subsistencia familiar, siendo la actividad económica principal la recolección marina de invertebrados y algas, también subsisten la pesca de orilla, el aprovechamiento del lobo marino, la recolección terrestre, las actividades

⁵¹ Ibid. P. 63.

⁵² ZELADA y PARK. Op. Cit. P. 56.

⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit.

⁵⁴ ZELADA y PARK. Op. Cit. P. 53.

agropecuarias y forestales y el trabajo asalariado.”⁵⁵ Es decir, se relacionan fuertemente con el borde costero del país.

En el mensaje del proyecto se admite además que las normas de afectación de espacios del borde costero mediante la normativa de las concesiones marítimas eran genéricas y no contemplaban figuras jurídicas que reconocieran en forma específica el derecho de las comunidades costeras de pueblos originarios a los espacios que habían utilizado consuetudinariamente.⁵⁶

Es cierto que la Ley General de Pesca y Acuicultura se presentaba con una visión conservacionista de los recursos hidrobiológicos y creó figuras de protección de espacios marítimos. También creó las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos que se entregan a organizaciones de pescadores artesanales, pero los objetivos de esta ley no se centraron en las comunidades indígenas y se alejaron de dar cuenta del uso ancestral que del borde costero han realizado los pueblos originarios.

En síntesis, como se establece en el mensaje de la Ley Lafkenche, “ninguna de las figuras del ordenamiento jurídico vigente asume las particularidades de la relación de las comunidades de los pueblos originarios con los recursos costeros que son fundamentales para su subsistencia. Como consecuencia de la visión parcial que las informa, han generado dificultades en el acceso de dichas comunidades al borde costero.”⁵⁷

Con esto en mente, se buscó hacer una discriminación positiva a las comunidades indígenas reconociendo el uso ancestral de sus tierras y resultó necesaria la creación de una herramienta legal 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 pago asociado.”⁵⁸

⁵⁵ Ibid. P. 54.

⁵⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit. P. 3.

⁵⁷ Ibid P. 4.

⁵⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P.7.

2.3 Objetivo de la instauración de los ECMPO

El objetivo de los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios es el de “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.” Esto es lo señalado en el artículo 3 de la ley Lafkenche.

La idea de que el entorno natural define o afecta de manera importante la cultura de los pueblos indígenas, justifica el que deban gozar de mejores herramientas, como los ECMPO, que les permitan incidir en el debate público, balanceando las relaciones de poder, que normalmente presentan un carácter asimétrico, sobre todo en proyectos de inversión de gran envergadura.⁶¹

Por ello, siguiendo la idea de que “nuestro ordenamiento jurídico debe dar cuenta de la realidad social y cultural de todos sus habitantes, de la riqueza ancestral que envuelve a nuestros pueblos originarios”⁶², el proyecto pretende configurar una nueva figura administrativa denominada Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, con la cual se reconozcan los espacios territoriales del borde costero que han sido de uso ancestral”⁶³.

El cumplimiento del objetivo se basa en cinco principios fundamentales: el principio de exclusividad, el principio de voluntariedad, el principio de asociación, el principio de gratuidad y el principio de respeto a los derechos legalmente constituidos por terceros.

Según el principio de exclusividad sólo son destinatarias de ECMPO las Comunidades o Asociaciones de Comunidades Indígenas establecidas conforme a la ley 19.253.

El principio de voluntariedad implica que 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 principio de asociación es el tercer principio, basado en el supuesto que el uso consuetudinario ha sido ejercido por la generalidad de los miembros de la Comunidad o Asociación de Comunidades.

⁶¹ HENRÍQUEZ, Alfonso. Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental. *Ius Et Praxis*. (19): 275. Junio 2013.

⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit. P. 4

⁶³ Ibid.

El cuarto es el de gratuidad, según este no se contempla el pago de tributos por la entrega en administración de los ECMPO.

El principio de respeto a los derechos constituidos por terceros implica que se garanticen los derechos legalmente constituidos por terceros en forma previa a la presentación de una solicitud ECMPO.⁶⁴⁶⁵

Por otro lado, conforme a la opinión de la abogada Paula Candía, “es discutible si esta ley puede ser considerada como una forma oficial de protección del patrimonio ambiental de Chile, pues no es ese el objeto de la Ley. Claro está, indirectamente cumple este objetivo, toda vez que los pueblos originarios y su cultura conforman el patrimonio ambiental de Chile, sin embargo, no parece del todo apropiado que se le confunda con otras figuras de protección ni mucho menos con aquellas vinculadas a las áreas silvestres protegidas”.⁶⁶

2.4 Órganos que participan en el procedimiento.

En el procedimiento se ven involucrados además de la Subsecretaría de Pesca, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante de Chile, la Corporación Nacional Indígena, el Ministerio de Desarrollo Social, las Comisiones Regionales sobre el Uso del Borde Costero, el Ministerio de Defensa Nacional y la Comisión Intersectorial presidida por SUBPESCA que es la encargada de la revisión del Plan de Administración de los ECMPO⁶⁷⁶⁸. La función de estos órganos en el procedimiento será analizada juntamente con las etapas de éste.

⁶⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 8.

⁶⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit. P. 4.

⁶⁶ CANDIA, Paula. Áreas silvestres protegidas privadas y de pueblos originarios: Integración de diversos actores en la protección de las áreas silvestres en Chile. Justicia Ambiental. (5):191. Diciembre, 2015.

⁶⁷ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 8.

⁶⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 13.

2.5 Etapas del procedimiento de otorgamiento de ECMPOs:

La Ley Lafkenche, complementada con su Reglamento, contenido en el Decreto N°134 del año 2009, establecen un procedimiento para la solicitud de los ECMPO.

El título II de la ley es el que regula el procedimiento, este cuenta con las siguientes etapas:

1. Inicio del procedimiento: Solicitud y análisis de admisibilidad
2. Análisis de sobreposición con concesiones otorgadas o solicitudes
3. Acreditación del uso consuetudinario y consultas
4. Pronunciamiento de la CRUBC
5. Destinación del espacio costero marino
6. Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles
7. Revisión del Plan de Administración que presente la comunidad o asociación de comunidades y firma de convenio de uso.⁷⁰

A continuación, analizaremos las etapas del procedimiento.

a. Solicitud de ECMPO y análisis de admisibilidad

El artículo 7 de la ley establece que el procedimiento de otorgamiento de espacios costeros marinos de pueblos originarios se inicia por una asociación de comunidades indígenas o una comunidad indígena, mediante una solicitud que debe ser presentada ante la Subsecretaría de Pesca. En esta solicitud se deben indicar los fundamentos que justifican el uso consuetudinario del espacio costero marino de pueblos originarios por parte del solicitante y se debe indicar además los usos que pretendan ser incorporados en el plan de administración.

El artículo 4 del reglamento menciona los elementos que debe tener la solicitud: 1. Identificación de la comunidad o comunidades solicitantes. 2. Ubicación donde se emplaza la o las comunidades (región, comuna, localidad o sector). 3. Fundamentos que justifiquen el uso consuetudinario del espacio. 4. Usos que pretendan ser incorporados en el plan de administración.

Se deben adjuntar los siguientes antecedentes:

⁷⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 13.

- a) Certificado de vigencia de la o las comunidades y de su respectiva directiva.
- b) Plano del sector solicitado individualizando el polígono con coordenadas geográficas WGS-84.
- c) Un mapa sociocultural de los usos consuetudinarios que se invocan.

Si la solicitud es presentada por una asociación de comunidades indígenas debe ser firmada por los representantes de cada una de las comunidades que forman la asociación.

Respecto a que la solicitud deba ser hecha por una asociación de comunidades o por una comunidad indígena existen ciertas críticas a que se consideren como comunidades sólo a aquellas que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley Indígena. Esto porque la referida ley dispone que las comunidades se constituyen “en asamblea que se celebrará con la presencia del correspondiente notario, oficial del Registro Civil o Secretario Municipal” con un tercio de los indígenas mayores de edad. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) “dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha del depósito de los documentos, podrá objetar la constitución de la Comunidad Indígena si no se hubiere dado cumplimiento a los requisitos que la ley y el reglamento señalan para su formación y para la aprobación de sus estatutos, todo lo cual será notificado por carta certificada al presidente del directorio de la respectiva Comunidad Indígena”.

Resulta evidente que los procedimientos para constituirse obedecen al código jurídico chileno, no tienen en cuenta el carácter específico del pueblo Mapuche-Lafkenche, su modelo de organización, su enfoque territorial⁷¹. Todo esto perjudica a las comunidades, además, el Estado “al someter las normas consuetudinarias mapuches de asignación y acceso a las tierras a las reglas del derecho civil chileno, rompió delicados mecanismos e instituciones de integración de la sociedad Mapuche, dando origen a situaciones de disputa familiar intracomunitaria que perdurarán por varias generaciones”⁷²

⁷¹ ZELADA y PARK, Op Cit. P. 58.

⁷² Ibid. P. 56

b. Análisis de sobreposición con concesiones otorgadas o solicitudes

Dentro del plazo de dos meses, la Subsecretaría de Pesca deberá verificar si la solicitud de ECMPO se sobrepone a concesiones de acuicultura, concesiones marítimas o áreas de manejo otorgadas a titulares distintos del solicitante.

No hay ningún efecto de las solicitudes de ECMPO sobre concesiones o áreas de manejo ya otorgadas, ya que la ley señala que éstas, no se verán afectadas por una solicitud de ECMPO⁷³, esto se condice con uno de los principios de la ley el cual es el respeto a los derechos constituidos por terceros. Lo que sí puede ocurrir es que sea necesario modificar o denegar la solicitud ECMPO, que aún no es un derecho constituido.

Así, en caso de constatarse una sobreposición entre una solicitud de ECMPO y concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del ECMPO, se comunicará esta circunstancia a la comunidad o asociación de comunidades indígenas solicitante y se denegará la solicitud. En caso de que la sobreposición fuese parcial, corresponde a la Subsecretaría proponer al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios.

Si la sobreposición es con una concesión de acuicultura, marítima o área de manejo que ha sido otorgada a la misma comunidad solicitante, no se impedirá el inicio del procedimiento. La única consecuencia que tendrá esto es que se dejará sin efecto la concesión expresamente en el acto de destinación del ECMPO.

El análisis de sobreposición es realizado por SUBPESCA. Para dicho análisis, SUBFFAA y la Autoridad Marítima⁷⁴ proveen información.⁷⁵

Se desprende de la historia de la ley que al menos los Mapuche LLafkenche aceptaron este respeto a los derechos constituidos por terceros, para que la instauración de los Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios fuese posible y compatible con la legislación chilena. Este artículo será analizado a mayor profundidad en los siguientes subcapítulos.

⁷³ Ibid. P. 12.

⁷⁴ Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, Jefe de División de Administración Pesquera, Jefe del Departamento de Acuicultura, Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, Dirección Zonal de Pesca, Jefe de la División Jurídica de la Subsecretaría, Jefe de Departamento de Acuicultura de la Subsecretaría, Director Nacional de Pesca, entre otros.

⁷⁵ Ibid. P. 12.

c. Acreditación de uso consuetudinario y consultas

El artículo 8 de la ley establece que, en caso de no existir sobreposición con concesiones de acuicultura o áreas de manejo con titulares distintos a las comunidades solicitantes, la Subsecretaría de Pesca debe remitir la solicitud a otro órgano público, la CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena). La CONADI tiene un plazo de un mes para emitir un informe que acredite el uso consuetudinario invocado por el solicitante.⁷⁶

Si el informe de CONADI no da cuenta del uso consuetudinario, debe notificar al solicitante. Éste tendrá el plazo de un mes para interponer un recurso de reclamación ante el Ministerio de Planificación, que debe resolver la reclamación en un mes también. Si el recurso es rechazado se remitirán los antecedentes a la Subsecretaría para que ésta rechace la solicitud por resolución fundada.

