

TIERRAS INDÍGENAS COMUNITARIAS Y SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN DIRECTA POR 'ANTAGONISMO CULTURAL': UN CASO DE CONSULTA INDÍGENA EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

SEBASTIÁN DONOSO RODRÍGUEZ y JUAN PABLO ESCUDERO TORO

RESUMEN: Hasta la fecha, la gran mayoría de la jurisprudencia sobre la obligación de consulta indígena establecida en el Convenio 169 de la OIT se ha pronunciado sobre el cumplimiento de dicho deber tratándose de la dictación de resoluciones de calificación ambiental en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La sentencia que se comenta es uno de los pocos casos en que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el cumplimiento del deber de consulta indígena tratándose de medidas administrativas emitidas en el ámbito municipal. El fallo del máximo tribunal obliga a la Municipalidad de Padre Las Casas a dejar sin efecto ciertos actos administrativos que entregaban en comodato un terreno contiguo a la comunidad indígena reclamante para emplazar en dicho lugar una medialuna, basado en que dichos actos debieron haber sido sometidos previamente a la consulta indígena que establece el Convenio 169. El interés en analizar el fallo radica no solo en el hecho que se trata de un caso de consulta indígena en el ámbito municipal, sino también en que la decisión concentra su esfuerzo interpretativo en determinar si las medidas en cuestión eran susceptibles de afectar directamente a la comunidad indígena recurrente, para lo cual aplica la disposiciones del Decreto N°66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social –que establece el reglamento general de consulta– normativa que había sido escasamente utilizada por la Corte Suprema para fundamentar sus decisiones. Los autores concluyen que el criterio de la Corte Suprema de recurrir al Decreto 66 para determinar la procedencia de la consulta indígena en este caso –aunque dicha reglamentación es facultativa para los municipios– es pragmático y sensato pues ofrece un marco de referencia ya vigente para definir cuestiones que de por sí son de difícil interpretación. También concluyen que es correcto el criterio del máximo tribunal en orden a exigir una dimensión objetiva para apreciar si existe susceptibilidad de afectación directa. Al examinar la dimensión subjetiva, sin embargo, los autores concluyen que la Corte Suprema prescinde del criterio de razonabilidad desarrollado en su propia jurisprudencia anterior y no exige al recurrente el estándar de acreditación razonable de la susceptibilidad de afectación directa, amparándose en cambio en la existencia de un discutible 'antagonismo cultural' para concluir la existencia de dicha afectación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sentencia. 2.1. Fundamentos del recurso de protección. 2.2. El fallo. 2.3. Voto de minoría. 3. Análisis de la sentencia. 3.1 El deber de consulta indígena tratándose de medidas administrativas municipales. 3.2. Exigibilidad del Decreto 66 como reglamentación vigente y específica respecto al deber de consulta indígena. 3.3. La susceptibilidad de afectación directa como uno de los requisitos de la consulta indígena. 3.3.1. Exigencia de un elemento o dimensión objetiva para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa. 3.3.2. Proporcionalidad y razonabilidad como criterios para determinar la susceptibilidad de afectación directa. 3.3.3. La calidad de tierra indígena del terreno otorgado en comodato para la medialuna como elemento objetivo que incidiría en la procedencia de la consulta. 3.4. Integración pacífica de tradiciones culturales diversas como objetivo del Convenio N° 169. Impacto significativo sobre tradiciones mapuche. Sobre herencias y antagonismos culturales. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su entrada en vigencia en Chile en septiembre de 2009, el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (“Convenio 169” y “OIT” respectivamente) ha sido un invitado regular de la prensa económica, sindicándosele a menudo como uno de los responsables de la judicialización y paralización de proyectos de inversión. Pero el verdadero protagonista de esta historia es el deber de consulta a los pueblos indígenas que establece el Convenio 169, no en vano catalogado por la propia OIT como la ‘piedra angular’ del tratado.

