



Los pueblos indígenas y recolectores de orilla frente a la Ley de Pesca

La modificación realizada a la Ley General de Pesca y Acuicultura el año 2013, permite que organizaciones titulares de áreas de manejo, puedan solicitar la explotación exclusiva de aquellos recursos que hayan sido incorporados en su plan de manejo y que se encuentren en el espacio de la playa de mar colindante con su área. Dicha autorización debe establecerse por resolución de la Subsecretaría de Pesca, previa consulta al Consejo Zonal de Pesca que corresponda.

Lo señalado supone la exclusión de los recolectores de orilla no asociados, y de las comunidades indígenas. Según el Primer Censo Nacional de Pesca y Acuicultura (2008), un 16,7% de los pescadores artesanales pertenecen a un pueblo indígena, y un 15,8% son de origen mapuche, quienes participan en dicha actividad en mayor medida como recolectores de orilla. Las comunidades mapuche lafkenche se caracterizan por administrar colectivamente el espacio en base a normas tradicionales, más que por las leyes nacionales, siendo la recolección una actividad familiar, sometida a formas de organización propia.

No obstante lo anterior, el legislador ha establecido normas relativas al uso de los recursos marinos costeros que aplican en particular a los pueblos indígenas. La Ley N° 20.249 crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios (EMCPO), el que constituye un espacio marino delimitado por el borde costero, cuya administración se entrega a las comunidades o asociaciones indígenas, que hayan utilizado consuetudinariamente de dicho espacio. Esta ley ha tenido una lenta implementación: a la fecha, sólo se habría aprobado una solicitud de EMCPO, quedando en situación de trámite otras 23, contabilizándose 12 solicitudes que finalizaron sin éxito.

Por otra parte, el Convenio 169 de la OIT reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas. En primer lugar, el derecho de éstos a decidir sus propias prioridades de desarrollo, y "a participar en la utilización, administración y conservación" de los recursos naturales existentes en sus tierras. Adicionalmente, establece derechos de participación y consulta para los pueblos indígenas, particularmente en lo que atañe a las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. En consecuencia, el Estado no puede otorgar la explotación exclusiva de los recursos marinos a una organización de pescadores, sin antes consultar a los pueblos indígenas que puedan verse afectados. Finalmente, el referido Convenio ordena salvaguardar las instituciones indígenas, y reconoce expresamente "el derecho de conservar sus [...] instituciones propias". Por lo mismo, se reconoce a las instituciones representativas indígenas, como los interlocutores válidos frente al Estado, esto es, las instituciones indígenas que emanan de sus propios procesos internos, por lo que no correspondería exigir a los pueblos indígenas que adopten determinada forma de asociación gremial (vg. organización de pescadores artesanales o comunidad indígena), para ejercer sus derechos territoriales.

Elaborado a solicitud de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara de Diputados.

Biblioteca del Congreso Nacional. Francisca Greene y Matías Meza- Lopehandía. Asesoría Técnica Parlamentaria. fgreene@bcn.cl, anexo: 3903 -1853. 19/05/2015.

Tabla de contenidos

Introducción	2
I. Ley General de Pesca y los recolectores de orilla.....	3
II. Recursos pesqueros y pueblos indígenas.....	4
1. Pueblos indígenas y uso del borde costero	4
2. Marco normativo aplicable a los pueblos indígenas relativo a recursos pesqueros.....	6

Introducción

Mediante el presente informe, se da respuesta a la solicitud de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara¹, efectuada a través del Oficio N° 149 del 16 de abril de 2015, que pide a la BCN realizar un informe que permita esclarecer el problema aludido en la presentación realizada por la Federación de Pescadores Artesanales de Corral (FEPACOR), titulada “La Acuicultura a pequeña escala - algas”.

En dicha presentación, la FEPACOR plantea que la aplicación del artículo 55 letra “D” de la Ley General de Pesca y Acuicultura – incorporado a dicha ley mediante la Ley N° 20.657 del año 2013²-, traerá como consecuencia que tanto los recolectores de orilla como los pescadores artesanales ribereños de los terrenos de playa, así como también las comunidades indígenas que realizan actividades en el borde costero, queden sin poder realizar sus actividades, ya que menos de la mitad de ellos estarían asociados³.