Dentro del plazo de dos meses contados desde la elaboración del informe que acredita el uso consuetudinario o de la resolución que acoge el recurso de reclamación, la CONADI debe someter a consulta de las comunidades indígenas próximas al ECMPO el establecimiento de éste. También debe informar a la comunidad regional sobre la solicitud del espacio mediante mensaje radial y una publicación en un diario de circulación regional. Debe remitir el resultado de las consultas efectuadas dentro del mismo plazo de dos meses. Si se descubre que existen otra u otras comunidades indígenas que también hagan uso consuetudinario del ECMPO, éstas podrán asociarse con las comunidades solicitantes para administrarlo conjuntamente o bien deberán ser comprendidas como usuarias en el plan de administración del espacio.

Un concepto importante de este artículo es el uso consuetudinario, sobre el cual han presentado discusiones en torno a qué se entiende por él y la forma en que se debe probar su existencia.

⁷⁶ El reglamento establece ciertos requisitos para este informe, como:

1. Nombre de la práctica o uso consuetudinario invocado por la comunidad o asociación.
2. Individualización de la comunidad o comunidades indígenas que ejercen el uso consuetudinario
3. Alcances y cobertura geográfica del uso consuetudinario
4. Periodicidad del uso consuetudinario, habitualidad y ciclos continuos en el que se desarrolla.
5. Identificación de sitios de significación cultural.
6. Número de familias o comunidades que han ejercido el uso consuetudinario.
7. Número de familias o comunidades que actualmente ejercen el uso consuetudinario.
8. Identificación y análisis de los antecedentes que acreditan el uso consuetudinario.
9. Existencia de interrupciones que no afectan la habitualidad del uso consuetudinario.
10. Análisis y conclusiones.

La asesora jurídica de la Corporación Nacional del Desarrollo Indígena expresó el uso consuetudinario es el fundamento jurídico de la creación de esta figura administrativa, que tiene por objeto reconocer y respetar la especial relación que tienen con el mar los pueblos indígenas costeros, especialmente el pueblo Mapuche Lafkenche.⁷⁷

Explicó que “el uso consuetudinario es una especie de uso, entendido como el hábito de obrar o proceder, establecido por la tradición o por la repetición de los mismos actos, sin que llegue a constituir una fuente del derecho. Acotó que para el caso del presente proyecto de ley se configura en una causal de preferencia para acceder al uso y explotación de las playas y del mar por parte de las comunidades indígenas.”

Entonces, se entenderá por uso consuetudinario “el conjunto de hábitos o conductas ya sean de carácter pesquero, religioso, recreativo o medicinal, realizado por la generalidad de los integrantes de una comunidad indígena que dan cuenta de una tradición practicada de manera habitual como una expresión de su cultura y modo de vida.”⁷⁸

Este uso consuetudinario se centra en tres elementos: “las prácticas o hábitos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales de comunidades o comunidad indígena; la habitualidad del uso, y el reconocimiento colectivo como manifestación cultural”⁷⁹. El primer elemento puede ser conceptualizado como una serie de conductas que reflejan un modo de obrar, proceder o de conducirse por parte de una comunidad indígena, adquiridos por su repetición a lo largo de su historia y que perduran hasta nuestros días.

La habitualidad del uso involucra una regularidad o continuidad del comportamiento o proceder de una cierta manera por todo o parte de una comunidad indígena, generado por la repetición de los mismos actos o por la tradición. Debe tratarse de un comportamiento regular heredado a lo menos de una generación a otra.

El reconocimiento actual y colectivo debe provenir de la propia comunidad indígena y del resto de las colectividades existentes en el lugar.

⁷⁷ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 71.

⁷⁸ Ibid. P. 71

⁷⁹ Ibid. P. 72

Los principales presupuestos que deberá constatar la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena para acreditar un uso consuetudinario, conforme al artículo 8° del presente proyecto de ley son:

a) Los antecedentes de carácter antropológicos, sociales, históricos y legales en los que se funda una solicitud; b) La identificación de la Asociación de Comunidades o comunidad Indígena vinculada al espacio solicitado; c) El reconocimiento de los usos ejercidos por la asociación de comunidades o comunidad sobre el espacio solicitado, y d) La ubicación geográfica, límites, linderos y extensión del espacio en que se ejerce el uso consuetudinario.⁸⁰

Algunas solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Indígenas han tenido problemas con el respeto a los informes sobre uso consuetudinario elaborados por la CONADI. La solicitud del ECMPO Trincao, que se dividía en 10 sectores, confirmó el uso consuetudinario en todos ellos por parte de la CONADI, vio cómo se le denegaban por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero casi la totalidad de los sectores, desconociendo los derechos de la comunidad y el trabajo realizado durante tres años. Presentaron un recurso de protección que llegó a la Corte Suprema (causa N° 7544/2012). La CONADI había emitido un informe que probaba el uso consuetudinario de los sectores solicitados, por tanto, se encontraba acreditado el derecho al Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios solicitado. La Corte resuelve al favor de las comunidades indígenas y ordena dejar sin efecto las Resoluciones Exentas tomadas por la CRUBC.

d. Pronunciamiento de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero

El mismo artículo 8 trata la obligación de la Subsecretaría de someter el establecimiento del espacio costero a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (en adelante la Comisión o CRUBC, indistintamente), la que tendrá el plazo de un mes para emitir pronunciamiento. El silencio será entendido como un pronunciamiento favorable.

La Comisión puede pronunciarse de distintas formas: aprobar, rechazar fundadamente o proponer modificaciones fundadas al ECMPO. La resolución será comunicada al solicitante en un plazo de diez días hábiles desde que la comisión tome su decisión, el solicitante podrá

⁸⁰ Ibid. P. 73

reclamar ante la Comisión en el plazo de un mes desde la notificación de una resolución denegatoria. Se concede el plazo de un mes para resolver el recurso.

En el mismo caso del ECMPO Trincao, Corte Suprema causa n°7544 del año 2012, vemos que la CRUBC de Los Lagos actuó de manera ilegal y arbitraria al rechazar parcialmente la solicitud de ECMPO de la comunidad Folil Trincao. La CRUBC había rechazado el ECMPO por un error en las coordenadas, frente a esto la comunidad reclamó conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Lafkenche. La CRUBC resolvió esta reclamación cometiendo irregularidades impugnadas por la comunidad. Básicamente, una exposición hecha por el encargado de la oficina técnica de la CRUBC indicó antecedentes que desconocían los derechos de la comunidad y el trabajo realizado, entre ello, el informe elaborado por la CONADI que acreditaba el uso consuetudinario de los terrenos por parte de la comunidad. Este informe es lo que debería acreditar el derecho al Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios y la CRUBC lo desconocía. Frente a esto la Corte Suprema resuelve el amparo interpuesto por la comunidad estableciendo que la CRUBC rechazó parcialmente la reclamación fundándose en “antecedentes no previstos en la [Ley N°20.249](#), cuerpo legal que regula pormenorizadamente los antecedentes que se deben tener en cuenta al momento de pronunciarse sobre una solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, y es sobre la base de esos elementos que se debe emitir el pronunciamiento por parte de los miembros de la comisión.”⁸¹ Por otro lado, la Comisión invoca un hecho futuro, incierto, cual es la futura modificación del Plan Regulador que podría ampliar el límite urbano de la ciudad incluyendo sectores solicitados por la comunidad. “Se aleja así la recurrida del respeto al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la [Constitución Política](#) de la República”⁸²

La Corte establece también que las ilegalidades en las que ha incurrido la CRUBC “se traducen en una discriminación arbitraria que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el [artículo 19](#) N°2 de la [Constitución Política](#) de la República, porque desconoce que a la comunidad indígena recurrente debe dársele el mismo trato que al resto de las comunidades que presentan similares solicitudes, quienes obtienen un pronunciamiento de las

⁸¹ CS. Causa N° 7544 (2012)

⁸² CS. Causa N° 7544 (2012)

respectivas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero estrictamente apegado a la [Ley N°20.249](#).⁸³

e. Destinación del ECMPO

Si se obtuvo un pronunciamiento aprobatorio por la Comisión, o se hicieron las modificaciones propuestas por ésta, la Subsecretaría de Pesca cuenta con el plazo de diez días hábiles para presentar los antecedentes del ECMPO al Ministerio de Defensa Nacional, a fin de solicitar la destinación del espacio costero marino, a través de la Capitanía de Puerto respectiva⁸⁴.

La Capitanía de Puerto deberá remitir los antecedentes a la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas y DIRINMAR* emitirá un informe técnico. SUBFFAA emitirá el decreto de destinación marítima para SUBPESCA identificando la asociación de comunidades o a la comunidad que podrán acceder a la administración. El Ministerio de Defensa tiene el plazo de cuatro meses desde la presentación para resolver la solicitud. Este decreto debe remitirse a la Capitanía de Puerto y luego publicarse en el Diario Oficial.

Se deberá publicar un extracto del decreto que destine el ECMPO en el Diario Oficial dentro del plazo de tres meses desde el fin de su tramitación.

f. Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles

El artículo 10 de la ley Lafkenche establece que en los casos en que una misma área sea solicitada como ECMPO y sea objeto de una solicitud de afectación para otros fines, debe suspenderse la tramitación de esta última solicitud hasta que se emita el informe del uso consuetudinario por la CONADI o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra. En este caso no se aplica el principio de respeto a los derechos constituidos por terceros porque estamos frente a una incompatibilidad entre solicitudes, es decir, no se trata de derechos ya constituidos.

Si la CONADI da cuenta del uso consuetudinario debe preferirse la solicitud de ECMPO, sin perjuicio de que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración del espacio. Si la CONADI no da cuenta del uso consuetudinario y se

⁸³ CS. Causa N° 7544 (2012)

⁸⁴ MINISTERIO ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 25.

hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, las comunidades indígenas tendrán un plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como ECMPO el mismo o un sector que se sobreponga a aquél. Si vencido el plazo no se hubiere solicitado el sector por alguna comunidad las solicitudes suspendidas continuarán su tramitación hasta su término.

Ahondaremos en este artículo y en la aplicación que ha tenido hasta el momento en el siguiente capítulo.

g. Revisión del Plan de Administración que presente la comunidad o asociación de comunidades y firma de convenio de uso.

El artículo 11 de la Ley Lafkenche establece que la comunidad o asociación de comunidades tendrá un plazo de un año para presentar el Plan de Administración ante SUBPESCA, desde la fecha de publicación del extracto del decreto de destinación del ECMPO en el Diario Oficial. Dicho plazo podrá prorrogarse por dos meses a solicitud del interesado, después de lo cual se incurrirá en causal de término de la destinación. El Plan de Administración deberá comprender los usos y actividades que se desarrollarán en el espacio costero.⁸⁵

Además, debe contener los “fundamentos y objetivos de administración del espacio costero, constituyendo el marco conceptual y operativo en que se insertan todas las actividades desarrolladas en su interior, en el marco de las realidades naturales, socioculturales e institucionales y las dinámicas territoriales en los que se encuentra inmerso el espacio. Si dicho plan contempla la explotación de recursos hidrobiológicos, se deberá incluir además un plan de manejo que sea elaborado con la asesoría de un profesional que posea título o grado académico en el área pesquera, acuicultura o ciencias del mar o de una institución técnica que cumpla con los requisitos establecidos en el la letra a) del artículo 10 del Reglamento de la Ley 20.249”.⁸⁶

Una Comisión Intersectorial deberá verificar que el plan de administración presentado cumpla con los requisitos legales⁸⁷. Si no se cumple con alguno de los requisitos, se requerirá al interesado

⁸⁵ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 26.

⁸⁶ Ibid. P. 27

⁸⁷ a) Haber sido presentado dentro del plazo de un año contados desde la publicación del extracto a que hace referencia el inciso segundo del artículo 9 de la Ley, o dentro del plazo establecido como prórroga en su caso; b) Contener las menciones del artículo 30 de la Ley N° 19.880; c) Señalar los usos y actividades que serán desarrollados; d) Contener los elementos señalados en el artículo 11 de la Ley y 9 del Reglamento; e) Comprender la entrega de informes de actividades de conformidad al artículo 11

para que, en un plazo de cinco días hábiles administrativos, subsane la falta o acompañe los documentos respectivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de la presentación del Plan de Administración.