Aunque se haya repetido hasta el cansancio, conviene recordar que el punto de partida es el artículo 6 del Convenio 169 que establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. Por ahora, basta anotar entonces que una de las hipótesis que gatillan el deber de consulta es la dictación de ‘medidas administrativas’ susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

En Chile, la gran mayoría de los casos que han llegado hasta los tribunales de justicia se refieren al cumplimiento del deber de consulta indígena en el marco de la autorización de proyectos de inversión sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) que generan o son susceptibles de generar impactos ambientales y sociales sobre grupos humanos pertenecientes a

pueblos indígenas, en que la medida administrativa cuya dictación se consulta es la resolución de calificación ambiental. En cambio, existe escasa jurisprudencia respecto al cumplimiento del deber de consulta indígena tratándose de medidas administrativas distintas de la resolución de calificación ambiental.

Por lo mismo ha concitado atención la sentencia de la Corte Suprema de 4 de abril de 2016 que rechazó la apelación interpuesta por la Ilustre Municipalidad de Padre Las Casas (“Municipalidad”) y por tanto confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que acogió un recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Entuco, dejando sin efecto ciertos actos administrativos de la Municipalidad por haberse dictado sin someterlos previamente al trámite de consulta indígena, y ordenando en consecuencia que se cumpliera con dicho deber en caso que quisiera persevera en tales actos.

La sentencia que se analiza en el presente comentario reviste particular interés por varias razones:

- (i) Porque, como ya se dijo, se pronuncia sobre la aplicabilidad del deber de consulta indígena respecto a una medida administrativa emanada de una municipalidad, no sometida a evaluación ambiental;
- (ii) Porque es uno de los pocos casos en que la Corte Suprema ha hecho referencia expresa y aplicado el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social¹ para la decisión del asunto, reglamentación que está vigente en Chile desde el 4 de marzo de 2014, y que contiene el que se ha denominado como “Reglamento General de Consulta Indígena” (“Decreto 66”)².
- (iii) Porque elabora sobre uno de los aspectos más controvertidos del deber de consulta indígena, es decir, los criterios

¹ El Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social que “*Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica*” fue dictado el 15 de noviembre de 2013 y entró en vigencia el 4 de marzo de 2014.

² Otras sentencias de la Corte Suprema en que se ha hecho referencia al Decreto 66 corresponden a los roles números 5689-2015, 22.263-2015, y 6.628-2015, pero no revisten mayor interés para las materias que se analizan en este comentario.

para determinar la susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas que hace exigible a los gobiernos su implementación.

- (iv) Porque la susceptibilidad de afectación directa que se discute en este caso se refiere a cuestiones de identidad y convivencia intercultural, una materia de creciente importancia para nuestro país considerando la situación que se vive en la zona centro-sur del país a raíz del mal llamado ‘conflicto mapuche’.

Adicionalmente, es de interés revisar los argumentos del voto de minoría con que se acordó esta sentencia de la Corte Suprema, pues esgrime puntos de vista distintos respecto a las mismas razones arriba indicadas.

2. LA SENTENCIA

Este trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de abril de 2016 que se pronunció respecto al recurso de protección caratulado *Comunidad Indígena Entuco con Ilustre Municipalidad de Padre Las Casas*, Rol N°[insertar]. El análisis de esta sentencia de la Corte Suprema se dividirá en tres partes: primero se revisarán los fundamentos del recurso de protección; luego se examinarán los argumentos del fallo; y finalmente se expondrán los argumentos del voto de minoría.

2.1 Fundamentos del recurso de protección

La Comunidad Indígena Entuco (“Comunidad”), domiciliada en el sector de Entuco de la comuna de Padre Las Casas de la Región de La Araucanía, presentó un recurso de protección con el objeto que se dejaran sin efecto dos actos administrativos de la Municipalidad de Padre Las Casas –un acuerdo del Concejo Municipal y un decreto alcaldicio–, a través de los cuales se autorizó la entrega en comodato de un predio municipal al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas para la construcción de una medialuna, predio que colinda con terrenos de propiedad de la Comunidad Indígena, sin haber sometido dichas decisiones a consulta indígena con la Comunidad. Adicionalmente, la Comunidad solicitó que se ordenara a la Municipalidad llevar a cabo una consulta indígena en los términos del Convenio 169 en caso que aquella quisiera perseverar en el otorgamiento de la mencionada autorización.