Para dar respuesta a la solicitud efectuada por la Comisión, se da cuenta en primer lugar del marco regulatorio que rige a la pesca artesanal, de acuerdo a la Ley General de Pesca y Acuicultura, así como también, información básica sobre los posibles afectados.

Dado que en Chile existe un marco normativo específico que afecta a los pueblos indígenas, el segundo capítulo caracteriza la relación entre pueblos indígenas y uso de los recursos pesqueros, con énfasis en la actividad de recolección de orilla, y enseguida se presenta un análisis de dicho marco, a saber: la Ley N° 20.249 que crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios (2008), y el Convenio 169 de la OIT, vigente en nuestro país desde septiembre del año 2009.

¹ Solicitud realizada a través del Oficio N° 149 del 16 de abril de 2015.

² Disponible en: <http://bcn.cl/1lzce> (Mayo, 2015).

³ Federación de Pescadores Artesanales de Corral: La Acuicultura a pequeña escala- algas. Presentación realizada ante la Comisión de Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara, el 14 de abril de 2015.

I. Ley General de Pesca y los recolectores de orilla

La Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892 de 1989 (LGPA) reserva a la pesca artesanal, entre otras, las actividades de pesca extractiva en la playa de mar y las aguas interiores del país⁴. Respecto de éstas, establece que la explotación de sus recursos es privativa de los pescadores artesanales inscritos en la pesquería correspondiente⁵. La misma ley exige el registro de los pescadores artesanales y sus embarcaciones ante el SERNAPESCA, para llevar a cabo sus actividades⁶.

Por su parte, el artículo 55 A, faculta a la autoridad para establecer Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERB) en las áreas reservadas para la pesca artesanal y en las aguas terrestres, lo que incluye playas y aguas interiores. Éstas pueden ser entregadas en convenio a organizaciones de pescadores artesanales inscritas en el Registro Pesquero Artesanal, lo que le da derecho a sus miembros a extraer los recursos ahí presentes, independientemente de si ellos están o no inscritos individualmente en el Registro Artesanal⁷.

Por otra parte, la ley autoriza a estas organizaciones a solicitar la explotación exclusiva en la playa de mar colindante a su AMERB, de los recursos incluidos en su plan de manejo⁸. En efecto, el artículo 55 D de la Ley General de Pesca y Acuicultura⁹ establece que:

[L]as organizaciones titulares de áreas de manejo, podrán solicitar, en aquellos casos que la superficie del área no incluya la playa de mar, la explotación exclusiva de aquellos recursos que hayan sido incorporadas en su plan de manejo y que se encuentren en el espacio de la playa de mar colindante con el área. Dicha autorización se establecerá por resolución de la Subsecretaría previa consulta al Consejo Zonal de Pesca que corresponda.

Lo anterior supone la exclusión de los recolectores de orilla no asociados, y de las comunidades indígenas. En efecto, esta regulación puede afectar a los recolectores de orilla que en su mayoría corresponden a alqueros (40.386 personas inscritas en Registro Pesquero Artesanal)¹⁰, de los cuales el 44% corresponden a mujeres, y en su mayoría no se encuentran organizados (no pertenecen a sindicatos, agrupaciones o similares) y por ende no pueden solicitar Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos (AMERBS), y su labor es, mayoritariamente de subsistencia, al ser ribereños a esos terrenos de playa.

⁴ Artículo 47 LGPA. Disponible en: <http://bcn.cl/1nfnl> (Mayo, 2015).

⁵ Artículo 47 LGPA.

⁶ Artículo 50 LGPA. Para acceder a este registro, los recolectores de orilla y los alqueros no requieren matrícula expedida por autoridad (artículo 51 letra "b" LGPA)

⁷ Artículo 55 C LGPA

⁸ Artículo 55 D LGPA.

⁹ Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. Disponible en: <http://bcn.cl/1nfnl> (Mayo 2015).

¹⁰ Anuario Estadístico de Pesca 2013. Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura. Disponible en: <http://bcn.cl/1qkyc> (Mayo 2015)

Con dicha normativa y sin capacidad asociativa, los recolectores de orilla no asociados, y las comunidades indígenas quedarían sin poder realizar sus actividades en esas franjas costeras reservadas a AMERBS, restringiendo su zona de operación pesquera. En este orden, cabe destacar que, de acuerdo al Primer Censo Nacional de Pesca y Acuicultura (2008)¹¹, el 21,6% de los recolectores de orilla pertenecen a alguno de los pueblos originarios de Chile. Éstos cuentan con un marco normativo particular relativo a los recursos pesqueros, el que se describe en el siguiente capítulo, a continuación de una caracterización de la relación de los pueblos indígenas con los recursos pesqueros.