En caso de encontrarse en forma, el Plan de Administración deberá ser evaluado por la Comisión Intersectorial, dentro de un plazo de dos meses contados desde su presentación a SUBPESCA, por mayoría absoluta de los miembros presentes.

Si la Comisión Intersectorial aprueba el Plan de Administración, SUBPESCA deberá dictar una resolución aprobatoria, con copia a SERNAPESCA y a la Autoridad Marítima para efectos de fiscalización, y suscribir un convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad, dentro del plazo de un mes contado desde dicha aprobación.

Si la Comisión Intersectorial rechaza el Plan de Administración, éste deberá devolverse a la comunidad o asociación de comunidades solicitante con el objeto de que presente un nuevo plan o lo modifique en el sentido que corresponda. Para esto la comunidad o asociación de comunidades dispondrá de un plazo equivalente a aquél que reste para completar el año a que se refiere el artículo 11 de la Ley N°20.249 desde la fecha de la presentación del plan.

El artículo 12 establece que “aprobados el plan de administración y el plan de manejo, en su caso, la Subsecretaría deberá suscribir el convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria en el plazo de un mes, contado desde dicha aprobación.

El convenio de uso tendrá carácter indefinido, salvo que se constaten las causales señaladas en el artículo 13, caso en el cual la Subsecretaría deberá ponerle término.”

La destinación de los ECMPO y el convenio de uso se otorgarán de manera indefinida. Sin embargo, se les podrá poner término si se configuran una o más de las causales establecidas en la ley.⁸⁸⁸⁹

inciso 6° de la Ley; f) Contener los fundamentos y objetivos del plan de administración; g) Sujetarse, el plan de manejo, a las condiciones y requisitos señalados en el artículo 10 del Reglamento;

⁸⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 30

⁸⁹ A) No presentar o presentar fuera de plazo el Plan de Administración (Art. 11 Ley ECMPO). B) Incumplimiento del plan de manejo que haya afectado gravemente la conservación de recursos hidrobiológicos del ECMPO (Art 13 letra a) Ley ECMPO). C) Disolución de la asociación de comunidades o comunidad asignataria del área. (Art 13 letra b) Ley ECMPO). D) Haber sido sancionada la asociación de comunidades o la comunidad asignataria del área respectiva tres veces por resolución ejecutoriada en el plazo de un año (Art 13 letra c) Ley ECMPO). E) Por comunicación formal del o los

Subcapítulo 3: ¿Se relacionan el procedimiento de otorgamiento de Concesiones Acuícolas y el procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios?

Luego de estudiar el procedimiento de otorgamiento de concesiones de acuicultura y el procedimiento de otorgamiento de espacios costeros marinos de pueblos originarios, es posible realizar un análisis para determinar si ambos procedimientos interaccionan entre sí y en qué fases de los procedimientos se daría esta situación.

Merece importancia en esta etapa el concepto de “coherencia normativa”, que es a lo que debería apuntar el legislador chileno. Este concepto “destaca como una útil herramienta en la búsqueda de metodologías para evaluar los diversos tipos de respuesta normativa que el gobierno propone para solucionar problemas públicos.”⁹⁰ En este caso el problema público consistiría en los conflictos por uso de territorio que versan sobre el espacio costero marino habiendo tantos interesados en él.

Un estudio de la Pontificia Universidad Católica de Chile describe la coherencia de una política o set de políticas como una interacción entre políticas que sistemáticamente reduce conflictos y promueve la sinergia entre diferentes áreas de la política, de forma tal que se logre cumplir de mejor forma un determinado objetivo.⁹¹ Un objetivo podría ser la solución armónica a los conflictos por uso de territorio.

Existen tres tipos de coherencia: horizontal, vertical e interna. La coherencia horizontal, que es la que importa en este caso, se da entre dos o más áreas de política, promoviendo la reducción de conflictos entre ellas. Por ejemplo, se busca la coherencia horizontal entre la política de medio ambiente y la política energética de la Unión Europea.⁹² Bien puede buscarse una coherencia

representantes de la comunidad o asociación de comunidades indígenas a SUBPESCA, en la que expresen su voluntad de dar por finalizada la destinación (Art 13 inc. 5° Ley ECMPO).

⁹⁰ REYES, Francisca, CASTILLO, Bárbara, CORTÉS, Flavio, CONCHA, Mariella y BRAVO, Paloma. Sistematización y análisis de coherencia normativa en proyectos de ley y leyes con relevancia ambiental. Fomento a la responsabilidad ambiental del Congreso Nacional. Pontificia Universidad Católica de Chile. (6): 7. Mayo, 2014.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

horizontal entre la política de explotación de los recursos naturales y de protección a los pueblos indígenas.

Entonces, una interacción entre ambos procedimientos de otorgamiento de espacios demostraría cierto nivel de preocupación del legislador para buscar una solución armónica a la competencia por el uso de este territorio costero marino. Demostraría un respeto por la coherencia entre las diversas normas legales. De nada serviría publicar la Ley Lafkenche si el resto de las normas legales no respetara lo que ella establece, se producirían conflictos constantemente entre ambos cuerpos legales. Por ello queremos analizar a continuación si existe esta coherencia, si interactúan ambos procedimientos.

Con el estudio de los dos procedimientos, en primer lugar, es claro que ambos se enfocan en entregar en administración a los solicitantes, terrenos que se encuentran bajo la supervigilancia del Ministerio de Defensa, específicamente de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas. Versan sobre los mismos espacios físicos del país, el espacio costero marino, aunque los usos que se permiten en cada uno de los procedimientos sean diferentes.

Tenemos dos procedimientos que asignan usos distintos a un mismo territorio, tenemos también dos o más solicitantes interesados en estos territorios entre los que se generan conflictos por uso de territorio. La Ley Lafkeche busca solucionar estos conflictos otorgándole preferencia a las solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios de las comunidades indígenas.

En segundo lugar, es posible ver que interactúan estos procedimientos en dos etapas del proceso regulado por la Ley Lafkenche, estas son en el análisis de sobreposiciones y en el establecimiento de los criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.

1. Análisis de sobreposiciones.

El artículo 7 de la ley en su inciso segundo indica qué hacer en caso de sobreposiciones entre la solicitud de ECMPO y concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas a titulares distintos de solicitantes.

Se considera la situación de que una solicitud de ECMPO pueda tener sobreponerse a una concesión acuícola, vemos una primera interacción entre ambos procedimientos.

2. Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.

Un segundo momento en que interactúan ambos procedimientos es en el caso de que existan dos o más solicitudes sobre un mismo espacio que resulten incompatibles, como pueden ser una solicitud de concesión acuícola con una solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios. Esto se ve en el artículo 10 de la ley, donde se establecen los criterios de decisión entre ambas solicitudes.

Existe una tercera situación en la que interaccionan los distintos solicitantes de solicitudes de afectación, que ocurre con posterioridad a la entrega de los ECMPO, la cual es tratada en el Título IV de la ley y dice relación con los conflictos de uso que se susciten entre los mismos miembros de la asociación de comunidades o comunidad asignataria, los que se resolverán conforme a lo previsto en el estatuto de la organización.

Entonces, sí interactúan, en un primer momento se reconoce la posible existencia de conflictos entre ambos procedimientos y en segundo lugar se establecen métodos para solucionar estos conflictos. La forma que la ley da para solucionar los conflictos que pueden darse en los procedimientos de otorgamientos y la aplicación práctica de estas soluciones, será analizada en el siguiente capítulo.

Capítulo II: Conflictos por uso de territorio, entre solicitudes de ECMPOs y solicitudes de concesiones acuícolas o concesiones acuícolas ya otorgadas.

En el presente capítulo analizaremos los conflictos por uso de territorios que pueden ocurrir cuando una concesión acuícola y un ECMPO desean usar un mismo territorio. Estudiaremos qué conflictos surgen entre ambos procedimientos, ya sabemos que la ley reconoce la existencia de estos, investigaremos cuántos de estos conflictos han ocurrido en la práctica, en qué momento ocurren, qué soluciones otorga la ley y cómo se han resuelto, es decir, si acaso se han seguido las soluciones dadas por la ley, lo que garantizaría un respeto a la ley y a los propósitos de la Ley Lakfenche, demostrando que la interacción establecida entre ambos procedimientos ha sido suficiente ya que respetando ambas normativas se pueden perseguir los objetivos de la Ley N° 20.249, o si más bien se han ignorado las soluciones legales frente a conflictos de territorio, lo que significaría la necesidad de una mayor interacción entre ambos procedimientos que garantice de mejor manera el respeto de un procedimiento de otorgamiento uno con el otro.

Como base jurisprudencial para este análisis, serán utilizadas las sentencias de las Corte de Apelaciones que han tratado estos conflictos en la región de Los Lagos hasta el año 2016, los dictámenes de la Contraloría General de la República hasta el mismo año en la mencionada región y los expedientes de tramitación de solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios presentadas hasta el mismo año, obtenidos mediante solicitud de transparencia a la Subsecretaría de Pesca realizada con fecha 10 de junio del año 2017.

De los resultados obtenidos en la respuesta a la solicitud de transparencia, aprendimos que se habían realizado 35 solicitudes de ECMPO en la región de Los Lagos hasta junio del 2017. Tan solo 8 de éstas habían concluido ya en ECMPO decretados.

Subcapítulo 1: ¿En qué momento se manifiesta un conflicto territorial entre las solicitudes de ECMPO y las solicitudes de concesiones acuícolas o las concesiones acuícolas ya otorgadas?

En un primer momento debemos determinar cuáles son los conflictos por uso de territorio que pueden surgir entre el procedimiento de otorgamiento de concesiones acuícolas y el procedimiento de otorgamiento de espacios costeros marinos de pueblos originarios. También

es preciso saber cuáles son las soluciones que la ley da a estos conflictos y las opiniones que han surgido al respecto.

Como mencionamos al final del capítulo anterior, una de las formas de interacción entre los dos procedimientos analizados surge justamente debido a los conflictos de territorio que pueden darse entre el procedimiento de otorgamiento de Concesiones Acuícolas y el procedimiento de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios. Se ha reconocido la existencia de estos conflictos y esto parece ser un buen punto de partida.

Son dos las etapas del procedimiento de otorgamiento de espacios costeros marinos de pueblos originarios en las que se dan conflictos por uso de territorio entre concesiones acuícolas y ECMPOs, la etapa del análisis de sobreposiciones y la etapa de decisión entre solicitudes incompatibles.

1.1 Análisis de sobreposiciones.

El artículo 7 de la ley Lafkenche, en su inciso segundo, es el que se hace cargo de la posibilidad de existencia de sobreposiciones entre la solicitud de ECMPO y concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas, y nos indica qué hacer frente a esto. Como el objeto de estudio del presente trabajo consiste en los conflictos entre concesiones de acuicultura y ECMPO, nos remitiremos solo a analizar las sobreposiciones con este tipo de concesiones.

El artículo 7 de la ley se pone en las siguientes situaciones:

1. No existe sobreposición.
2. Existe sobreposición con concesión ya otorgada a la misma asociación de comunidades o comunidad solicitante.
3. Existe sobreposición parcial con concesión ya otorgada a un tercero.
4. Existe sobreposición total con concesión ya otorgada a un tercero.

Analizaremos cada situación planteada por el artículo y los modos de resolver que ofrece la ley.

- a. Inexistencia de sobreposición.

En este caso la solicitud no se presenta conflicto alguno, el territorio no ha sido otorgado en administración, no hay dos partes en controversia. En esta situación el procedimiento continúa a la siguiente etapa, es decir, se remite a la CONADI para que se realice el informe sobre uso consuetudinario pertinente, según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Lafkenche.

- b. Existencia de sobreposición con concesión o concesiones ya otorgadas a la misma comunidad que solicita el ECMPO.