Concretamente, los actos impugnados fueron los siguientes:

- Acuerdo del Concejo Municipal adoptado en sesión ordinaria N° 98 de fecha 18 de agosto de 2015, por el cual se aprueba la entrega en comodato al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas de un inmueble municipal de 1,5 hectáreas para la construcción de una medialuna; y
- Decreto Alcaldicio N° 2852 de 3 de septiembre de 2015 que materializa la autorización y la entrega del inmueble en comodato al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas.

La recurrente fundó su pretensión en que estos actos administrativos de la Municipalidad son ilegales puesto que el terreno en cuestión, si bien es de propiedad municipal, es colindante al ocupado por la Comunidad y tendría la calidad de tierra indígena de acuerdo al artículo 12 de la Ley N° 19.253 ('Ley Indígena') por lo que no habría podido ser enajenado ni gravado salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. La Comunidad Indígena Entuco sostuvo además que el terreno habría sido adquirido irregularmente por la Municipalidad, ya que la vendedora era chilena-mapuche, adoleciendo la compraventa de objeto ilícito. Además, el terreno derivaría del mismo título de merced del que proviene el inmueble de propiedad de la Comunidad, manteniendo estas últimas reclamaciones vigentes respecto al primero. Sostuvo además que la entrega de dicho terreno en comodato atentaría contra la igualdad ante la ley establecida en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Por sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Entuco, dejando sin efecto tanto el acuerdo del Concejo Municipal de Sesión Ordinaria N° 98 del 18 de agosto de 2015, como asimismo el Decreto Alcaldicio N° 2852 de 3 de septiembre de 2015 por medio del cual se entrega en comodato el lote de 1,5 hectáreas donde se ubicaría la medialuna. La Corte de Apelaciones ordenó además la realización de una nueva reunión del Concejo Municipal así como el desarrollo de un proceso de consulta indígena en los términos del Convenio 169 y del Decreto 66. En contra de esta sentencia la Municipalidad presentó un recurso de apelación.

2.2. El fallo de la Corte Suprema

Por sentencia de 4 de abril de 2016, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que acogió el recurso de protección interpuesto por la Comunidad³.

El razonamiento de la Corte Suprema se centró en determinar si el emplazamiento de una medialuna en el predio contiguo al de la Comunidad, sobre el cual esta mantendría reclamaciones pendientes, es o no una medida que pudiera afectarla directamente.

Para responder esta interrogante, el máximo tribunal estableció los siguientes criterios:

- (i) En la afectación directa debe concurrir una dimensión objetiva.

La Corte Suprema estableció que para determinar la existencia de afectación directa que hace exigible un procedimiento de consulta indígena, no basta únicamente con que la Comunidad perciba una afectación: *“La afectación directa exige, además de esta dimensión subjetiva, una dimensión objetiva que ha sido precisada”* por el Decreto 66 (considerando cuarto). Y en el considerando quinto siguiente cita al efecto el artículo 7 del Decreto 66 que establece que las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas son aquellas que son *“causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”*.

- (ii) Existencia de reclamaciones sobre el terreno es insuficiente por sí sola para estimar que la medida afecta a la Comunidad.

El fallo estableció que el hecho que la Comunidad tenga reclamaciones vigentes sobre el terreno *“resulta por sí solo insuficiente para estimar que la medida recurrida la afecta”*, puesto que además *“dichas reclamaciones no parecen estar*

³ Concurrieron a esta decisión el ministro Carlos Aránguiz Z. y los abogados integrantes Jorge Lagos G. y Rodrigo Correa G.

amparadas en la legislación vigente” (considerando séptimo).

- (iii) El tamaño del terreno otorgado en comodato y su vecindad con el inmueble en que habita la Comunidad sí son suficientes para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales.

En el considerando octavo de la sentencia, el tribunal supremo argumentó que *“el hecho de que el predio en que se emplazaría la medialuna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche.”*

- (iv) En este caso, la afectación directa es realizada por un elemento cultural según el cual el rodeo es una actividad correspondiente a la herencia cultural antagónica a la mapuche.