II. Recursos pesqueros y pueblos indígenas

1. Pueblos indígenas y uso del borde costero

De acuerdo a la Encuesta CASEN 2013, un 9,1% de la población nacional declara pertenecer a algún pueblo originario de Chile, lo que corresponde a 1.565.915 personas. De éstos, 1.321.717, es decir el 84,4%, declara pertenecer al pueblo mapuche¹².

Numerosos pueblos originarios de Chile están vinculados al borde costero y al mar. Ellos hacen un uso diversificado y complejo de estos espacios y sus recursos, bajo una relación que ha sido definida como integral con su entorno, y que ha determinado la configuración de su cultura y orden social¹³.

Según el Primer Censo Nacional de Pesca y Acuicultura (2008)¹⁴, un 16,7% de los pescadores artesanales pertenecen a un pueblo indígena, quienes participan en dicha actividad en mayor medida como recolectores de orilla (46,2%), como pescadores artesanales (25,3%), y como buzos mariscadores (9,6%).

Distribución de los pescadores indígenas en el territorio nacional

Los pescadores artesanales indígenas se distribuyen heterogéneamente en el territorio nacional, y las regiones que concentran una mayor proporción de ellos son: La Araucanía (53,5%), Los Ríos (41%), Aysén (31,7%) Magallanes (23,6) Los Lagos (21,4%), Arica Parinacota (15,9%), y Bío Bío (14%)¹⁵. En relación con la participación de los pueblos originarios en la actividad pesquera, un 94,6 % de los pescadores artesanales con ascendencia indígena se declaran mapuche¹⁶, el 1,2% aimara, el 1,1% kawashkar, el 0,9% diaguíta, el 0,3 % rapa nui, y el 0,2% yagan¹⁷.

¹² Ministerio de Desarrollo Social: CASEN 2013 Pueblos Indígenas. Síntesis de resultados. Disponible en: <http://bcn.cl/1qnfi> (Mayo, 2015)

¹³ Fuente: Historia de la Ley N° 20.249 crea el espacio costero marino de los pueblos originarios.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: <http://www.censopesquero.cl/> (Mayo, 2015).

¹⁵ Fuente: Análisis de base de datos del Censo de Pesca y Acuicultura 2007-2008.

¹⁶ Incluye a mapuches (74,2 %), huilliches (20,1%), lafkenches (0,3%).

¹⁷ Fuente: Análisis de base de datos del Censo de Pesca y Acuicultura 2007-2008.

Proporción de pescadores indígenas no inscritos en el RPA

Como se señaló en el capítulo anterior, a los efectos de quedar habilitado ante la ley para poder realizar actividades de pesca, se debe estar inscrito en el Registro Nacional de Pescadores Artesanales (RPA). Ello permite participar en el Sistema de Régimen Artesanal de Extracción, en el Fondo de Fomento establecido, y postular a áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos¹⁸.

Sin embargo, según los datos del Censo Nacional de Pesca y Acuicultura, existiría una diferencia significativa entre los pescadores artesanales que no se encuentran inscritos en dicho registro que habilita legalmente a realizar actividades de pesca, según pertenecen o no a algún pueblo originario: un 34,1% de los pescadores artesanales que no declaran pertenencia a un pueblo no están inscritos. La proporción de no inscritos indígenas asciende a un 43,8%¹⁹, y en la Región de la Araucanía, el 71,4% de los pescadores artesanales indígenas no se encuentran inscritos²⁰.

Prácticas de administración del espacio costero y uso de los recursos

Para el caso mapuche, y en particular el lafkenche, de acuerdo a Paulo Castro, estas últimas administran colectivamente el espacio en base a normas propias y no por las leyes nacionales; la recolección es una actividad familiar, y la referencia al mar, tanto en ceremoniales como en la vida diaria, permite perpetuar las formas de manejo²¹.

En el ámbito marino, los habitantes del territorio saben los límites de cada comunidad tanto en el ámbito terrestre como en los sectores de playa. A diferencia de la tierra, los límites comunitarios en las playas se rigen por normas tradicionales y no por las leyes chilenas, dichos límites son identificados por medio de marcas y elementos de la naturaleza y no cercos²².