En este caso también continúa el procedimiento. Si la tramitación del ECMPO concluye de forma exitosa, la concesión, de la misma asociación de comunidades o comunidad, será dejada sin efecto en el acto de destinación marítima del ECMPO.⁹⁴ No se genera realmente un conflicto por uso de territorio ya que es el mismo solicitante el que hace uso de ambos procedimientos, la asociación de comunidades o la comunidad indígena que desea pasar de ser dueña de una concesión de acuicultura a ser dueña de un ECMPO.

- c. Existencia de sobreposición parcial con concesión o concesiones ya otorgadas a terceros.

En esta situación sí presenciamos un conflicto por uso de territorio. Son dos personalidades distintas, con un objetivo de uso distinto, las que desean administrar un mismo territorio. Por un lado, están las comunidades indígenas que buscan rescatar el uso ancestral de estos terrenos para poder desarrollar sus costumbres como lo han hecho desde tiempos inmemoriales, y por otro lado están los dueños de las concesiones acuícolas que en su gran mayoría buscan usar el territorio y sus recursos para obtener ganancias económicas. El artículo 7 de la ley establece que los antecedentes del ECMPO serán remitidos en consulta a la autoridad marítima⁹⁵, significando esto realizar consultas al Departamento de Acuicultura de la Subsecretaría de Pesca, a la División de Administración Pesquera de Subsecretaría de Pesca, a la Dirección Zonal de Pesca, al Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, al Subsecretario para las Fuerzas Armadas y al Director Nacional de Pesca, con el objeto de determinar la existencia de sobreposiciones.

⁹⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Op. Cit. P. 18.

⁹⁵ Decreto 134 del Ministerio de Planificación, artículo 5.

En caso de constatarse una sobreposición, la ley nos ofrece la siguiente solución: la Subsecretaría de Pesca debe enviar al solicitante del ECMPO una propuesta de modificación de la superficie solicitada, de modo que el espacio solicitado no presente sobreposición de ningún tipo con concesiones o AMERB otorgadas. Recordemos que uno de los principios que rige en la Ley Lafkenche es el del respeto a los derechos constituidos por terceros.

La comunidad o asociación de comunidades solicitante tendrá un plazo de 30 días hábiles para manifestar su aceptación de la propuesta. Si la acepta, la Subsecretaría de Pesca debe remitir la solicitud del ECMPO a la CONADI para que continúe el procedimiento, con la solicitud modificada. Si no hay respuesta dentro de los 30 días hábiles SUBPESCA declarará abandonado el procedimiento, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 19.880. Esto último lo indica el reglamento de la ley en su quinto artículo.

No se establece en la Ley Lafkenche qué ocurrirá si la comunidad o asociación de comunidades da una respuesta negativa o si propone una modificación distinta a la ofrecida por la Subsecretaría, no se dice siquiera si la comunidad tiene esta posibilidad. Además, al final las comunidades seguirán rigiéndose por la Ley de Base de los Procedimientos Administrativos, ley N°19.880, que no contiene un trato especial considerando las circunstancias particulares de los pueblos originarios. Se dice que la ley Lafkenche viene a implementar un trato especial a las comunidades indígenas en consideración a sus características particulares, para dejarlas en un plano de igualdad con el resto de los ciudadanos chilenos, pero si seguimos aplicando la Ley N°19.880 a las comunidades indígenas, se continúa ejerciendo un trato discriminatorio en su contra.

- d. Existencia de sobreposición total con concesiones otorgadas a terceros.

El conflicto de territorio se hace presente aquí también. En este caso la solución que otorga la ley Lafkenche es que la solicitud de ECMPO será inmediatamente rechazada. Nuevamente, el principio del respeto a los derechos constituidos por terceros es el que da sentido esta solución. Como dijo el diputado Escalona en la tramitación de la ley, “se debe reconocer la firmeza y la generosidad de los actores involucrados. Por ejemplo, la firmeza de los representantes de las comunidades indígenas lafquenches para reclamar ese derecho y su generosidad para concurrir

a un proyecto de ley que cuenta con el apoyo mayoritario de la Cámara de Diputados. En ese sentido, hay que resaltar la unanimidad que hubo en la Comisión de Recursos Naturales. ¿Por qué? Porque la Coordinadora de Organizaciones Mapuche Lafquenches y Huilliches, en el caso de Chiloé, ha concurrido a un proyecto de ley en el que se reconocen los derechos adquiridos de las concesiones establecidas en el borde costero.”⁹⁶, pareciera que la Coordinadora de Organizaciones Mapuche Lafquenches estuvo de acuerdo con reconocer los derechos ya adquiridos de terceros que tuviesen concesiones. Sería interesante saber de qué forma manifestaron su aprobación a este punto. Surge la duda sobre la injusticia de haber otorgado territorio de los pueblos indígenas a lo largo de los años hasta el 2008 por períodos de hasta 25 años, renovables, a quienes solicitaran concesiones marítimas o acuícolas. Como consecuencia de esta disposición las comunidades pueden reclamar solo los territorios que no se encuentren asignados, es necesario considerar que el año 2008 se encontraba ya bastante avanzado el desarrollo de la actividad acuícola en nuestro país, y se habían otorgado 1.351 concesiones acuícolas en la X región⁹⁷, en territorios que las comunidades indígenas ya no podrán reclamar como ancestralmente suyo.

1.2 Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.

Un segundo momento en que interactúan ambos procedimientos es en el caso de que existan dos o más solicitudes sobre un mismo espacio que resulten incompatibles, como pueden ser una solicitud de concesión acuícola con una solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios.

Se dan los elementos de un conflicto territorial, es una controversia de relevancia jurídica, en este caso suscitada entre particulares, vinculada a la administración y uso sustentable del ámbito marino-costero.

Esta situación se considera en el artículo 10 de la Ley Lafkenche, donde se establecen los criterios de decisión entre ambas solicitudes.

Se dice en este artículo que, si hay sobreposición, sea total o parcial, con solicitudes de concesiones de terceros que se encuentren en trámite, es decir, aquellas que aún no han sido

⁹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Op. Cit. 34.

⁹⁷ SUBSECRETARÍA DE PESCA. Listado de concesiones de acuicultura de salmónidos por agrupación de concesiones en las regiones X, XI y XII. [En línea] <<http://www.subpesca.cl/portal/619/w3-article-81329.html>>

otorgadas al momento de realizarse la solicitud de ECMPO, se deberá suspender la tramitación de las solicitudes que no sean de ECMPO, al menos hasta que se emita el informe de CONADI sobre el uso consuetudinario de los solicitantes del ECMPO.

Si el uso consuetudinario no es acreditado, las otras solicitudes podrán continuar su tramitación, si se acredita el uso consuetudinario, las demás solicitudes quedan rechazadas. Sin embargo, el que sean rechazadas no impide que, en una etapa posterior, cuando se hagan los planes de administración, los solicitantes de concesiones acuícolas puedan ser considerados como usuarios en el plan de administración del ECMPO, previo acuerdo con la asociación de comunidades o comunidad encargada del ECMPO.

Podría pensarse que al dar esta preferencia a las solicitudes de ECMPO por sobre a otras solicitudes se estaría incurriendo en una vulneración a la igualdad ante la ley, respaldada en nuestra Constitución Política en su artículo 19 N°2, pero la situación no es vulneradora, más bien lo sería si no se hubiese establecido un trato especial, toda vez que “se ha establecido que la igualdad ante la ley es una garantía que se basa en que se dé un trato igualitario a aquéllos que están en la misma situación. De este modo, en este caso el legislador pretende discriminar positivamente para reconocer el uso ancestral de ciertas comunidades indígenas sobre el borde costero y, por tanto, no se estaría conculcando este derecho”⁹⁸. Es decir, al hacer esta distinción se intenta poner en posición de igualdad a las comunidades indígenas con el resto de la nación.

Como el abogado José Díaz investigó, "la visión tradicional de la igualdad se construye sobre la mencionada fórmula aristotélica de tratar igual a los iguales (personas/casos) y desigual a los desiguales. Como puede observarse, la noción en comento consta de dos partes. Mientras la primera exige un tratamiento idéntico para asegurar la igualdad, la segunda requiere un tratamiento diverso para alcanzar el mismo objetivo."⁹⁹ Se requiere cierto nivel de diferenciación para alcanzar la igualdad. Además, esta noción de igualdad "ha permitido el desarrollo de doctrinas esenciales del derecho antidiscriminatorio contemporáneo, tales como la distinción

⁹⁸ PARRA, Rocía, Régimen Jurídico del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios. **En**, BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique, Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013. P. 525.

⁹⁹ DÍAZ, José. ¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional? Revista Ius et Praxis (2): 319. 2015.

entre discriminación directa e indirecta, el acomodo razonable de los discapacitados, e incluso la discriminación positiva."¹⁰⁰

La sentencia Rol N°2386 de 2013 del Tribunal Constitucional señala al respecto que: “en ciertas circunstancias, para “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” y “asegurar” la “igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1º) el legislador puede establecer beneficios directos o indirectos. Así sucede con las medidas de discriminación positiva, en que el Estado favorece a personas pertenecientes a grupos históricamente postergados, con un fin compensatorio o correctivo, para que puedan tener igualdad de condiciones con otras personas”.¹⁰¹

Subcapítulo 2: Modificación o rechazo de solicitud de ECMPO

En el presente subcapítulo ahondaremos en cómo se han desarrollado y solucionado en la práctica los conflictos que versan sobre la existencia de una sobreposición parcial o total entre una solicitud de ECMPO con concesiones acuícolas ya otorgadas a un tercero distinto a las comunidades indígenas. Sabemos que, si la sobreposición es parcial, la Subsecretaría de Pesca debe enviar una propuesta de modificación y dependerá de la aceptación de esta propuesta por parte de las comunidades, la continuación del procedimiento o no. Por otro lado, si la sobreposición es total entre una solicitud de ECMPO y una concesión o concesiones ya otorgadas a un tercero, la solicitud de ECMPO será rechazada.

Para ello se realizó un levantamiento de información a través de una solicitud de transparencia sobre los expedientes de los ECMPO solicitados hasta el año 2016 y sobre sus análisis de sobreposición con concesiones acuícolas, solicitud dirigida a la Subsecretaría de Pesca. Gracias a la información obtenida de la Subsecretaría de Pesca, podemos saber que, al 10 de junio de 2017, de las 35 solicitudes de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios en la Región de Los Lagos, 30 ya habían concluido la primera etapa del análisis de sobreposiciones tratada en el artículo 7. Es decir, se habían realizado ya las consultas pertinentes a la autoridad marítima y se obtuvo de ella respuestas suficientes para elaborar los respectivos informes de sobreposiciones.

¹⁰⁰ Ibid. P. 342.

¹⁰¹ Ibid. P. 354.

De los informes de sobreposiciones de las solicitudes de ECMPO podemos obtener los siguientes datos:

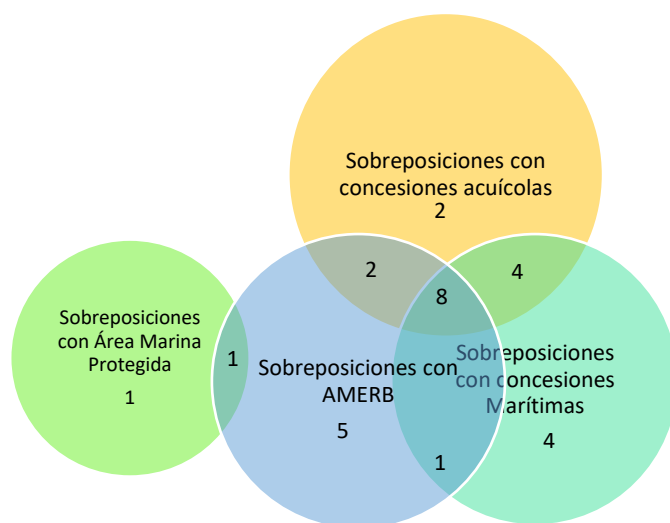
De las 30 solicitudes de ECMPO que ya realizaron la etapa de análisis de sobreposiciones a la fecha de la solicitud de transparencia, tan solo 2 no presentaron sobreposición con ningún tipo de concesiones, AMERB o área protegida.

