

Aclaración de dudas y profundización de informe en derecho

A continuación se presentan las respuestas a las preguntas realizadas a los abogados respecto del informe entregado, esto por medio de reunión realizada el jueves 11 de marzo.

- Legalidad de la RNLF

La pregunta se refería a si es legal el cierre de la Reserva aunque atente contra los derechos de libre acceso, y la respuesta es sí, pues la constitución de la CONAF le faculta para decretar dichos cierres.

Lo que no puede hacer es delegar la decisión de cierre de estas áreas.

- Convenio 169, ¿mismo rango que la Constitución?

Al ser suscrito por Chile, el Convenio como instrumento no tiene el mismo rango, pero sí las disposiciones incluidas en él.

- Qué pasa si es contradictorio el contenido de la constitución y el 169?

Hay que llevarlo a la Corte para que dirima caso a caso, esto según el peso que cada criterio/derecho en conflicto.

- 169 señala explícitamente que no debe aplicarse contra las leyes de cada país, ¿entonces cómo se resuelve esto?

Hay que llevarlo a la Corte para que dirima caso a caso, esto según el peso que tenga cada ley en conflicto.

- En aquellos lugares a los que no hayan efectivamente tenido “tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, no debieran ser considerados como derechos territoriales indígenas, ¿correcto?

El Convenio 169 utiliza el concepto de “tradición” entendiéndose como la mantención de una costumbre durante el tiempo; si se ha interrumpido su costumbre en la práctica, se habla de “ancestral”, lo que deja afuera todo el territorio que no ha mantenido la tradición de manera efectiva.

- CONADI por medio del Mideplan decretó una macrozona como ADI con criterios geopolíticos y no técnicos como señala el Convenio 169, ¿no debiera ser nulo esto?

Sí, habría que realizar las acciones legales necesarias para que se redefiniera estas áreas de desarrollo de acuerdo con los criterios estipulados por el mismo Mideplan, hoy Ministerio de Desarrollo Social.

- Esto atendiendo a la ley indígena y consecuente que designa ADIs, ¿es razonable pensar que el ADI de SPA haya sido mal asignada, con el consiguiente atentado contra el derecho del resto de la ciudadanía?

Sí, se desprende de lo explicado anteriormente, por lo que habría que redefinirlas correctamente.

- Se señala (en el informe) que la zona de San Pedro de Atacama queda cubierta por el Punto 1 en cuanto se trata de “tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, ¿esto incluye por omisión las otras áreas dentro de la cordillera, a cientos de kilómetros de San Pedro?

No, se aclara que el punto 1 está mal expresado en el informe, pues legalmente habría que definir las áreas de desarrollo indígenas de acuerdo con los propios criterios técnicos para ADI y no geopolíticos, quedando naturalmente una enorme fracción del territorio fuera de estas áreas.

- En relación a la jerarquía de las leyes, si se diera el caso que debiera entregársele territorio a los indígenas que incluyan caminos públicos, ¿el 169 estaría por sobre el DFL 850 del MOP?
No, los caminos públicos siguen siendo públicos.

El concesionario que en el decreto se haya hecho cargo explícitamente de su conservación, puede regular los caminos de menor jerarquía en la red vial nacional, tales como los caminos regionales de acceso, y establecer ciertas condiciones razonables de acuerdo con criterios de seguridad o de similar tenor, por ejemplo definiendo horarios razonables, pero no puede impedir el paso de manera absoluta.

En el caso de todo el resto de categorías de caminos públicos, bajo ninguna circunstancia puede impedir el paso ni colocar obstáculos, por muy mínimos que sean, de no contar con autorización expresa de la Dirección de Vialidad.

- Señalan límites implícitos en la descripción de la “finalidad” respecto del decreto de la CONADI para designar ADIs, ¿cuáles son las limitaciones que observan?

Se refieren a las limitaciones propias de las áreas de desarrollo indígena decretadas, las que tienen una finalidad específica que alude a la promoción del desarrollo indígena, pero en ningún caso se refiere a “tierra indígena”, por lo que el ser ADI no significa que los habitantes indígenas tengan algún tipo de potestad especial sobre dichas tierras.

- Si el 169 posiciona constitucionalmente a los indígenas en una circunstancia de “no similares” al resto de la población, confiriendo con ello privilegios sobre el territorio, ¿entonces estos contratos podrían estar por sobre el derecho constitucional?

Habría que analizar jurídicamente caso a caso para ser dirimida la condición de “similar” o no, pero en cualquier caso lo que señala la legislación toda es que cualquier privilegio especial sobre la tierra de un área específica es de tipo “derecho de posesión”, pero en ningún caso de “derecho de propiedad”, excepto si el Estado hubiere cedido esa tierra o se hubiese transado económicamente entre privados. El derecho de “propiedad” tiene peso jurídico, en cambio la “posesión” no lo tiene.

Por esta razón es que las concesiones se dan con una finalidad específica, debiendo el concesionario ajustarse estrictamente a dichos fines, no pudiendo desarrollar como derecho concesionario actividades diferentes. Éste es el caso de todas las concesiones de

pastoreo que hay en el área, las que fueron entregadas para eso: tener el derecho de privilegio de pastoreo para sí, pero no pueden ser utilizadas con fines lucrativos de ningún tipo (obvio que turismo tampoco, ni menos para cobrar una entrada), así como tampoco la figura de concesión da el derecho al concesionario de impedir el paso a dicha área al resto de la población.

- Señalan excluir a la CONADI de los Órganos relevantes, ¿esto aunque haya aplicado mal la propia ley que señala requisitos para decretar una ADI?

Explican que hoy quien tiene a cargo el tema de decreto y administración de límites ADI es el Ministerio de Desarrollo Social, por lo que cualquier acción relacionada debe ser dirigido a este Organismo y no a la CONADI.

Respecto de las Cesiones, Concesiones, etc., enfatizan que cada Decreto, que establece el acto administrativo, describe claramente la finalidad de dicho acto, por lo que habría que estudiar caso a caso qué finalidad contempla cada área afectada.

Otro aspecto muy relevante a tener en consideración es que el Convenio 169 de la OIT tiene validez sobre toda aquella acción relacionada que se haya realizado a partir de su suscripción por parte de Chile, esto es desde el 15 de septiembre de 2009, fecha en que el Congreso Nacional lo aprobó y pasó a formar parte de la legislación chilena.

Finalmente, señalan que el Estado de Excepción en el que se encuentra el país hasta ahora, no debe atentar en absoluto contra los actos jurídicos que se deseen realizar.