Minuta Técnica #3[1]

Proyecto de Ley para la Modificación de la Ley 20.249 - Ley Lafkenche

Abril, 2024

Antecedentes

Con fecha 19 de abril de 2023 fue ingresado en el Senado, vía moción parlamentaria por los senadores Espinoza, Elizalde, Kuschel, Saavedra y Sandoval, el proyecto de ley que *"introduce diversas modificaciones en la ley N° 20.249, que crea el espacio costero de los pueblos originarios, con el objeto de perfeccionar su implementación"* (Boletín 15862-21).

Los autores señalan, como "idea matriz" del proyecto de ley, que *"tiene por objeto perfeccionar la implementación de la Ley N°20.249, armonizando y compatibilizando los usos consuetudinarios sobre el borde costero con las demás actividades desarrolladas en las mismas áreas"*. Para esto proponen la modificación de cuatro artículos de la actual ley 20.249 (también conocida como "ley lafkenche"), propuesta que analizamos en esta minuta técnica.

Cabe mencionar que si bien los autores relevan que "la ley [lafkenche] es un avance en la relación del estado con los pueblos originarios" destacando que su "carácter participativo con las comunidades para la promulgación de la ley es un ejemplo para las futuras legislaciones", no hayan realizado ningún tipo de participación o consulta previa con los pueblos indígenas que serán directamente afectados para la presentación de esta moción parlamentaria, violando el derecho a la consulta previa que establece el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.

Este proyecto de ley fue recibido con con sopresa por parte de diversos pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, y muchos ya han expresado su rechazo, como se lee en la declaración final del IX Congreso Lafkenche en febrero de 2024 lo que fue ratificado en la declaración del 2º Encuentro de Mujeres Originarias por la Defensa del Mar.

[1] Autores: Hernando Silva y Lorena Arce.
Revisores: Christian Paredes y Felipe Guerra

Sobre los fundamentos del proyecto de ley

En los antecedentes del proyecto se entrega información general sobre la ley 20.249 valorando su creación. Luego, en tres párrafos se entregan algunos fundamentos para introducir las modificaciones que vendrían a "perfeccionar su implementación", lo que analizamos a continuación.

Como primer argumento, llama la atención que los autores señalen que el contenido de la ley 20.249 debe ser "estudiado y revisado con detención", sin hacer referencia a algún estudio objetivo, ya sea una evaluación o sistematización de experiencias, que respalde los problemas que ellos identifican en la ley lafkenche y que justifiquen las modificaciones propuestas.

Señalar luego que "la experiencia acumulada [...] da cuenta de diversas otras actividades que convergen dentro de un mismo espacio" y que esto requiere "un rol activo del Estado en orden a armonizar sus diferentes usos, respetando los derechos constituidos", desconoce que la ley lafkenche considera de manera transversal la presencia de otras actividades e intereses, incluyendo por ejemplo, en una etapa inicial, un análisis de sobreposición por parte de Subpesca para identificar y respetar derechos previamente adquiridos (art.7 de la ley; art. 5 del reglamento); y, más adelante, una etapa de armonización de usos, lo que es responsabilidad de la Comisión Regional de Usos del Borde Costero, CRUBC (art. 8 de la ley; art. 7 reglamento).

Luego, los autores relevan como principal problema de la ley los extensos plazos administrativos que señala su reglamento y su "efecto suspensivo". Sin embargo, desconocen que este problema no está radicado en la ley, sino en la falta de cumplimiento de los plazos por parte de los organismos competentes, lo que es de su exclusiva responsabilidad. Estudios realizados señalan que las solicitudes están alcanzando un promedio de más de 7 años, algunas superando los 10 años, cuando según los plazos establecidos en el reglamento estas no deberían superar los 2 años y medio[2]. Por otra parte, para el caso específico de concesiones acuícolas en las regiones de Aysén y Los Lagos, la imposibilidad de la industria salmonera de someter a trámite nuevas solicitudes no radica en los ECMPO en trámite, sino en las resoluciones que, desde el 2020, declaran como no disponibles las Áreas Apropiadas para el ejercicio de la Acuicultura (AAA) en ambas regiones (R.E. N° 902/2020[3] y 903/2020[4] de la SUBPESCA, respectivamente).