Estas 2 solicitudes forman parte de los 8 ECMPOS ya otorgados en la región. Son los ECMPO denominados Punta Capitanes, Buta Lauquen. Cada proceso de otorgamiento duró 3 años y medio y 2 años y 9 meses, respectivamente.

Esto significa que 28 de las 30 solicitudes de ECMPO presentaron sobreposiciones con alguna concesión, AMERB, o área protegida, esto es, el 93% de las solicitudes de ECMPO en la X región que ya habían pasado la etapa del análisis de sobreposiciones al 10 de junio de 2017.

A la luz de los datos obtenidos, podemos determinar que, para el 10 de junio de 2017, en la región de Los Lagos:

- En 17 solicitudes de ECMPO se ha presentado al menos una sobreposición con Áreas de Manejo y Estudio de Recursos Bentónicos, 4 de ellos se encuentran decretados.
- En 17 solicitudes de ECMPO se ha presentado al menos una sobreposición con concesiones o destinaciones marítimas, 1 de ellos se encuentra decretado.
- En 2 solicitudes de ECMPO se ha presentado al menos una sobreposición con áreas protegidas, 1 de ellos se encuentran decretados.
- En 16 solicitudes de ECMPO se ha presentado al menos una sobreposición con concesiones acuícolas, 3 de ellos se encuentran decretados.



Como el objeto de estudio del presente trabajo es el de los conflictos entre solicitudes de ECMPO y concesiones acuícolas, nos remitiremos a analizar las sobreposiciones con este tipo de concesiones.

Las 16 solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios que presentaron al menos una sobreposición con concesiones acuícolas son las siguientes:

a) Manquemapu.

En el caso del ECMPO Manquemapu, se presentó una sobreposición con la concesión de acuicultura otorgada a Salmones Humboldt S.A.¹⁰² La Subsecretaría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Lafkenche, envió una propuesta de modificación a la comunidad indígena solicitante, Manquemapu. Ésta, en su carta de respuesta a la propuesta, manifestó una objeción a la concesión de acuicultura de Salmones Humboldt S.A. considerándola un peligro para la conservación de la biodiversidad del fondo marino y manifestó dudas respecto al procedimiento administrativo en que se adjudicó, pero al fin y al cabo aceptó

¹⁰² Carta respuesta a la solicitud ECMPO Manquemapu (C.I. N°5001 del 26 de mayo de 2010) Emitida por la Subsecretaría de Pesca, N°406, Valparaíso, con fecha 29 de marzo de 2011.

la modificación propuesta.¹⁰³ No se hizo comentario alguno a la objeción sobre la concesión que planteó la comunidad y continuó el procedimiento con la modificación al ECMPO.

b) Trincao

El ECMPO Trincao presentó sobreposiciones con 3 solicitudes de acuicultura ya otorgadas a Juan Carlos Ojeda, Carmen Rodríguez Poveda y a la Sociedad Bórquez y Cárcamo Cultivos¹⁰⁴. La sobreposición era parcial y la comunidad Folil Trincao aceptó la modificación propuesta por la Subsecretaría para continuar el procedimiento.¹⁰⁵

c) Mañihueico Huinay

Este ECMPO presentó sobreposiciones con 131 concesiones acuícolas ya otorgadas, según el Informe de Sobreposición N°06/2011. Todas estas sobreposiciones fueron parciales, por lo que se continuó con la tramitación del ECMPO una vez aceptada por la Asociación de Comunidades Indígenas de Hualaihué, la modificación propuesta por la Subsecretaría.

d) Koldita

El ECMPO Koldita presentó sobreposiciones con 36 concesiones acuícolas ya otorgadas, todas otorgadas a terceros distintos a la Asociación de Comunidades Indígenas Williche Fundo Koldita, solicitante, como puede desprenderse del Informe de Sobreposición N° 05/2011. La sobreposición fue parcial la asociación de comunidades aceptó las modificaciones para continuar el procedimiento.

e) Huentetique

El ECMPO presentó sobreposiciones parciales con 5 concesiones acuícolas otorgadas a terceros¹⁰⁶. La Comunidad Indígena Antu Lafken de Huentetique aceptó la modificación del espacio propuesta por la administración y continuó el procedimiento.¹⁰⁷

¹⁰³ Carta respuesta a carta N° 406. Emitida por la Comunidad Indígena Manquemapu, Purranque, con fecha 16 de mayo 2011.

¹⁰⁴ Respuesta Memorandum (DCP) N°318/2010, emitida por el Jefe Departamento de Acuicultura, Memorandum (D.A.C) N°413, con fecha 3 de agosto de 2010.

¹⁰⁵ Carta respuesta a oficio. Emitida por Ramón Eduardo Chiguay Carcamo, con fecha 13 de junio 2011.

¹⁰⁶ Carta respuesta a la solicitud ECMPO Huentetique (C.I. N° 9952 del 12 de agosto de 2011) Emitida por la Subsecretaría de Pesca, N° 2109, Valparaíso, con fecha 25 de noviembre de 2011

¹⁰⁷ Carta respuesta a carta N° 21096. Emitida por José Omar GUentelicán Maldonado, con fecha 11 de enero 2012.

f) Paildad

Presentó 3 sobreposiciones con concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, como consta en el Informe de Sobreposición N°02/2012. Las sobreposiciones fueron parciales y la comunidad indígena Apeche aceptó las modificaciones propuestas por la Subsecretaría.

g) Caulín

Este ECMPO presentó 4 sobreposiciones parciales con concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, según el Informe de Sobreposición N°06/2012. La propuesta de modificación efectuada fue aceptada por las comunidades indígenas Huenque Caulín y Wente Caulín, por lo que se continuó con el procedimiento.

h) Antilko de Rauco

El Informe de Sobreposición N°04/2014 establece que este ECMPO presentó sobreposiciones parciales con 10 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros. La comunidad Antilko de Rauco aceptó la modificación propuesta por la Subsecretaría, continuó el procedimiento.

i) Huicha Pucatué

Este ECMPO presentó sobreposiciones parciales con 3 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, según lo dispuesto en el Informe de Sobreposición N°12/2015. Se propuso una modificación por parte de la administración y ésta fue aceptada por la comunidad indígena Huicha Pucatué.

j) Antilko

Antilko presentó sobreposiciones parciales con 4 concesiones acuícolas otorgados a terceros distintos a la comunidad solicitante Antilko, como puede verse en el Informe de Sobreposición N° 15/2015. La propuesta de modificación fue aceptada y continuó el procedimiento.

k) Caylín

Este ECMPO presentó sobreposiciones con 36 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, según la información obtenida gracias al Informe de Sobreposición N°13/2015. Las sobreposiciones fueron parciales y las comunidades indígenas Caylín y Lafquen Mapu aceptaron la propuesta de modificación, por lo que continuó el procedimiento.

l) Panitao

Panitao presentó sobreposiciones parciales con dos concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, como se ve en el Informe de Sobreposición N°03/2016. La comunidad solicitante, Quiñel Huichaquilen Quinán, aceptó la propuesta de modificación y continuó el proceso.

m) Metri

Del Informe de Sobreposición N°10/2016 se desprende que este ECMPO presentó sobreposiciones con 24 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros distintos a la comunidad indígena solicitante, Naiman. Fueron sobreposiciones parciales y la comunidad aceptó la propuesta de modificación emitida por la Subsecretaría.

n) Chaullín

Chaullín presentó sobreposiciones parciales con 5 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros, según el Informe de Sobreposición N°15/2016. La comunidad indígena solicitante, Cerro Bajo de Isla Chaullín, aceptó la propuesta de modificación de la administración.

o) Compu

Compu presentó sobreposiciones con 11 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros distintos a la comunidad indígena solicitante, Coihuin de Compu, como podemos ver en el Informe de Sobreposición N°03/2017. Estas sobreposiciones fueron parciales y la modificación propuesta fue aceptada por la comunidad.

p) Chayahué

Chayahué presentó sobreposiciones parciales con 2 concesiones de acuicultura otorgadas a terceros distintos a la comunidad indígena solicitante, Reñinhue, como podemos ver en el Informe de Sobreposición N°16/2016. La modificación propuesta por la Subsecretaría fue aceptada por la comunidad y continuó el proceso.

ECMPO	Fecha de solicitud	Sobreposiciones con concesiones Acuícolas	Estado tramitación al 10 de junio del 2017
Manquemapu	26-05-2010	1	Decretado el 08-05-2017
Trincao	16-06-2010	3	Decretado
Mañihueico Huinay	08-11-2010	131	Próximo envío a CRUBC
Koldita	15-12-2010	36	Próximo envío solicitud de destinación marítima
Huentetique	12-08-2011	5	Decretado
Paildad	05-09-2011	3	Próximo envío a CRUBC, recurso ante MDS
Caulin	07-10-2011	4	En solicitud de destinación
Antilko de Rauco	09-10-13	10	En solicitud de destinación
Pucatué	15-11-2013	2	En solicitud de destinación
Antilko	11-03-2015	4	En CONADI
Caylin	20-04-2015	36	Próximo envío a CRUBC
Panitao	23-07-2015	2	En CONADI
Metri	06-01-2016	24	En CONADI
Chaullin	29-02-2016	5	Próximo envío a CONADI
Compu	22-03-2016	11	En comunidad
Chayahué	07-06-2016	2	En CONADI

De los datos obtenidos podemos desprender las siguientes ideas:

Primero, que las solicitudes que presentan sobreposiciones con concesiones de acuicultura corresponden a un 46% de las solicitudes de ECMPO en la X región, que a la fecha del 10 de junio del presente año habían concluido la etapa del análisis de sobreposiciones. Por ende, es un alto número de solicitudes el que deberá aplicar alguno de los métodos de solución que ofrece el artículo 7 de la ley Lafkenche. La mitad de estas, es decir, 8, tienen sobreposiciones con 5 o más concesiones de acuicultura. Esto significa que las modificaciones de sus ECMPO fueron sustanciales y demuestra a la vez que territorios que las comunidades consideran suyo, y del cual reclaman tener un uso consuetudinario, ya ha sido otorgado a concesiones acuícolas a nombre

de terceros, antes de que ellos pudieran reclamarlo como territorio ancestral debido a la inexistencia de una figura jurídica como el ECMPO hasta el año 2008.

Segundo, que en todos los casos las sobreposiciones son con concesiones otorgadas a terceros distintos a la comunidad o asociación de comunidades indígenas solicitantes del ECMPO. Es decir, no se aplicó el inciso tercero del artículo 7 de la Ley Lafkenche, el cual indica que no impedirá el inicio del procedimiento la sobreposición con una concesión de acuicultura [...] otorgada a la comunidad solicitante, ya que las comunidades solicitantes no tenían concesiones de acuicultura a su nombre, es decir, no tenían, al momento de solicitar un ECMPO, derecho a la administración de los territorios que ellos consideraban suyos por su uso ancestral. Esto podría demostrar una preferencia en el otorgamiento de territorios costeros a quienes buscan desarrollar actividades productivas en Chile, por sobre el respeto a nuestros pueblos originarios y sus territorios, ya que ninguna concesión acuícola con las que se presentaron sobreposiciones había sido otorgada a comunidades indígenas. Esto también puede demostrar la dificultad que tienen estas comunidades para competir por la administración del territorio costero a través de la figura de concesiones, considerando los costos económicos de éstas como lo es el pago de la patente del uso del borde costero o el hecho de tener que adaptarse a figuras jurídicas que no reconocen su cultura y forma de organización.

Tercero, respecto a la clase de sobreposición con concesiones de acuicultura, distinguiendo entre parcial y total, podemos ver que no se presentaron en ningún caso, en esta región, sobreposiciones totales entre las solicitudes de ECMPO y concesiones de acuicultura. Esto se debe en gran medida a la extensión de los terrenos solicitados como ECMPO. Lo beneficioso de este punto es que no se denegaron en esta instancia las solicitudes, como debería hacerse en caso de sobreposiciones totales según el inciso segundo del artículo 7, sino que, al ser parciales, la Subsecretaría de Pesca procedió a proponer modificaciones, las comunidades las aceptaron, en todos los casos, y decidieron continuar con los procedimientos.