Asimismo, de acuerdo a Castro, la extracción de algas y mariscos constituye una de las principales fuentes de subsistencia de los lafkenche, quienes le dan diversos usos a las algas y los recursos marinos, los que se pueden clasificar en usos alimentarios, medicinales, agroecológicos²³, fabricación de artesanías como el aprovechamiento del cuero del lobo marino, y usos simbólicos²⁴. Adicionalmente, el autor agrega que los recursos marinos son un elemento articulador de la identidad mapuche, que les permite establecer procesos de comunicación y de intercambio²⁵.

¹⁸ El RPA es la nómina de pescadores y embarcaciones habilitadas para realizar actividades de pesca artesanal que lleva SERNAPESCA. Se estructura mediante inscripciones regionales y éstas corresponden a la identificación del pescador, su categoría y la pesquería en la cual efectuará sus actividades extractivas. Fuente: <http://bcn.cl/13ze5> (Mayo, 2015).

¹⁹ Fuente: Análisis de base de datos del Censo de Pesca y Acuicultura 2007-2008.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Castro, Paulo: Aproximación a la Identidad Lafkenche. Revista Periferia Número 2, mayo 2005. p. 5. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/Periferia/article/viewFile/145003/196823> (Mayo, 2015)

²² *Ibidem*, p 19.

²³ Recursos marinos y su aplicación en agricultura orgánica, medicina tradicional aplicada a animales

²⁴ usos relacionados con las creencias

²⁵ Castro, Paulo. Op. Cit. p. 24

2. Marco normativo aplicable a los pueblos indígenas relativo a recursos pesqueros

La legislación chilena reconoce a los pueblos indígenas como “parte esencial de la nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores”.²⁶ Asimismo, establece el deber de la sociedad y del Estado en particular de “promover, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines”²⁷.

En relación con la materia en estudio –los pueblos indígenas y recolectores de orilla frente a la Ley General de Pesca— a continuación se exponen las normas contempladas en la Ley N° 20.249, crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios, de 2008, y en el Convenio 169, OIT.

Ley N° 20.249 crea el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios

En relación con el uso de recursos marinos, particularmente costeros, la Ley N° 20.249 creó el Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios (EMCPO)²⁸. Éste constituye un espacio marino delimitado en el borde costero, esto es, 80 metros desde la playa, cuya administración se entrega a comunidades indígenas o asociaciones, que hayan utilizado consuetudinariamente de dicho espacio²⁹, aunque bajo estricto control del gobierno central³⁰. Su objeto es la preservación del uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero³¹.

De acuerdo a la Guía para la Aplicación de la Ley de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios, de la Subsecretaría de Pesca, esta ley ha tenido una lenta implementación. A la fecha, sólo se habría aprobado una solicitud de EMCPO³², quedando en situación de trámite otras 23. Además, desde el inicio de la vigencia de esta ley, se contabilizan 12 solicitudes que finalizaron sin éxito, ya sea por rechazo en alguna etapa de la tramitación, o bien abandono o renuncia de las comunidades indígenas solicitantes³³. Varias solicitudes han sido modificadas en su

²⁶ Artículo 1, Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253. Disponible en: <http://bcn.cl/1lzcg> (mayo, 2015).

²⁷ Ídem.

²⁸ Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269291> (Mayo, 2015)

²⁹ Artículo 1 letra (e) y (f) Ley EMCPO. Disponible en: <http://bcn.cl/1m10p> (mayo, 2015) y artículo 2° DFL N° 340 de 1960.

³⁰ Zelada, S. y Park, J. 2013. Análisis de la Ley Lafkenche (N° 20-249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación. *Universum*, 28 (1). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-23762013000100004&script=sci_arttext (mayo, 2015).

³¹ Conforme a esta ley, se destina un espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido de manera habitual prácticas o conductas que reconocen como manifestaciones de su cultura. Se permiten distintos usos – pesquero, medicinal, religioso, recreativo, entre otros-, y la administración de estos espacios debe asegurar la conservación de los recursos naturales, y propender al bienestar de las comunidades, conforme a un plan de administración.