Para determinar la existencia de afectación directa, la Corte Suprema acopló al factor de tamaño y vecindad del terreno otorgado en comodato, un factor cultural: el emplazamiento de una medialuna en el terreno contiguo al de la Comunidad tiene por objeto *“canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche”*. Así, el hecho que el terreno sea relativamente pequeño y que, por lo mismo, la medialuna se ubique a corta distancia del terreno de la Comunidad, es suficiente para considerar que la medida puede tener un impacto significativo sobre ella.

- (v) Uno de los fines de la consulta indígena del Convenio 169 es facilitar la integración pacífica de tradiciones culturales diversas.

En el considerando sexto la Corte Suprema razonó que si bien el rodeo no es una costumbre indígena, eso no significa que no puede manifestarse. Pero agregó que precisamente la finalidad tanto del Convenio 169 como del

Decreto 66, es “*dar lugar a un proceso de consulta con la finalidad de alcanzar un acuerdo con las comunidades afectadas*”. Pero el máximo tribunal se cuidó de clarificar el alcance de este acuerdo, “*que no se traduce sin embargo en un derecho de veto*”, y cuyo objeto es “*facilitar la integración pacífica de tradiciones culturales diversas*”, evitando así “*que la cultura dominante se imponga sin siquiera considerar los intereses culturales afectados*”.

En base a todos estos argumentos la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada, reafirmando entonces que los actos administrativos de la Municipalidad habían infringido la obligación de consulta establecida en el Convenio 169.

2.3. El voto de minoría

La sentencia en comento fue acordada con el voto de minoría de los ministros Sr. Pedro Pierry y Sra. María Eugenia Sandoval, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección.

El voto de minoría se basa en las siguientes consideraciones:

- a) El solo hecho que una determinada comunidad se encuentre emplazada dentro del área de influencia del respectivo proyecto o actividad, no gatilla necesariamente la consulta.

Los ministros Pierry y Sandoval argumentaron que para que una medida administrativa sea susceptible de afectar a pueblos indígenas, es necesario que la misma sea causa directa de un impacto significativo y específico sobre dichos pueblos en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. Por consiguiente, agregan, “*el solo hecho de que una determinada comunidad se encuentre emplazada dentro del área de influencia del respectivo proyecto o actividad, no implica necesariamente la generación de impactos significativos y específicos, por lo que no siempre existirá la obligación del órgano administrativo de incorporar a dicha Comunidad al proceso de consulta*”.

- b) La Comunidad no acreditó la forma en que las medidas puedan afectar sus prácticas ancestrales y culturales.

El voto de minoría sostuvo que en el recurso de protección no se fundamenta cómo la medida consistente en ceder en comodato el terreno en cuestión pueda afectar las prácticas ancestrales y culturales de la Comunidad: *“de la lectura del libelo de autos no se vislumbra la forma en que la medida administrativa adoptada por la Autoridad Municipal, esto es, la entregar en comodato de un inmueble al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas para la construcción y funcionamiento de una medialuna, cause un impacto significativo a la Comunidad recurrente, toda vez que no se ha acreditado que la ejecución de la misma afecte el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o que tenga relevancia en lo tocante a la relación con sus tierras indígenas”*.

- c) La existencia de reclamaciones vigentes sobre el terreno –único fundamento de la recurrente– puede ser canalizada a través de la Ley Indígena.

Argumenta el voto minoritario que el único fundamento de los reclamantes para demostrar que la medida les afecta, es el hecho que existen reclamaciones pendientes que persiguen la restitución de los *“terrenos ocupados por no indígenas, dentro de los que incluye el inmueble que se entrega en comodato por el acto impugnado, en cuanto se ha afectado su integridad territorial, pudiendo dicha reclamación ser canalizada a través de los medios que otorga la Ley N°19.253*.

- d) Impedir el otorgamiento del comodato al Club de Rodeo sí implicaría una afectación a una costumbre chilena arraigada como es el rodeo.