Sin embargo, esta aceptación es la única opción que tenían las comunidades si querían que al menos parte del territorio del cual ellos reclamaban tener uso consuetudinario les fuese otorgado en administración, ya que, si se negaban a las modificaciones propuestas por la Administración o no emitían respuesta, el procedimiento terminaba en ese momento y no tendrían derecho siquiera a una porción del ECMPO solicitado. Una demostración de esto es la carta de respuesta

a la Propuesta de Modificación que emite la Comunidad Indígena Manquemapu cuando la Subsecretaría de Pesca modifica el ECMPO del mismo nombre, debido a la existencia de una sobreposición con una concesión de acuicultura. La comunidad da a entender en esta carta que no estaba de acuerdo con que se modificara su solicitud respecto a la concesión acuícola con la que se presentaba una sobreposición, pero no tenía otra opción más que aceptar las modificaciones propuestas para así poder continuar el procedimiento de otorgamiento, aunque fuese por una extensión menor.

Entonces, podemos ser conscientes de cuantas concesiones acuícolas han sido otorgadas en terrenos que las comunidades indígenas de nuestro país consideran propio, pero no les había sido reconocido a ellos a tiempo y al momento de instaurarse la figura de los ECMPO estos terrenos ya habían sido otorgados como concesiones de acuicultura a terceros. Las comunidades indígenas son las que nuevamente deben adaptarse a la administración y legislación chilena, debiendo modificar sus solicitudes de espacios costeros marinos a fin de no interponerse con el gran número de concesiones acuícolas ya otorgadas. El reconocimiento del uso consuetudinario que los pueblos originarios han tenido de los territorios costeros chilenos, cual supone ser el objetivo de la Ley Lafkenche, se ve altamente limitado, al menos en este punto, por el alto número de concesiones acuícolas otorgadas en la región antes de que existiese una figura jurídica como los ECMPO en Chile.

Volviendo al tema de las interacciones y coherencia entre los dos procedimientos estudiados, si bien este artículo demuestra una interacción ya que se respetan las concesiones de acuicultura ya otorgadas, por parte del procedimiento de otorgamiento de ECMPO, se puede cuestionar la coherencia con el objetivo principal de la Ley Lafkenche, el cual es reconocer el uso consuetudinario de las comunidades indígenas sobre su territorio. Gran parte del territorio del cual las comunidades reclaman haber hecho uso consuetudinario fue otorgado como concesiones acuícolas a terceros distintos a las comunidades y la Ley Lafkenche no habla de derechos que podrían tener las comunidades sobre estos territorios ya otorgados como concesiones, se prefiere llegar a un acuerdo entre las comunidades indígenas y el Estado, respetando totalmente los derechos adquiridos por terceros y sacrificando parte del derecho de las comunidades indígenas a su territorio ancestral. Se dejan las concesiones intactas, no se conversa sobre un eventual permiso de uso, compartido, del mismo territorio a las comunidades indígenas, tampoco se le imponen obligaciones a los concesionarios que signifiquen un mayor

reconocimiento o respeto a estas comunidades ni se conversa sobre la existencia de alguna cuota de participación en la toma de decisiones que pueda afectar esos territorios considerados ancestrales por las comunidades.

Subcapítulo 3: Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles.

En el presente subcapítulo nos centraremos en la situación que regula el artículo 10 de la Ley N°20.249, es decir, la existencia de sobreposiciones entre solicitudes de concesiones y solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios. No hablamos ya de sobreposiciones con concesiones otorgadas, sino con solicitudes de estas.

Como fue mencionado, en la Ley Lafkenche se establece una preferencia para las comunidades indígenas que soliciten un ECMPO, frente a otras solicitudes de afectación que se realicen sobre el mismo espacio solicitado. El artículo en cuestión establece que:

“En caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra.

En caso de que el informe de la Conadi no dé cuenta del uso consuetudinario y se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, se comunicará esta circunstancia en la forma dispuesta en el artículo 8º, inciso cuarto. Las comunidades indígenas tendrán el plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como espacio costero marino de pueblos originarios el mismo o un sector que se sobreponga a aquél. Vencido el plazo sin que se hubiere solicitado el sector por alguna comunidad, la o las solicitudes que se hubieren suspendido, continuarán su tramitación hasta su término. En caso de que el informe de la Conadi dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitantes o comunidad, según corresponda.”.

A continuación, analizaremos la historia de la ley y las discusiones que surgieron respecto a este artículo y luego la aplicación que el artículo ha tenido hasta el año 2016, esto en base a los expedientes de tramitación de los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios entregados

por la Subsecretaría de Pesca, en base a dictámenes de la Contraloría General de la República y en base a sentencias de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

1. Historia de la ley: discusión sobre el artículo 10 de la Ley Lafkenche.

Revisando la historia de la Ley Lafkenche, el artículo 10 presentado en el proyecto de ley fue el siguiente:

“Artículo 10. Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles. En caso que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra.

En caso que el informe de la Conadi no dé cuenta del uso consuetudinario y se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, se dará curso a la solicitud suspendida sin más trámite. En caso que el informe de la Conadi dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitante o comunidad, según corresponda.”

Este artículo fue aprobado sin discusión por la unanimidad de los miembros de la comisión de la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional.¹⁰⁸

En la Cámara del Senado, en la primera discusión de la Comisión del Medio Ambiente, existieron dudas sobre si acaso la preferencia establecida a favor de las comunidades indígenas solicitantes de un ECMPO vulneraba la igualdad ante la ley, garantía reconocida en la Constitución en su artículo 19 N ° 2. Frente a esto bien respondió la Jefa de la División Jurídica de la Subsecretaría de Pesca al decir que lo que pretende el legislador con este artículo es discriminar positivamente para reconocer el uso ancestral de ciertas comunidades indígenas sobre el borde costero¹⁰⁹. Por ende, no se trata de una vulneración a la igualdad sino de una discriminación positiva para igualar las condiciones de los pueblos originarios. No se están conculcando otros derechos.

¹⁰⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Op. Cit. P. 20.

¹⁰⁹ Ibid. P. 65.

En la discusión en sala de esta Cámara se presentó otra discusión similar en la que se malinterpretó el artículo considerándolo discriminatorio, esta vez el tema fue la posibilidad de que los pescadores artesanales, también interesados en el espacio costero marino, fuesen perjudicados debido al artículo 10. Se cuestionó la preferencia otorgada a las comunidades indígenas, y se plantearon puntos defendiendo a los pescadores tanto como a las comunidades.

En el marco de estas discusiones, el Senador Horvath propuso en su momento reemplazar el artículo 10 por el siguiente:

“Artículo 10.- Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles. En caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se preferirá aquélla que haya sido presentada primero., calificado por la Comisión del Borde Costero. En caso de que el informe del Ministerio de Planificación no dé cuenta del uso consuetudinario y se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, se dará curso a la primera solicitud sin más trámite. En caso de que el informe del Ministerio de Planificación dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá compartir el espacio costero marino de pueblos originarios entre los solicitantes, de acuerdo a la zonificación respectiva.”¹¹⁰

Es decir, propuso eliminar la preferencia que se le da a las comunidades indígenas en la ley, alejándola de los objetivos perseguidos por el proyecto. Los senadores Novoa y Allamand propusieron modificaciones similares¹¹¹.

La asesora jurídica de MIDEPLAN, hizo notar el sinsentido del cambio propuesto, argumentando que “la indicación en análisis recae en un aspecto medular de la iniciativa, puesto que elimina la discriminación positiva existente entre dos o más solicitudes, criterio según el cual, una vez acreditada la existencia del uso consuetudinario, prefiere la solicitud del pueblo originario ante cualquiera otra solicitud que se hubiere presentado con antelación, y cuya resolución se encontrare pendiente.” Ella misma llama a la discriminación positiva contenida en este artículo un aspecto medular de la iniciativa, es uno de los puntos clave de la ley ya que es parte de la discriminación positiva hacia las comunidades indígenas que tanto tiempo se ha extrañado en Chile.

¹¹⁰ Ibid. P. 125.

¹¹¹ Ibid. P. 126.

El senador Allamand consultó si era posible que en virtud de dicha preferencia alguien pudiera utilizarla dolosamente, presentando diversas solicitudes con el propósito de entabrar una solicitud ingresada con anterioridad. La Subsecretaría de Marina respondió que “sería imposible que un tercero presentare solicitudes con el sólo propósito de entabrar el proceso, ya que el artículo 8° del proyecto aprobado en general, establece el plazo de un mes para que la CONADI emita el informe que da cuenta del uso consuetudinario.”

Finalmente, el único cambio que se realizó al artículo 10 del proyecto de ley presentado por el Presidente, a lo largo de toda su tramitación, fue reemplazar la frase “se dará curso a la solicitud suspendida sin más trámite.”, referida a la situación en que el informe elaborado por la CONADI no acredite el uso consuetudinario, por la siguiente oración: “se comunicará esta circunstancia en la forma dispuesta en el artículo 8°, inciso cuarto. Las comunidades indígenas tendrán el plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como espacio costero marino de pueblos originarios el mismo o un sector que se sobreponga a aquél. Vencido el plazo sin que se hubiere solicitado el sector por alguna comunidad, la o las solicitudes que se hubieren suspendido, continuarán su tramitación hasta su término.”

En conclusión, se intentó por parte de algunos senadores modificar radicalmente uno de los artículos fundamentales de esta ley, demostrando ignorancia y poco respeto sobre los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre su territorio, derechos reconocidos nacional e internacionalmente. Felizmente, tras dar las explicaciones necesarias fue comprendido por la generalidad de Diputados y Senadores que este artículo es parte fundamental de la ley y que la discriminación que se hace en él es una discriminación positiva, necesaria para tener un justo trato con nuestras comunidades indígenas.

2. Análisis luego de 8 años de aplicación

A continuación, analizaremos qué problemas respecto a la aplicación del artículo 10 de la Ley Lafkenche han surgido hasta el año 2016 y cómo se han resuelto. Esto se realizará estudiando los expedientes de tramitación de las solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Indígenas, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y los Dictámenes de la Contraloría General de la República, hasta el año 2016, que tratan sobre la materia.

2.1 Expedientes de la Subsecretaría de Pesca

Por solicitud de transparencia tan solo tenemos acceso a los expedientes completos de los ECMPOs cuya tramitación ya ha finalizado, estos son 8 Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios en la región de Los Lagos, hasta el año 2016. Por ello, esta parte del estudio sólo podrá hacerse sobre estos ECMPO ya decretados.

En estos expedientes, podemos comprobar que junto con las solicitudes de información de sobreposiciones que realiza la Subsecretaría de Pesca a las autoridades marítimas para determinar, en el plazo de dos meses, si existe algún tipo de sobreposición con concesiones ya otorgadas, conforme al artículo 7 de la ley, le solicita también a la Contraloría General de la República y a las autoridades marítimas suspender todos los trámites de solicitudes de concesiones que estén vigentes, en razón del artículo 10.

La explicación que les da a las autoridades para solicitar la suspensión de la tramitación de otras solicitudes de afectación suele ser algo como la presentada en la tramitación de la solicitud del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios Bahía San Pedro:

“De acuerdo con lo señalado en el Art. 10 de la Ley citada precedentemente, se debe considerar que en caso de que en la misma área solicitada como ECMPO hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, a partir de la fecha del presente documento, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la CONADI o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se interpuesto en su contra.

En virtud de lo anterior, solicito a Ud. Considerar los antecedentes de la solicitud de ECMPO Caulín, con el objeto de suspender la tramitación de las solicitudes de concesiones marítimas y de acuicultura que se encuentren en vuestra institución, a fin de dar cumplimiento a lo señalado en el Artículo citado precedentemente.”