³² Punta Capitanes, de 103 hectáreas, en la comuna de Fresia, Región de Los Lagos

³³ Sernapesca: Guía para la Aplicación de la Ley de Espacios Costeros Marinos para Pueblos Originarios. Disponible en: <http://bcn.cl/1qnu5> (Mayo, 2015)

superficie por la autoridad pesquera, o rechazadas, debido a que la ley resguarda los derechos de concesiones de acuicultura o áreas de manejo otorgadas a terceros, con anterioridad a la solicitud de un ECMPO.

Convenio 169 de la OIT

Por otra parte, el Estado de Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT. Con ello, incorporó sus disposiciones sobre derechos humanos al sistema jurídico como un límite al ejercicio de la soberanía del Estado³⁴. Este tratado reconoce una serie de derechos colectivos a los pueblos indígenas, los que incluyen (i) derechos territoriales; (ii) derechos de participación y consulta; y (iii) derechos de autogobierno.

En cuanto a lo primero, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo, y “a participar en la utilización, administración y conservación” de los recursos naturales existentes en sus tierras³⁵. Cabe señalar que, de acuerdo al propio instrumento internacional, el término “tierras” incluye “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”³⁶, y el Estado debe garantizarles su uso, aún respecto de aquellas que no estén exclusivamente ocupadas por ellas³⁷.

Adicionalmente, el Convenio establece derechos de participación y consulta para los pueblos indígenas, particularmente en lo que atañe a las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses³⁸. En consecuencia, el Estado debería consultar a los pueblos indígenas eventualmente afectados, antes de otorgar la explotación exclusiva de los recursos marinos a una organización de pescadores. Más aún, la sola realización de una consulta previa, no autoriza necesariamente al Estado a otorgar dicha AMERB, excluyendo a los indígenas, pues podría implicar, una afectación de su derecho de propiedad, según la interpretación del mismo que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

En tercer lugar, el Convenio ha sido adoptado “[r]econociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y

³⁴ Artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República. Disponible en: <http://bcn.cl/1lzdy> (mayo, 2015). Cabe tener presente que sectores minoritarios de la doctrina nacional, niegan el carácter de instrumento de derechos humanos al Convenio 169 de la OIT, o se lo reconocen sólo a algunas de sus disposiciones [cfr. Montt, S & Matta, M. (2011). Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios públicos, (121), 133-212]. Sin embargo, el Convenio es permanentemente utilizado por organismos internacionales de derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como instrumento integrante del derecho internacional de los derechos humanos (vg. Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012).

³⁵ Artículos 7 y 17 Convenio 169 de la OIT. Disponible en: <http://bcn.cl/1m1bf> (mayo, 2015).

³⁶ Artículo 13 Convenio 169 de la OIT.

³⁷ Artículo 14.1 Convenio 169 de la OIT.

³⁸ Artículos 2 y 6 Convenio 169 de la OIT.

³⁹ Tanto la jurisprudencia nacional como la internacional, especialmente interamericana, han establecido que los pueblos indígenas tienen una especie de propiedad sobre sus tierras y territorios, el cual está protegido por la constitución y los tratados internacionales (Cfr. Aylwin y otros. 2013. Op. cit.).

religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"⁴⁰. Este reconocimiento, además de orientar la interpretación del Convenio⁴¹, es un principio que recorre todo su texto. Particularmente, en tanto ordena salvaguardar las instituciones indígenas⁴², y reconoce expresamente "el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias"⁴³.

Por lo anterior, se reconoce a las instituciones representativas indígenas, como los interlocutores válidos frente al Estado⁴⁴, esto es, las instituciones indígenas que emanan de sus propios procesos internos⁴⁵. De esta manera, el Estado no debe exigir a los pueblos indígenas que adopten determinada forma de asociación gremial (vg. organización de pescadores artesanales o comunidad indígena), como condición para ejercer sus derechos territoriales.

⁴⁰ Texto Preámbulo Convenio 169 de la OIT.

⁴¹ Artículo 31.2 Convención sobre el Derecho de Tratados, 1969. Disponible en: <http://bcn.cl/1mn07> (mayo, 2015).

⁴² Artículos 4.1, 5.2, 6.1.c y 7.1 Convenio 169 de la OIT.

⁴³ Artículo 8.2 Convenio 169 de la OIT.

⁴⁴ Artículo 6.2 Convenio 169 de la OIT.

⁴⁵ Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M. y Yáñez N. 2013. Los Pueblos Indígenas y el Derecho. Santiago: Lom Ediciones.