En síntesis, en los antecedentes del proyecto de ley no se observan fundamentos claros que justifiquen una propuesta de modificación a la ley 20.249 ya que los problemas enunciados por los autores se pueden abordar a través de las instancias que contempla la ley y dando cumplimiento a los plazos que señala su reglamento.

[2] Para mayor información ver: Recomendaciones para la tramitación de solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios
[3] Disponible en: https://www.subpesca.cl/portal/615/articles-107328_documento.pdf
[4] DIsponible en: https://www.subpesca.cl/portal/615/articles-107329_documento.pdf

Análisis de las modificaciones propuestas

El proyecto de ley propone modificaciones a cuatro artículos de la ley 20.249 o ley lafkenche, estos son los artículos 7, 9, 10 y 11. A continuación analizamos cada una de las propuestas de modificación:

1. Propuesta de modificación del artículo 7 sobre inicio de procedimiento

> **Artículo 7.- Inicio del procedimiento.** El procedimiento se iniciará por una asociación de comunidades indígenas o comunidad en el caso señalado en el inciso tercero del artículo 5º[5], según corresponda, mediante solicitud presentada ante la Subsecretaría, la que deberá indicar los fundamentos que justifican el uso consuetudinario del espacio costero marino de pueblos originarios por parte del solicitante y los usos que pretendan ser incorporados en el plan de administración. La solicitud deberá contener los antecedentes señalados en el reglamento[6].

La propuesta de modificación señala: Agrégase en el artículo 7° en su inciso primero después de la palabra "reglamento" y antes del punto aparte la siguiente expresión:

> *En especial, aquellos que den cuenta de la efectiva representación de los solicitantes, los quórums que determinen la efectiva representación de las comunidades, serán determinados en el reglamento.*

La propuesta viene a poner en cuestionamiento la representatividad de las comunidades solicitantes, sus procedimientos de democracia interna y sus mecanismos de toma de decisiones, definidos en sus estatutos, buscando imponer por vía reglamentaria un aumento de los requisitos para la solicitud de ECMPO. La imposición de estos requisitos pugna con el derecho de los pueblos indígenas a determinar sus propias estructuras institucionales y su composición conforme a sus propios procedimientos, así reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 33 N° 2). Al mismo tiempo, contraviene la obligación estatal, consagrada en el Convenio N° 169 de la OIT, de respetar las instituciones propias de pueblos indígenas al adoptar medidas que promuevan sus derechos sociales, económicos y culturales (artículo 2 N° 2 letra b), lo que incluye formas o estructuras organizativas particulares.

---

[5] Art. 5, inciso 3: Sin perjuicio de lo anterior, podrá acceder a la administración de un espacio costero marino de pueblos originarios una comunidad indígena en el caso en que se constate que sólo ella ha realizado el uso consuetudinario del espacio y no existen otras comunidades vinculadas a él.

[6] Los antecedentes requeridos se detallan el artículo 4 del reglamento: 1. **Identificación** de la comunidad o comunidades solicitantes. 2. **Ubicación** donde se emplaza la comunidad o comunidades indígenas solicitantes, indicando: región, comuna, localidad o sector. 3. **Fundamentos** que justifican el uso consuetudinario del espacio costero marino de pueblos originarios por parte de la comunidad o comunidades solicitantes. 4. **Usos** que pretendan ser incorporados en el plan de administración.

2. Propuesta de modificación al artículo 9 sobre destinación del espacio costero marino de pueblos originarios.

> **Artículo 9.- Destinación del espacio costero marino de pueblos originarios.** Con el pronunciamiento aprobatorio o con las modificaciones propuestas por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, la Subsecretaría deberá, en el plazo de diez días hábiles, presentar los antecedentes del espacio costero marino de pueblos originarios al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, junto con un informe técnico que dé cuenta de la delimitación conforme al reglamento, a fin de solicitar la destinación del espacio costero marino.

