

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN QUE INDICA.

RESOL. EXENTA N° 2115

VALPARAÍSO, 30 SEP 2020

**VISTO:** Lo solicitado por la Comunidad Indígena Yaghan de Bahía Mejillones, mediante presentación ingresada el 24 de septiembre de 2019, en la Dirección Zonal de Pesca de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, ingresado con el C.I. Subpesca N° 12.498, de fecha 30 de septiembre de 2019; las Leyes N°s 19.880 y 20.249; el D.S. N° 134 de 2008, del actual Ministerio de Desarrollo Social, Reglamento de la Ley N° 20.249; las Resoluciones N°s 6 y 7, ambas de 2019, y los Oficios N° 25.295, de 2018, y 17.793, de 2019, todos de la Contraloría General de la República; y la Resolución Exenta N° 3.032, de fecha 10 de septiembre de 2019, de esta Subsecretaría.

**CONSIDERANDO:**

1.- Que, la Comunidad Indígena Yaghan de Bahía Mejillones, solicitó el establecimiento de un espacio costero marino de los pueblos originarios, en adelante "ECMPO", en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena. Dicha solicitud tiene una extensión de 2.987.610 (dos millones novecientos ochenta y siete mil seiscientos diez) hectáreas y comprende las naturalezas de porción de agua, fondo de mar, playa y terreno de playa.

2.- Que, dicha solicitud fue declarada inadmisibles mediante Resolución Exenta N° 3.032, de fecha 10 de septiembre de 2019, de esta Subsecretaría, en atención a que el solicitante no acreditó ser una comunidad indígena, por lo cual no daba cumplimiento a lo previsto en los artículos 2° letras a) y c), 5° y 7°, todos de la Ley N° 20.249, 4° del Reglamento de esta última Ley, 30 y 41, estos últimos de la Ley N° 19.800.

3.- Que, el considerando 9.- del acto administrativo antes citado, señala "*por lo tanto, la Organización Comunitaria Funcional solicitante no cumple con el requisito de ser una comunidad indígena constituida de conformidad con la Ley N° 19.253, por lo cual la solicitud deberá ser declarada inadmisibles, según establece el Dictamen N° 25.295 de 2018, ya citado, sin que esta repartición deba, por lo tanto, pronunciarse respecto al cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la Ley N° 20.249 y su Reglamento*".

4.- Que, mediante presentación ingresada el 24 de septiembre de 2019, en la Dirección Zonal de Pesca de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, la Comunidad Indígena Yaghan de Bahía Mejillones interpone un recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 3.032 de 2019, ya citada, acompañando el Certificado Electrónico Folio 3 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en adelante "CONADI", O.A.I. Punta Arenas, que certifica que la comunidad se encuentra legalmente constituida y tiene su personalidad jurídica vigente, inscrita con el N° 3 en el Reglamento de Comunidades y Asociaciones Indígenas.

5.- Que conforme al artículo 59 de la Ley N° 19.880 el recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna. La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

6.- Que, como cuestión previa, es necesario determinar si procede o no aplicar la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo de tramitación de un ECMPO, el cual se encuentra regulado en la Ley N° 20.249. Al efecto, el artículo 1° de la Ley N° 19.880 dispone que dicha ley establece y regula las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, esa ley se aplicará con carácter de supletoria. El artículo 2° inciso 1° del mismo cuerpo legal indica que las disposiciones de dicha ley son aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

7.- Que, la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema ha precisado el carácter supletorio de la Ley N° 19.880 frente a la legislación especial (Roles N° 29.714-2014 y N° 62.128-2016), siguiendo en este punto a quienes distinguen tres grados o niveles de supletoriedad de la señalada Ley, a saber:

i.- La de primer grado, se presenta cuando el legislador no regula un procedimiento específico para un acto administrativo, así como su régimen jurídico aplicable.

ii.- La de segundo grado, se da cuando la ley regula en forma parcial un procedimiento administrativo o bien cuando la regulación abarca parte del régimen jurídico del acto.

iii.- La de tercer grado, se configura en el evento que la norma legal regula en forma completa el procedimiento y el régimen jurídico del acto, desde el inicio de su elaboración hasta su extinción y revisión.