Concluye el voto de minoría con un contraataque a propósito del mentado antagonismo cultural: *“Que por lo anterior y por cuanto el impedir que se otorgue un comodato al Club de Rodeo para la construcción de una medialuna, ello sí que altera una arraigada tradición chilena como lo es el rodeo, el recurso de protección no debiera ser acogido”*.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

3.1. El deber de consulta indígena tratándose de medidas administrativas municipales

Abrimos este comentario haciendo presente que si bien la Corte Suprema se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación a la consulta indígena establecida en el Convenio 169, la mayoría de estos pronunciamientos se relaciona con proyectos de inversión que han debido ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”).

El punto central a esclarecer aquí es en qué medida el deber de consulta indígena del artículo 6 del Convenio 169 es aplicable a medidas dictadas por los municipios. Siguiendo un argumento de texto, cabe anotar por un lado que el artículo 6 utiliza la voz ‘gobiernos’ para referirse al obligado a consultar, por lo que podría entenderse que al no hacer una distinción entre gobierno central y gobiernos locales, no cabe excluir *ex ante* a estos últimos del ámbito de aplicación de la consulta indígena. Por otro lado, el artículo 6 habla de ‘medidas administrativas’ sin distinción alguna y, por tanto, tampoco cabría excluir *ex ante* a los actos administrativos municipales del ámbito de aplicación del deber de consulta. Esta lógica se ve reforzada por una razón que parece inherente a la naturaleza de los actos municipales: se trata de decisiones que tienen efectos a un nivel muy micro y por tanto son (teóricamente al menos) más susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

La sentencia de la Corte Suprema ni siquiera se plantea la interrogante y su análisis se basa en dos premisas: (i) el deber de consulta indígena del artículo 6 del Convenio 169 es aplicable a las medidas dictadas por las municipalidades, y (ii) la consulta indígena tratándose de medidas administrativas municipales se rige por el Decreto 66.

El Decreto 66, por su parte, en su artículo 4 y bajo el rótulo “Órganos a los que se aplica el presente reglamento”, establece que

Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente (el destacado es de los autores).

De la norma recién citada se desprenden dos conclusiones:

- (i) Los órganos constitucionalmente autónomos –como lo son las municipalidades– no están exentos del deber de consultar cuando ello sea procedente de acuerdo a la legislación vigente; y
- (ii) Para cumplir con la obligación de consulta indígena, los órganos constitucionalmente autónomos pueden sujetarse a las disposiciones del Decreto 66 si así lo escogen, pero no están obligados a ello.

El lenguaje del artículo 4 permite interpretar que el regulador quiso hacer aplicable el Decreto 66 solo a la ritualidad de los procesos de consulta indígena –es decir, a sus etapas mínimas– pues establece que pueden sujetarse al mismo “para cumplir con la obligación de consulta indígena”. En línea con lo anterior, cuando el Decreto 66 señala que los órganos constitucionalmente autónomos no están exentos del deber de consultar “*cuando ello sea procedente de acuerdo a la legislación vigente*”, podría entenderse que al remitirse a la ‘legislación vigente’ no se refiere a sí mismo sino al Convenio 169.

Esa es, al parecer, la interpretación de algunos autores, para quienes en el caso de los municipios “*la aplicación del reglamento es facultativa, pero la consulta sigue siendo obligatoria. Así, si el organismo autónomo prefiere utilizar un procedimiento distinto al establecido en el DS No 66, es libre de hacerlo, pero siempre respetando el estándar internacional*”⁴.

Ahora bien, la sentencia de la Corte Suprema no repara en el texto expreso del artículo 4 y da por sentado que la consulta indígena de medidas administrativas municipales se rige por el Decreto 66, siendo que de acuerdo a dicha disposición su aplicación es facultativa para los municipios. La Corte Suprema tampoco se detiene a desmenuzar las sutilezas envueltas en la pregunta sobre qué significa exactamente que el Decreto 66 sea de aplicación facultativa para las municipalidades: ¿se refiere solo al procedimiento o ritualidad de la consulta, a la determinación de su procedencia, o a ambas? Sobre esta cuestión, la Corte Suprema derechamente utiliza el artículo 7

⁴ MEZA-LOPEHANDÍA, YÁÑEZ y SILVA (2014) p. 28.

del Decreto 66 –que define cuándo existe susceptibilidad de afectación directa– como criterio de decisión de su fallo.