La propuesta de modificación busca agrégar en el artículo 9º inciso primero, luego del punto aparte que pasa a ser seguido la siguiente frase:

> *Con todo, las caletas y los caladeros de pesca, quedarán excluidos de pleno derecho de toda destinación.*

Dicha propuesta busca sustraer del ámbito de aplicación de los ECMPO las caletas y caladeros desconociendo que la ley contempla instancias donde se pueden abordar estas situaciones, en etapas previas a la destinación: durante el análisis de sobreposición, que debe realizar la Subpesca a inicios de la solicitud con un plazo máximo de 2 meses; durante la revisión de la CRUBC, que puede proponer modificaciones a la solicitud; o mediante su incorporación en el Plan de Administración de los ECMPO reconociendo los derechos de usuarios no titulares, como los pescadores artesanales que hacen usos de estos espacios.

3. Propuesta modificación artículo 10 sobre criterios de decisión entre solicitudes incompatibles

> **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 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.

La propuesta de modificación señala: Agregase en el artículo 10 inciso primero, luego del punto aparte que pasa a ser seguido, la siguiente frase:

> *En ningún caso dicha suspensión no se podrá extender por más de 2 años consecutivos.*

Luego propone, intercalar en el artículo 10, el siguiente inciso segundo nuevo:

> *La suspensión dispuesta en el inciso anterior, no operará sobre solicitudes de renovación de áreas de manejo y explotación de los recursos bentónicos reguladas en la Ley General de Pesca y Acuicultura.*

El artículo 10 de la ley 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** (de la última) 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.

El espíritu de dicha norma busca garantizar la integridad del territorio al cual tienen derecho las comunidades solicitantes, mientras la CONADI realiza el proceso de acreditación de los usos invocados por las comunidades, garantizando, otorgando preferencia al uso consuetudinario indígena por sobre otros usos productivos., Esto se condice con los estándares internacionales aplicables a los procesos de demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, la propuesta de modificación va en contra del espíritu de la ley de proteger los usos consuetudinarios y de dar preferencia a los ECMPO sobre otras destinaciones (salvo las constituidas previamente).

En lo relativo a reducir a 2 años máximo el período de suspensión, si bien uno de los puntos críticos en la implementación de la ley 20.249 ha estado dado por lo laxo de los tiempos del procedimiento administrativo, es importante relevar que dicha demora ha sido exclusivamente atribuible a la falta de recursos y diligencia de los organismos públicos que son parte del proceso de tramitación de los ECMPO. Por ejemplo, el informe de uso consuetudinario elaborado por CONADI respecto de una solicitud de ECMPO de acuerdo con la ley debería ser evacuado en un plazo de un mes, y el proceso de consulta a comunidades indígenas aledañas e información a la comunidad regional, en dos meses, o sea un total de 3 meses. En la práctica dicho proceso tiene una duración de 21 meses y 2 días[7], lo que da cuenta que la dilación en dicho procedimiento no es de responsabilidad de los solicitantes, si no que de la institucionalidad pública. Las razones por las cuales se produce esta enorme brecha se relacionan principalmente con que los procedimientos administrativos en que intervienen varios organismos públicos son generalmente complejos debido a distintos factores, entre ellos la falta de coordinación tanto inter como intra institucional, pero además una preocupante falta de voluntad política de los gobiernos, quienes no han querido abordar con seriedad y responsabilidad el tema[8].

Asimismo, tiene que ver con las deficientes capacidades y recursos tanto financieros como humanos que disponen las instituciones relevantes como SUBPESCA y la Autoridad Marítima, en tramitar estos procesos.

Por lo tanto, dicha propuesta solo afectaría los derechos de las comunidades solicitantes, ya que como fue señalado la demora en la emisión de los informes de uso consuetudinario de CONADI o la respuesta de los recursos de reclamación son de responsabilidad de los órganos del estado.