8.- Que, a juicio de esta repartición, la Ley N° 19.880 tiene un segundo nivel o grado de supletoriedad respecto a la Ley N° 20.249, ya que esta última ley no agota la tramitación del procedimiento administrativo de una solicitud de un ECMPO. En este orden de ideas, el Reglamento de la Ley N° 20.249, citado en Visto, expresamente se remite a la Ley N° 19.880 en varias disposiciones. A mayor abundamiento, Contraloría General de la República expresamente ha señalado el carácter supletorio de la Ley N° 19.880 frente a la Ley N° 20.249 en el Dictamen N° 17.793, de 2019.

9.- Que, ahora cabe pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto.

10.- Que, considerando que la recurrente ha acreditado estar constituida en conformidad a la Ley N° 19.253, superando de ese modo el primer obstáculo formal, corresponde ahora analizar si la referida solicitud de ECMPO cumple con los demás requisitos para ser declarada o no admisible, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 20.249 y su Reglamento.

11.- Que, en primer lugar, cabe señalar que según establece el artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 20.249, *"podrán acceder a la administración de los espacios costeros marinos de pueblos originarios las asociaciones de comunidades indígenas compuestas de dos o más comunidades indígenas, las que administrarán conjuntamente el espacio costero marino de pueblos originarios, conforme a un plan de administración aprobado en la forma señalada en el artículo 11"*. Agrega el inciso tercero del mismo artículo que *"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."*

12.- Que, más adelante, el artículo 7° inciso 1° de la Ley N° 20.249 establece que: *"El procedimiento se iniciará por una asociación de comunidades indígenas o comunidad en el caso señalado en el inciso tercero del artículo 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."*

13.- Que, en relación con lo anterior, el artículo 2° de la Ley N° 20.249 señala en sus letras a) y c), que para los efectos de esta ley, se entenderá por *"Asociación de comunidades indígenas: agrupación de dos o más comunidades indígenas constituidas de conformidad con la ley N° 19.253, todas las cuales, a través de sus representantes deberán, suscribir una misma solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios"*, y, *"Comunidad indígena o comunidad: las comunidades indígenas constituidas de conformidad con la ley N° 19.253"*, respectivamente.

14.- Que, al respecto, Contraloría General de la República ha señalado que: *"Ahora bien, en cuanto a quiénes pueden presentar solicitudes ECMPO, según el citado artículo 2° de la Ley Lafkenche, lo puede hacer solo una 'comunidad indígena' o bien una 'asociación de comunidades indígenas', debiendo entenderse por esta última aquella agrupación de hecho formada por comunidades indígenas, cada una de las cuales deben estar legalmente constituidas. [...] Precisado lo anterior, cabe señalar que en la presentación de una solicitud de ECMPO se debe identificar la comunidad o comunidades solicitantes, además de la región, comuna, localidad o sector, adjuntando los certificados de vigencia de la o las comunidades indígenas peticionarias. La SUBPESCA debe verificar el contenido de la presentación para declararla admisible o no."* (Dictamen N° 25.295, de 2018).

15.- Que, se desprende de lo anterior que solo las asociaciones de comunidades indígenas, o, excepcionalmente, una comunidad indígena, en el caso que solo ella ha realizado el uso consuetudinario del espacio y no existen otras comunidades vinculadas a él, pueden efectuar una solicitud de ECMPO. Lo anterior es conocido como exclusividad y es uno de los 5 principios que informan la Ley N° 20.249 (Mensaje de fecha 31 de agosto de 2005, en Sesión 46, Legislatura 353, disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, on line en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)).

16.- Que, la doctrina ha señalado sobre el particular que: *"Dicha legislación [Ley N° 20.249] confiere la administración de este espacio a una asociación de comunidades indígenas que invocan el uso consuetudinario y, excepcionalmente, a una comunidad indígena si solo ella ha ejercido este tipo de uso"* (José Aylwin et al, *"Los pueblos indígenas y el derecho"*, Santiago, 2013, p. 192).