En el caso del ECMPO Bahía San Pedro también se solicitó a la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas suspender las tramitaciones mencionadas, así como al Jefe de División de Administración Pesquera, al Jefe del Departamento de Acuicultura, al Director General del

Territorio Marítimo y Marina Mercante, a la Dirección Zonal de Pesca, al Jefe de la División Jurídica de la Subsecretaría, al Jefe de Departamento de Acuicultura de la Subsecretaría y al Director Nacional de Pesca.

Sin embargo, vemos que respecto a este ECMPO la misma autoridad comete ciertos errores al momento de justificar la suspensión de las demás solicitudes ya que en dos casos justifica esto en virtud del artículo 7 y no del artículo 10. Esto ocurre cuando se dirige al Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante y al Director Nacional de Pesca. Queda en duda si esto se produce por una falta de conocimiento de la materia y de la ley o si se debe a un mero error de tipeo.

También cabe cuestionarse, por qué se le solicita a la Contraloría efectuar estas suspensiones, o a todas las autoridades que no son la Subsecretaría de Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, siendo esta Subsecretaría la encargada de otorgar o denegar concesiones marítimas o de acuicultura.

En el resto de los ECMPO's otorgados en la región de Los Lagos se le solicitó efectuar la suspensión, en general, a las mismas autoridades que en el ECMPO Bahía San Pedro. A la contraloría sólo se dirigió, respecto a las suspensiones, en una oportunidad más, en la tramitación del ECMPO Córdor.

Analizando todos los expedientes vemos que, en 7 de los 8 Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios otorgados en la región, se cometió el error de justificar la solicitud de suspensión de tramitación de otras solicitudes, invocando el artículo 7 de la Ley Lafkenche al referirse al artículo 10. Al parecer es un mero error formal porque el contenido del artículo que invocan es el correspondiente al artículo 10, pero la referencia es la errónea y si bien no parece deberse a ignorancia sobre la materia, demuestra al menos falta de atención y preocupación.

En base a los expedientes también es posible determinar cuántas de las solicitudes de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios presentaron sobreposiciones con solicitudes de concesiones de acuicultura en trámite.

	Bahía San Pedro	Budi Toltén	Cóndor	Huentetique	Mahuindatu	Manquemapu	Punta Capitanes	Trincao
Concesiones acuícolas en trámite	4	0	3	7	2	0	0	7

Fueron 5 de los 8 ECMPOs finalizados en la región los que presentaron este tipo de sobreposición. Claramente, como se trata de ECMPOs otorgados, en estos 5 casos se suspendieron los otros procedimientos de solicitudes sobre el territorio, se elaboró un informe sobre el uso consuetudinario que acreditaba este uso y se prefirieron las solicitudes de ECMPO.

2.2 Sentencias Corte de Apelaciones de Puerto Montt

Con respecto a las sentencias recogidas para este estudio, hasta el año 2016 encontramos dos sentencias que versan sobre la materia estudiada, en especial sobre el artículo 10 de la Ley Lafkenche. Estas corresponden a la causa N ° 448/2014 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y la causa 2196/2016 de la misma corte. Ambas son recursos de protección interpuestos por la representante de una misma comunidad indígena solicitante de dos ECMPO, uno el 2014 y otro el 2016. En ambos recursos se reclama la vulneración del artículo 10 al no suspender un proceso de otorgamiento de concesión marítima en un caso, y una autorización provisoria para obras de menor importancia en el segundo caso, ambos a nombre de la misma empresa acuícola, Sealand Aquaculture.

1. Causa N°448/2014 Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La causa trata de un recurso de Protección presentado por la Comunidad Reñinhue en contra de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas. Los hechos consisten en que se otorgó una concesión marítima para obras de menor importancia a nombre de la empresa acuícola Sealand Aquaculture S.A. cuando, según la recurrente, se encontraba en tramitación una solicitud de ECMPO Chayahué presentada con fecha 11 de diciembre de 2013. Esto vulneraría el artículo 10 de la Ley Lafkenche y a la vez los artículos 19 n°2 y 19 n° 14 de la Constitución Política de la República.

La recurrente estimó que la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas *“realizó una conducta arbitraria al continuar con la tramitación de la CCMM en circunstancias que debió ser suspendida al iniciarse la tramitación de la ECMPO por parte de la recurrente, conducta que, además, es ilegal, al atentar contra lo dispuesto en la normativa legal vigente, en especial en la Ley 20.249 en su artículo 10, y en el Convenio N° 169 de la OIT en lo que atañe al respeto y protección de sus derechos como lo señala entre otros, los artículos 2.1, 4.1 y 8.1 respectivamente.”*¹¹²

Respecto a los derechos constitucionales la recurrente sostiene que *“no ha existido igualdad ante la ley, ya que no se ha aplicado debidamente la normativa legal pertinente, y por otra parte se ha privado a los recurrentes de su derecho de petición.”*¹¹³

El problema comenzó cuando la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura tras recibir la solicitud de ECMPO por parte de la recurrente, consideró que faltaban antecedentes para continuar el procedimiento y los requirió mediante un funcionario a las comunidades solicitantes. Los solicitantes señalaron que la solicitud cumplía con todos los requisitos impuestos por la Ley Lafkenche y su Reglamento, y que si existía alguna observación por parte de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, ésta observación debía hacerse llegar por escrito cumpliendo la formalidad requerida.

La Subsecretaría remitió una carta con las observaciones, que llegó a mediados de febrero a las comunidades. Éstas respondieron el 11 de marzo mediante otra carta, que fue ingresada a tramitación en la Subsecretaría el 17 de marzo del 2014. El 31 de julio la Subsecretaría mediante resolución exenta, dio por desistido el trámite. La Subsecretaría de las Fuerzas Armadas dijo que en ningún momento hubo sobreposición entre la solicitud de concesión marítima con el ECMPO que menciona la reclamante. Finalmente, el recurso se rechaza por ser presentado fuera de plazo, ya que la recurrente tuvo conocimiento del acto que estimaba contrario a derecho el 25 de julio del 2014. No se terminó de resolver el problema de fondo, si acaso actuó mal la Subsecretaría de Fuerzas Armadas o no al otorgar esta concesión cuando se tramitaba el ECMPO.

La concesión otorgada a Sealand Aquaculture fue otorgada con fecha 14 de febrero del 2014, en medio de los requerimientos por más antecedentes. El desistimiento del procedimiento de la

¹¹² C.A. de Puerto Montt. 448/2014. P. 2.

¹¹³ C.A. de Puerto Montt. 448/2014. P. 2.

solicitud de ECMPO presentada el 11 de diciembre del 2013, fue declarado el 9 de julio del 2014. Pareciera que efectivamente fue vulnerado el artículo 10 de la Ley Lafkenche, pero por ser extemporáneo el recurso, no hubo pronunciamiento al respecto.

2. Causa 2196/2016 Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

La representante de la comunidad Reñihue presentó un recurso de protección contra Sealand Acquaculture. Lo fundamentó diciendo que el día 7 de junio de 2016 presentó una solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios (ECMPO Chayahué) y que con posterioridad a esto, a la empresa acuícola, Sealand Aquaculture se le dio una autorización provisoria para obras de menor importancia por parte de la Capitanía de Puerto cuando esto no correspondía dado que se encontraba en tramitación el ECMPO. Sealand Aquaculture no había suspendido la tramitación de su solicitud y había continuado excavando, vulnerando el artículo 10 de la Ley Lafkenche, además del artículo 19 n° 2 y 19 n° 8 de la Constitución Política de la República. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones ya que había perdido oportunidad, dada la desaparición del riesgo porque había terminado ya la autorización provisoria y Sealand Aquaculture había retirado los instrumentos que necesitó usar por un tiempo en el espacio del ECMPO solicitado.

Es interesante que la representante de la comunidad *“preguntó formalmente al Capitán de Puerto de Calbuco, el mismo día en que tomaron conocimiento de estos hechos ilegales, sobre las autorizaciones que esta empresa tendría y le hizo ver lo inconveniente de dicha autorización provisoria para obras de menor importancia, a lo cual el Capitán de Puerto respondió que al momento de autorizar a la empresa él no tenía información alguna sobre la tramitación del ECMPO de la comunidad, sin embargo de la respuesta por escrito que dicha autoridad envía al Sr. V. queda de manifiesto que toda esta autorización se efectuó en momento en que ya habían sido notificadas las autoridades de la región sobre la tramitación del ECMPO que su comunidad había iniciado el 7 de junio con la presentación ante la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, por lo tanto la autoridad marítima actuó a lo menos con una desprolijidad inexcusable, en una tramitación “express” para autorizar a una empresa salmonera a intervenir la playa, pues de aquella respuesta se enteraron que la solicitud fue presentada el día 6 de julio, y al día siguiente ya estaba dada la autorización, y al afectar aquella decisión a sus derechos consagrados constitucionalmente, se convierte en un acto no solo ilegal, sino que arbitrario en que se privilegia los derechos de una empresa por sobre los derechos de sus comunidades, siendo a la vez un acto que demuestra un alto grado de discriminación manifiesta.”*

Sin embargo, al fallar el recurso, como se rechaza por pérdida de oportunidad, la Corte no ahonda en el hecho de que efectivamente se haya otorgado una autorización provisoria de menor importancia cuando el ECMPO Chayahué continuaba tramitándose. Nuevamente la Corte de Puerto Montt no toma postura en el caso.

2.3 Dictámenes Contraloría General de la República

La Contraloría respondió 8 consultas realizadas hasta el 2016, sobre la obligación de suspender tramitaciones de solicitudes de afectación, del artículo 10 de la Ley Lafkenche.

La Subsecretaría de Pesca realizó 4 de estas consultas, otras 4 fueron hechas por particulares, de estas 2 fueron hechas por solicitantes de un ECMPO, 1 por la Fundación Núcleo Austral de Justicia Ambiental y DDHH y 1 por la Federación Interregional de Pescadores Artesanales del Sur de Valdivia.

1. Consultas Subsecretaría de Pesca.

La Subsecretaría en las 4 ocasiones se dirige a la Contraloría solicitándole la suspensión de las tramitaciones de las solicitudes de concesiones marítimas y de acuicultura, o cualquiera otra de afectación.

El contralor da sus respuestas en sus dictámenes N° 77934 del 14 de diciembre del 2011, N° 870 del 6 de enero del 2012, N° 15260 del 15 de marzo del 2012 y N° 19651 del 5 de abril del 2012. Dice en estos 4 dictámenes que no le corresponde a la Contraloría efectuar estas suspensiones, sino a la Subsecretaría de Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, ya que la facultad de otorgar concesiones marítimas y de acuicultura se encuentra en ella.

Esto podría demostrar la poca comprensión que tiene del trámite la administración, y los errores a los que se podría llegar al no solicitarle a la cartera del Estado que realmente le corresponde efectuar las suspensiones de las solicitudes conforme al artículo 10. Sin embargo, como vimos al analizar los expedientes de los ECMPOs finalizados, siempre se le solicitó la suspensión a la

Subsecretaría de Fuerzas Armadas, y en conjunto se realizaron solicitudes a la Contraloría, siendo estas innecesarias.¹¹⁴

2. Consultas de particulares

1. Javier Nahuelpán, consultó sobre la legalidad de la actuación de la Capitanía de Puerto de Valdivia que, estando en conocimiento de una solicitud de espacio costero marino de los pueblos originarios, no suspendió la tramitación de las concesiones marítimas requeridas por Celco S.A. en la misma zona.¹¹⁵

La Gobernación Marítima de Valdivia argumentó que las facultades para la tramitación y otorgamiento de ese tipo de concesiones, pertenecen al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, y esto significaría que las autoridades marítimas locales debían mantener el ingreso normal de solicitudes, sin perjuicio de informar respecto de las sobreposiciones.

Frente a esto, el contralor estableció que la incompatibilidad mencionada en el artículo 10, debe tratarse de la concurrencia de una solicitud de espacio costero marino para los pueblos originarios con una petición de otro tipo de afectación del borde costero.