[7] Correa A., Naretto J., Cervantes J., Vera Millaquén F., Guerra F., & Coñuecar Y. (2022). Recomendaciones para la tramitación de solicitudes de Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO). Costa Humboldt y Observatorio Ciudadano, Chile, pág. 14.
[8] Ídem. pág. 41

4. Propuesta modificación artículo 11 sobre Plan de Administración

> **Artículo 11.- Plan de administración.** Dentro del plazo de un año, contado desde la destinación del espacio costero marino de pueblos originarios, el asignatario deberá presentar ante la Subsecretaría un plan de administración que deberá comprender los usos y las actividades que serán desarrolladas en él. El asignatario podrá solicitar una prórroga de plazo hasta por dos meses contado desde el vencimiento del plazo original. La falta o extemporaneidad de la presentación del referido plan será una causal de término de la destinación.
>
> El plan de administración deberá contener, los siguientes elementos:

La propuesta de modificación señala: Agregase en el artículo 11° inciso segundo letra b) la siguiente oración:

> *"Con todo, el plan de manejo deberá considerar siempre la actividad de los pescadores artesanales inscritos en la región respectiva, los procesos participativos del plan de manejo, deben efectuarse de acuerdo a lo establecido en el reglamento."*

Cabe hacer presente que la propuesta presenta un error de redacción porque se refiere al plan de manejo y no al plan de administración, que son dos herramientas de planificación distintas que contempla la ley. Por otro lado, la propuesta de modificación no viene a ser más que una reiteración del actual articulado, ya que dentro de los "usuarios no integrantes" evidentemente se encuentran los pescadores artesanales, los que de pleno derecho pueden ser incorporados en el plan de administración y bajo ninguna condición pueden ser privados del reconocimiento ni del ejercicio de sus prácticas productivas dentro del espacio de los ECMPO.

Conclusiones

El proyecto de ley de modificación de la ley 20.249, presenta **problemas de forma y de contenido**.

Respecto a la forma:

1. Presentar modificaciones a un proyecto de ley que fue elaborado por y para pueblos indígenas, sin su participación y consulta previa **vulnera los derechos que establece el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.**

2. En los antecedentes del proyecto de ley **no se entregan fundamentos claros que justifiquen una propuesta de modificación a la ley 20.249**, ya que los problemas enunciados por los autores se pueden abordar a través de las instancias que contempla la ley y dando cumplimiento a los plazos que señala su reglamento.

Respecto al contenido:

3. La propuesta de **modificación del artículo 7** busca imponer nuevos requisitos a las comunidades solicitantes al inicio del procedimiento, cuestionando su representatividad y sus mecanismos propios de toma de decisiones, **vulnerando así su derecho a determinar sus propias estructuras institucionales y su composición** conforme a sus procedimientos.

4. La propuesta de **modificación del artículo 9 es innecesaria**, ya que la ley cuenta con las instancias (análisis de sobreposición, la CRUBC) y mecanismos (Plan de Administración) para abordar caso a caso la situación de las caletas y los caladeros de pesca.

5. La **modificaciones propuestas al artículo 10** que buscan excluir las solicitudes de renovación de AMERB del período suspensivo **van en contra del espíritu de la ley** de proteger los usos consuetudinarios y de dar preferencia a los ECMPO sobre otras destinaciones (salvo las constituidas previamente).

6. La propuesta de **modificación del artículo 10** de limitar a 2 años la suspensión de las demás solicitudes de afectación en la misma área de solicitud de un ECMPO, es una **medida que solo afectaría los derechos de las comunidades solicitantes**, ya que como fue señalado la demora en la emisión de los informes de uso consuetudinario de CONADI o la respuesta de los recursos de reclamación son de responsabilidad de los órganos del estado, y no atribuibles a las comunidades solicitantes.

7. La propuesta de **modificación del artículo 11** relativo a los Planes de Administración de los ECMPO, que propone la obligatoriedad de incorporar en el Plan de Manejo [Administración] a los pescadores artesanales inscritos en la región respectiva, **es una propuesta reiterativa de lo ya establecido en la ley,** por cuanto, la pesca artesanal ya se encuentra reconocida dentro de la categoría de “usuarios no integrantes”, los que de pleno derecho pueden ser incorporados en el plan de administración.

8. Finalmente, llama la atención que los senadores señalen que su intención es mejorar la implementación de los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios (ECMPO), pero que en definitiva **plantean cambios regresivos en derechos que podrían perjudicar a dichas comunidades.** Es fundamental asegurar que cualquier modificación que se proponga a una ley que fue creada para garantizar derechos de pueblos indígenas esté orientada a fortalecer la protección y garantía de los derechos adquiridos y no a disminuirlos.