17.- Que, se aprecia que la presente solicitud es presentada por una comunidad indígena, sin que se justifique debidamente que solo ella ha realizado el uso consuetudinario del espacio y no existen otras comunidades vinculadas a él, conforme prescribe el artículo 5° precitado, por lo cual, sin perjuicio de haberse acreditado que la solicitante es una comunidad indígena, tampoco corresponde acoger desde ya dicha solicitud a trámite, ya que la petición debiera ser efectuada por una asociación de comunidades, según dispone la Ley N° 20.249.

18.- Que, como segundo punto a desarrollar se debe consignar que el borde costero del litoral se encuentra conformado por 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 para las Fuerzas Armadas.

19.- Que, salvo el terreno de playa, el señalado borde costero tiene la naturaleza de bien nacional de uso público, por lo cual su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, conforme establece el artículo 589 del Código Civil. Por lo anterior, la entrega del uso y goce privativo de dichos bienes a privados, como ocurre en el caso de la Ley N° 20.249, debe ser excepcional y sus normas interpretarse restrictivamente, sin perjuicio de encontrarse debidamente fundamentada en los supuestos de hecho que expresamente ha previsto el legislador.

20.- Que, conforme al artículo 4° de la Ley N° 20.249, la delimitación del espacio costero marino de pueblos originarios estará determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él, conforme a su artículo 6°.

21.- Que, el uso consuetudinario se encuentra definido en el artículo 6° de la Ley N° 20.249, el cual prescribe en sus incisos 2° y 3° que: *"Se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura. // El reglamento establecerá, respecto de cada tipo de uso, la periodicidad de las prácticas o conductas. No afectará la habitualidad las interrupciones del uso. El uso consuetudinario podrá comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales."*

22.- Que, el artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 20.249, dispone que los usos religiosos, recreativos y medicinales, así como las otras prácticas o conductas que se invoquen en la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, serán considerados como consuetudinarios cuando hayan sido realizados por la generalidad de los integrantes de la comunidad o asociación de comunidades indígenas, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidos colectivamente como manifestaciones de su cultura.

23.- Que, la realización general del uso considerará su ejecución material y el desarrollo de actividades vinculadas al mismo. Junto a lo anterior, para la determinación del carácter consuetudinario de una práctica o conducta, se entenderá que existe periodicidad cuando ésta se haya realizado a lo menos dos veces dentro de un período de diez años.

24.- Que, en materia de uso pesquero, se entenderá que existe periodicidad cuando la actividad extractiva sobre recursos hidrobiológicos se ha ejercido uniformemente en temporadas de pesca continuas al menos cada tres años.

25.- Que, con todo, no afectará la habitualidad de la práctica o conducta invocada las interrupciones del respectivo uso. Para estos efectos, se considerarán interrupciones de uso todas aquellas circunstancias materiales, legales o administrativas que hayan limitado el uso consuetudinario invocado por los miembros de la comunidad o asociación de comunidades peticionarias, según corresponda.

26.- Que, de la lectura de la solicitud de ECMPO en estudio, consta que los usos invocados son pretéritos o ancestrales, sin ser actualmente realizados por la comunidad solicitante, por lo cual es palmario que la extensión solicitada no guarda relación, al menos en la superficie solicitada, con el uso invocado. A modo meramente ejemplar, la comunidad solicitante indica en su solicitud:

*"Los ECMPO's se ha creado con el fin de resguardar el uso consuetudinario de los pueblos originarios. El pueblo Yagan se ha visto impedido de ejercer el uso consuetudinario porque ha sido impedido de habitar su territorio."*

*"En el capítulo número 3 se presentan antecedentes arqueológicos y etnohistóricos que dan cuenta de la ocupación ancestral de pueblo Yagan."*

*"La salida de Bahía Mejillones y el asentamiento en villa Ukika en Puerto Williams, no marcó el confinamiento definitivo e inmediato de los yaganes. El canal Beagle aún podría ser recorrido entre sus costas y varias familias siguieron las expediciones de caza y pesca hasta entrada la década de los años 70s. Sin embargo, en esta década se vino el laudo arbitral que resolvería el conflicto limítrofe entre Chile y Argentina por el canal Beagle, lo que supuso el cierre total de la frontera (el canal) y el total control de quienes navegaban libremente por el territorio, debido a los vientos de guerra que soplaban."*