Dijo el contralor que es cierto que “es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas y terrenos de playas fiscales que indica, así como también la concesión de rocas, fondo de mar, porciones de agua dentro y fuera de las bahías, entre otras, por lo que de acuerdo con lo informado por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y por la Gobernación Marítima de Valdivia, las capitanías de puerto no poseen atribuciones para pronunciarse sobre esas solicitudes”¹¹⁶. Sin embargo, la suspensión del artículo 10 “no se traduce en un pronunciamiento que resuelva el asunto que se suspende -como sería el otorgamiento o denegación de una concesión marítima-, sino que se trata de una paralización transitoria de aspectos procedimentales y que se reiniciarán, si

¹¹⁴ Dictamen N°77934 de la Contraloría General de la República (2011), Dictamen N°870 de la Contraloría General de la República (2012), Dictamen N°15260 de la Contraloría General de la República (2012), Dictamen N°19651 de la Contraloría General de la República (2012).

¹¹⁵ Dictamen N°56257 de la Contraloría General de la República (2011).

¹¹⁶ Dictamen N°56257 de la Contraloría General de la República (2011).

fuere procedente, en la oportunidad indicada en la normativa y sin que corresponda, en consecuencia, devolver los antecedentes recibidos.”¹¹⁷

Concluye que el artículo 10 obliga también a la Capitanía de Puerto a efectuar las suspensiones si el expediente administrativo se encuentra en esa sede, ya que no se trata de la denegación o aceptación de una solicitud de afectación, sino de su mera suspensión.

2. Eduardo Rojas consultó sobre la legalidad en la decisión de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) al denegarle una petición de escasa importancia en virtud del artículo 10 de la Ley Lafkenche.

El contralor sostuvo que “es dable inferir que los permisos o autorizaciones de escasa importancia son una especie de concesión marítima y que el actuar de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en orden a suspender el procedimiento de otorgamiento de la ‘concesión marítima menor’ de la empresa recurrente se ajustó a derecho.”¹¹⁸

Sin embargo, consideró objetable la decisión de la Capitanía de Puerto de Coronel-Lota contenida en la consignada resolución N° 12.200/46, que denegó a la sociedad interesada el permiso o autorización de escasa importancia, puesto que, “la aplicación de tal precepto solo tiene el efecto de paralizar tramitaciones de concesiones marítimas y no el de servir de fundamento para otorgarlas o denegarlas.”¹¹⁹.

3. Don Vladimir Riesco Bahamondes, Presidente de la Fundación Núcleo Austral de Justicia Ambiental y Derechos Humanos, y don Marco de Mayorga, representante de la Federación Interregional de Pescadores Artesanales del Sur de Valdivia (FIPASUR) consultaron sobre la legalidad de la decisión del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Los Ríos, de continuar el procedimiento administrativo de evaluación ambiental de proyectos de concesiones de acuicultura en áreas que han sido objeto de una solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios.

¹¹⁷ Dictamen N°56257 de la Contraloría General de la República (2011).

¹¹⁸ Dictamen N°80377 de la Contraloría General de la República (2014).

¹¹⁹ Dictamen N°80377 de la Contraloría General de la República (2014).

El contralor sostuvo que el procedimiento de evaluación ambiental es de aquellos que comprende un “procedimiento administrativo reglado, que se inicia mediante el sometimiento al SEIA de una declaración de impacto ambiental (DIA) o un estudio de impacto ambiental (EIA) por parte del titular de un proyecto. Este procedimiento de evaluación de impacto ambiental no constituye una solicitud de afectación, sino que busca determinar si el impacto ambiental de un determinado proyecto o actividad se ajusta a las normas vigentes.”¹²⁰

Por lo tanto, concluye que la suspensión a que se refiere el artículo 10 de la ley N°20.249 no se aplica al procedimiento de evaluación ambiental, por lo que la decisión de la Dirección Regional de Evaluación Ambiental de Los Ríos, se ajustó a derecho.

¹²⁰ Dictamen N°18895 de la Contraloría General de la República (2017).

Conclusiones

La Ley Lafkenche constituye un avance en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, un avance necesario en la búsqueda de un respeto del uso consuetudinario que los pueblos originarios han tenido sobre los territorios costeros marinos de Chile desde tiempos ancestrales. Las comunidades indígenas han tenido que enfrentarse a distintos actores que quieren hacer uso de sus territorios. Este trabajo se enfocó en analizar los conflictos de territorios que podrían darse entre las comunidades indígenas y las concesiones acuícolas, una vez determinados estos conflictos, se estudiaron los procedimientos de otorgamiento de concesiones acuícolas y de otorgamiento de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios para ver si se prestaba alguna solución a los conflictos por uso de territorio. Efectivamente se presentaron soluciones, a continuación fueron analizados los expedientes de tramitación de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios de la X Región de Los Lagos y sentencias de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, para determinar si en la práctica estas soluciones fueron utilizadas correctamente o no, en esta región del país.

La ley Lafkenche incorpora mecanismos de solución de conflictos por uso de territorio en caso de sobreposiciones con otras solicitudes de afectación sobre el territorio solicitado por una comunidad como un Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios. Dentro de los mecanismos de solución de conflicto que se dan en el procedimiento de otorgamiento de ECMPO existen el artículo 7 y el artículo 10 de la Ley. El artículo 7 establece qué hacer en caso de sobreposiciones con concesiones ya otorgadas a un tercero o a la misma comunidad. Vimos que en la práctica este artículo es ampliamente usado ya que la mayoría de las solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios en la región de Los Lagos presentó sobreposiciones con concesiones otorgadas a terceros. No existieron sobreposiciones con concesiones otorgadas a la misma comunidad solicitante. De esto concluimos que es poco el espacio disponible para las solicitudes de un ECMPO y por ello la mayoría de ellos presentaron sobreposiciones y tuvieron que modificar su extensión, ajustándose al espacio no concesionado, a pesar de que estos terrenos originalmente fueran considerados por las comunidades como territorio ancestral en el que han desarrollado un uso consuetudinario.

Respecto al artículo 10, establece cómo actuar en caso de sobreposiciones con otras solicitudes de afectación sobre un mismo territorio. Este artículo es esencial dentro de la ley ya que establece una preferencia para las solicitudes de las comunidades indígenas. Si hay sobreposición entre solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios y otras solicitudes de afectación, deben paralizarse los procedimientos de las otras solicitudes, no la del ECMPO, hasta que se emita el informe de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero sobre el uso consuetudinario del territorio solicitado por parte de la comunidad. En la práctica la Subsecretaría de Pesca ordena a las autoridades correspondientes aquella suspensión o paralización en caso de sobreposición de solicitudes, pero algunas autoridades han tenido problemas en entender qué solicitudes de afectación abarca el artículo, y en otras ocasiones derechamente se ha vulnerado esta norma, evitando la suspensión de otras solicitudes en perjuicio de la solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios.

Entonces si bien comprobamos que existe una interacción entre ambos procedimientos de otorgamiento en los dos artículos estudiados, 7 y 10, de todas formas se continúan viendo perjudicadas las comunidades indígenas. En relación al artículo 7 al no poder optar por tener como Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios espacios que han usado consuetudinariamente debido a que gran parte de estos ya se encuentran concesionados, siendo un gran número de estas concesiones aquellas de calidad acuícola, y porque las autoridades aún no tienen total claridad sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley Lafkenche ya que se han presentado casos en que no se cumple lo dispuesto por el artículo y no se efectuó la suspensión de toda tramitación de solicitud de afectación distinta a la solicitud de un ECMPO que verse sobre el mismo territorio.

Por esto creemos que si bien la Ley Lafkenche ha demostrado ser un avance en el respeto al derecho al territorio de los pueblos indígenas de Chile, no basta con este instrumento, hay que seguir innovando en materia de reconocimiento de territorio de nuestras comunidades indígenas, demostrando un verdadero respeto a los cientos de años de uso consuetudinario que estas comunidades han tenido sobre ellos.

Bibliografía

- BERMUDEZ, Jorge. Elementos y principios de la Justicia Ambiental. En, BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique, Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.249. Chile, 2008.
- BUSCHMANN, A., F. CABELLO, K. YOUNG, J. CARVAJAL, D. VARELA & L. HENRÍQUEZ. Salmon aquaculture and coastal ecosystem health in Chile: analysis of regulations, environmental impacts and bioremediation systems. Ocean & Coastal Management. (52), 2009.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía legal sobre: Convenio 169 OIT. [En línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>
- CANDIA, Paula. Áreas silvestres protegidas privadas y de pueblos originarios: Integración de diversos actores en la protección de las áreas silvestres en Chile. Justicia Ambiental. (5), Diciembre, 2015.
- CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES DE CHILOÉ. Salmoneras deberán transparentar mercado negro y especulativo de concesiones acuícolas. 2014. [En línea] 13.03.2014
- CONADI, Registro de comunidades y asociaciones indígenas. [En línea] <<http://www.conadi.gob.cl/index.php/registro-de-comunidades-y-asociaciones-indigenas>>
- CONYCIT, Los sectores pesca y acuicultura en Chile. [En línea] http://www.conicyt.cl/documentos/dri/ue/Pesca_Acuic_Fishery_Aquac_BD.pdf
- DÍAZ, José. ¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional? Revista Ius et Praxis (2), 2015.
- ESTAY, Manuel y CHÁVEZ, Carlos. Decisiones de localización y cambios regulatorios: el caso de la acuicultura en Chile. Latin American Journal of Aquatic Research (N°43), 2015.
- FOLCHI, Mauricio. Conflictos de contenido ambiental y ecologismo de los pobres: no siempre pobres, ni siempre ecologistas. El Ecologismo Popular a Debate. EP (22), 2001.
- FUENTES, Jessica. Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLI), 2013.

- FUENTES, Jessica. Evolución del régimen Ambiental de la Acuicultura en Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XLII), 2014.
- HENRÍQUEZ, Alfonso. Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental. Ius Et Praxis. (19), Junio 2013.
- LIBERONA, Flavia. Concesiones en Chile: La situación actual. Publicaciones Fundación Terram. (47), 2008.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. Guía para la Aplicación de la Ley de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios. Chile. 2014.
- PARRA, Rocía, Régimen Jurídico del Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios. En, BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique, Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013.
- PEREZ, Eduardo, Análisis crítico de la legislación sobre Acuicultura. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Chile. Universidad Austral de Chile, 2002. [En Línea] <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2002/fjp438a/doc/fjp438a.pdf>
- PERIÓDICO RESUMEN. Empresas salmoneras tramitan concesiones en toda la costa de la región del Bio-Bio. Reportajes. [En línea] Resumen, 22.08.2016. <<https://resumen.cl/articulos/mapa-empresas-salmoneras-tramitan-concesiones-toda-la-costa-la-region-del-bio-bio>> [Consulta: 9.1.2018]
- RECORDON, Julio. Conflictos Jurídicos y Ambientales en el Ámbito Marino-Costero. En, BERMÚDEZ, Jorge y HERVE, Dominique, Justicia Ambiental. Derecho e instrumentos de Gestión del Espacio Marino Costero. Chile. Editores. 2013.
- REYES, Francisca, CASTILLO, Bárbara, CORTÉS, Flavio, CONCHA, Mariella y BRAVO, Paloma. Sistematización y análisis de coherencia normativa en proyectos de ley y leyes con relevancia ambiental. Fomento a la responsabilidad ambiental del Congreso Nacional. Pontificia Universidad Católica de Chile. (6), Mayo, 2014.
- SERNAPESCA, Fiscalización en Pesca y Acuicultura: Informe de Actividades del año 2016. Chile. 2017.
- SUBSECRETARÍA DE PESCA. Listado de concesiones de acuicultura de salmónidos por agrupación de concesiones en las regiones X, XI y XII. [En línea] <<http://www.subpesca.cl/portal/619/w3-article-81329.html>>
- ZELADA, Sara y PARK, James. Análisis crítico de la Ley Lafkeche. El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. Universum, Vol. I. (28), 2013.