Toda esta reflexión no es baladí desde que existe al menos un municipio en Chile –la Ilustre Municipalidad de Alto Biobío– que cuenta con una reglamentación propia de la consulta indígena⁵. La pregunta clave aquí es en qué medida las reglamentaciones que dicten los municipios deben ceñirse a lo preceptuado en el Decreto 66, en aquellos casos en que optan por aplicarlo.

Sin perjuicio de que no cabe duda de que las municipalidades deben consultar a los pueblos indígenas cuando por ley estén obligados a hacerlo, y de que en teoría es discutible que la Corte Suprema haya recurrido al Decreto 66 para determinar la procedencia de la consulta indígena en este caso, esta última solución es pragmática y sensata pues ofrece un marco de referencia ya vigente para definir cuestiones que de por sí son de difícil interpretación. Con la misma lógica pragmática, no tendría sentido que la aplicación del Decreto 66 sea facultativa y que una vez escogida dicha aplicación, el Decreto 66 solo sea aplicable para aspectos de ritualidad y se excluya su aplicación tratándose de la determinación de la procedencia de la consulta indígena.

En todo caso, el fallo en comento es coincidente con uno de los escasos antecedentes jurisprudenciales sobre la materia: la sentencia de 10 de agosto de 2010 de la Corte de Apelaciones de Concepción en el caso *Comunidad Indígena Chilcoco y Otro con I. Municipalidad de Arauco y Concejo Municipal*. En este caso, la Corte de Apelaciones de Concepción determinó que la Municipalidad de Arauco debió haber llevado a cabo una consulta indígena en relación a su decisión de talar árboles y realizar otras obras en el sector del Cerro Colo Colo, el cual tiene la categoría de monumento histórico.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción determinó que “*la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia*”.

⁵ Con fecha 29 de septiembre de 2015 la I. Municipalidad de Alto Biobío dictó el Decreto Alcaldicio N°1483 que ‘Aprueba Reglamento sobre Consulta Indígena’.

De este modo, ambos fallos van en la misma línea, toda vez que han estimado necesaria la realización de una consulta a los pueblos indígenas de acuerdo al Convenio 169 frente a una decisión municipal que podría afectar la cultura y costumbres de pueblos indígenas.

3.2. Exigibilidad del Decreto 66 como reglamentación vigente y específica respecto al deber de consulta indígena

Un segundo aspecto destacable de la sentencia de la Corte Suprema es que se trata de uno de los pocos casos en que la Corte Suprema ha hecho referencia expresa y aplicado el Decreto Supremo 66, vigente en nuestro país desde el 4 de marzo de 2014.

La aplicación del Decreto 66 queda en evidencia en el considerando quinto de la sentencia, cuando recuerda que “*el artículo 7 del Reglamento define las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas en los siguientes términos (...)*” y también en el considerando sexto que se refiere expresamente a los artículos 2 y 3 del Decreto 66.

Aunque la referencia y aplicación de una normativa vigente no debiera sorprender, lo cierto es que todas las reglamentaciones de la consulta indígena desde 2009 en adelante han recibido críticas, particularmente desde algunas organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales. Fue el caso del Decreto Supremo N° 124 de 2009, dictado en forma coetánea a la entrada en vigencia en Chile del Convenio 169, al que se le criticó principalmente el hecho que no había sido sometido a consulta previa. En el caso del Decreto 66, las críticas no han apuntado a la falta de consulta previa sino más bien al resultado que tuvo aquella, que se tradujo en acuerdos respecto a un número importante de materias pero también en desacuerdos en relación a algunos elementos relevantes del artículo 6 del Convenio 169. Pero incluso las voces críticas del Decreto 66 reconocen que representa un avance importante, sobre todo por la regulación que hace de las etapas que debe tener todo proceso de consulta, y los principios que lo informan.

Por eso, no debe subestimarse el hecho que la Corte Suprema haya aplicado expresamente el Decreto 66 en ese caso. Hasta la fecha, la actividad administrativa del Estado y también las resoluciones de los tribunales superiores de justicia habían optado en la mayoría de los casos por citar el Convenio 169, lo que les permitía pisar tierra firme y

no entrar en una discusión de mérito sobre la normativa doméstica de la consulta indígena.