*"Resulta difícil establecer narrativamente hoy en día el uso consuetudinario de la comunidad Yagan, considerando la historia del contacto de este pueblo con los colonizadores de la región, un proceso que transformó violentamente la forma de vida Yagan, quitándoles su libertad de moverse libremente por su territorio como hasta entonces, y por miles de años, lo habían hecho."*

*"La vivencia del territorio, es entonces, el uso interrumpido por fuerza mayor que determina la interrupción de muchos otros usos, pero que en sí mismo constituye una violación permanente al derecho a poseer y administrar su territorio, así como a hacer uso de sus recursos. Por este motivo, describiremos aquí la territorialidad Yagan, entendiendo que la solicitud de ECMPO busca fundamentalmente el reconocimiento de sus derechos territoriales que les fueron arrebatados."*

*"Por último, cabe cuestionar el concepto de uso consuetudinario que define la ley 20.249, pues establece criterios de temporalidad (últimos 10 años) que, aunque admitiendo usos interrumpidos por fuerza mayor, no se condicen con la temporalidad de la cultura Yagan, donde los acontecimientos pasados no pierden importancia para la vivencia del presente."* (sin destacar en el original).

*"Esta actividad [la caza] se encuentra interrumpida por las razones recién expuestas, aunque también en algunos casos debido a la disminución de las especies cazadas."*

27.- Que, consta en la historia de la Ley N° 20.249, que se dejó expresa constancia que uso consuetudinario no es equivalente a uso ancestral:

*"El Honorable Senador señor Allamand consultó sobre el sentido del uso consuetudinario, sus implicancias y efectos. // La Jefa de la División Jurídica de la Subsecretaría de Pesca respondió que es el antecedente para poder pedir esta figura administrativa. // El Director de la CONADI precisó que este uso consuetudinario no tiene el mismo sentido que el uso ancestral, que se reconoce en la ley N° 19.253, que establece las normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas." (Primer Informe de Comisión de Medio Ambiente de fecha 15 de mayo de 2007, disponible en Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, on line en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), sin destacar en el original).*

28.- Que, por lo tanto, los usos consuetudinarios que fundamentan una solicitud de ECMPO deben ser actuales, entendiéndose que una interrupción no impide lo anterior, mas no se puede solicitar un ECMPO de tal magnitud como el pedido invocando usos pretéritos o inmemoriales, ya que lo anterior excede con creces el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.249.

29.- Que, efectivamente los ECMPO no tienen por objeto el reconocimiento de "derechos territoriales", como se pretende y reconoce explícitamente en este caso por la recurrente, sino que 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, según establece el artículo 3° de la Ley N° 20.249. De ahí que el cuestionamiento que el solicitante realiza al concepto de uso consuetudinario establecido en la ley, no puede ser valorado por la administración, pues su obligación legal es aplicar la norma tal cual se encuentra establecida.

30.- Que, como tercer punto, se hace presente que parte de la solicitud, excede el mar territorial, esto es, aquella extensión hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, conforme al artículo 593 del Código Civil, consecuentemente no podría ser un espacio costero y por tanto excede el ámbito de aplicación territorial previsto en el artículo 2° de la Ley N° 20.249.

31.- Que, finalmente, y en otro plano, esta Subsecretaría no puede dejar de hacer presente que la presente solicitud tiene una extensión de 2.987.610 hectáreas, lo que representa cerca del 80% de la totalidad del espacio solicitado por ECMPO por el casi centenar de solicitudes admisibles durante toda la vigencia de la ley, equivalente por ejemplo a casi la totalidad de la superficie de la región del Maule, más de tres veces la superficie de la Isla de Chiloé o prácticamente la totalidad de la superficie marítima del área de reserva para la pesca artesanal de 5 millas costeras, contenida en el artículo 47 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

32.- Que, en este orden de ideas, no resulta razonable ni proporcional que una persona jurídica pretenda solicitar tal extensión del borde costero para su uso y administración exclusivo, en desmedro de todas las demás actividades, intereses y usos legítimos que se realizan en dicho espacio, sin concurrir los requisitos que expresamente ha previsto el Legislador, considerando para ello que la exclusión de todo tipo de otras actividades, tales como pesqueras, turísticas, concesiones marítimas para diversos usos públicos o privados generan en el hecho un impedimento al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica, garantía reconocida en la Constitución Política del Estado.

33.- Que, conforme al Diccionario de la Lengua Española "razonable" significa "Adecuado, conforme a razón" o "Proporcionado o no exagerado". Así, lo razonable, tratándose de una solicitud de ECMPO, es que el espacio solicitado guarde estrecha y estricta relación con los usos invocados, y no sea, por tanto, excesivo o exagerado.

34.- Que, el artículo 41 inciso 5° de la Ley N° 19.880 dispone que: "*En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento*".

35.- Que, algo es "manifiesto", conforme al Diccionario de la Lengua Española, cuando algo es "*Descubierto, patente, claro*". En este caso, la falta de fundamento debe constar de manera patente o clara del propio tenor de la solicitud, estando en este caso habilitada expresamente la Administración para declarar la inadmisibilidad de cuando se configura dicha circunstancia.

36.- Que, teniendo presente lo anterior, la solicitud pese a ser solicitada por una comunidad indígena constituida conforme a la Ley N° 19.253, debe ser igualmente declarada inadmisibles, ya que carece de manera manifiesta de fundamento, según se desprende de los propios antecedentes presentados por los recurrentes y de las diferentes motivaciones que dan cuenta en esta Resolución.

37.- Que, por lo anterior, corresponde rechazar el recurso interpuesto, dado que pese a haber acreditado la solicitante ser una comunidad indígena, lo anterior no altera la declaración de inadmisibilidad efectuada por esta repartición mediante la Resolución Exenta recurrida.

38.- Que, lo anterior es sin perjuicio que se pueda presentar una nueva solicitud de ECMPO, que subsanando aquellos aspectos y criterios que han fundado este acto administrativo, y ciñéndose estrictamente a lo dispuesto en la Ley N° 20.249 y su Reglamento, como a los criterios expuestos en el presente acto administrativo.

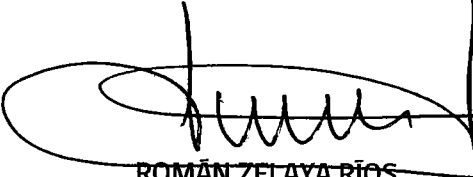
#### RESUELVO:

1° **RECHÁZASE** el recurso de reposición interpuesto por la Comunidad Indígena Yaghan de Bahía Mejillones, domiciliada para estos efectos en el Código Postal 6360000, casilla electrónica [dalday2003@gmail.com](mailto:dalday2003@gmail.com), en contra de la Resolución Exenta N° 3.032, de 2019, de esta Subsecretaría, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, los artículos 2° letras a y c, 4°, 5°, 6° y 7°, todos de la Ley N° 20.249, 3° del Reglamento de esta última ley, y 41 de la Ley N° 19.880.

2° La presente resolución podrá ser aclarada conforme al artículo 62 de la Ley N° 19.880, sin perjuicio de las demás acciones y recursos que procedan en contra de ella, de conformidad con la normativa vigente.

3° **TRANSCRÍBASE** copia de la presente resolución al interesado, a la Dirección Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, a la Dirección Zonal de Pesca y a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, ambas de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, y las Divisiones de Desarrollo Pesquero y Jurídica, de esta Subsecretaría.

**ANÓTESE, PUBLÍQUESE A TEXTO ÍNTEGRO EN EL SITIO WEB DE ESTA SUBSECRETARÍA,  
NOTIFÍQUESE POR CARTA CERTIFICADA A LA INTERESADA Y ARCHÍVESE**

  
**ROMÁN ZELAYA RÍOS**  
Subsecretario de Pesca y Acuicultura