Coincidentemente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su último informe de seguimiento de la aplicación por Chile del Convenio 169, señala que “*la Comisión saluda la adopción del decreto supremo núm. 66 de 2014 que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena*” y “*observa que la adopción del reglamento se inscribe en el marco de un amplio proceso de consulta con participación de pueblos indígenas determinada por los mismos*”. Y agrega: “*el reglamento describe en su título II los principios de la consulta y en su título III el procedimiento de la consulta*”⁶.

3.3. La susceptibilidad de afectación directa como uno de los requisitos de procedencia de la consulta indígena

Tal vez el aspecto más interesante de esta sentencia es la elaboración que hace respecto de uno de los elementos más controvertidos del deber de consulta indígena, es decir, los criterios que permiten determinar cuándo existe susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas que hace exigible a los gobiernos desarrollar un proceso de consulta.

Sobre el particular, conviene recordar el lenguaje con que el artículo 6 del Convenio 169 se refiere a la materia:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarles directamente**”*(el destacado es de los autores).

De este modo, la consulta indígena es procedente cuando la medida administrativa o legislativa en cuestión es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Así, la susceptibilidad de afectación directa es considerada uno de los elementos-estándares de la

⁶ CEACR (2017) p. 637.

obligación de consulta. El problema interpretativo se genera en la medida que el Convenio 169 no entrega elementos para dilucidar qué se entiende por susceptibilidad de afectación directa. Sin embargo, esta falta de determinación resulta armónica con el artículo 34 del mismo tratado, que establece que

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

Por consiguiente, el Convenio 169 entrega la posibilidad de que cada país implemente de manera flexible el Convenio 169, de tal forma que el mismo se adapte a sus realidades específicas⁷.

Este ejercicio de flexibilidad –amparado en el artículo 34 del Convenio 169– se trasunta en el caso de Chile en el artículo 7 del Decreto 66, que establece criterios para determinar si una medida administrativa es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Para determinar la susceptibilidad de afectación directa, el inciso tercero del artículo 7 establece una estructura que se basa en dos pilares:

- (i) *“Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción;*
- (ii) *y, cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.*

Como se puede apreciar, el Decreto 66 establece una ‘puerta de doble entrada’ para determinar la susceptibilidad de afectación directa: la primera entrada atiende a la naturaleza administrativa de la medida, y la segunda entrada atiende a las consecuencias o impactos de la

⁷ Donoso (2014) p. 69.

misma. Este comentario no se refiere a la primera entrada porque la sentencia de la Corte Suprema simplemente da por hecho que los actos administrativos municipales recurridos son ‘medidas consultables’ y no aporta reflexión alguna al respecto. En cambio, el fallo sí aporta argumentos interesantes respecto a la segunda puerta de entrada, por lo que se justifica analizarla a continuación.

En efecto, el Decreto 66 establece que se configura la susceptibilidad de afectación directa cuando las medidas (copulativamente):

- Son causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales; y
- Afectan el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Al desglosar la disposición, tenemos que existe susceptibilidad de afectación directa cuando la respectiva medida:

- Es causa directa;
- De un impacto significativo y específico;
- Sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales;
- Afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales;
- O afectando la relación con sus tierras indígenas.

En el caso de la sentencia en comento, la determinación de la susceptibilidad de afectación directa radica en establecer si acaso la medida administrativa en discusión –en este caso los actos de la I. Municipalidad de Padre Las Casas– reunía los requisitos para concluir que era susceptible de afectar directamente a la Comunidad y procedía por tanto la consulta indígena.

A continuación se analizarán algunas aristas emanadas de esta cuestión.

3.3.1. Exigencia de un elemento o dimensión objetiva para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa

La discusión sobre si la susceptibilidad de afectación directa debe determinarse en base a una dimensión objetiva, subjetiva o ambas

no es nueva. Ya durante el proceso de consulta indígena del Decreto 66, algunas de las organizaciones consultadas postularon que la susceptibilidad de afectación directa existía cuando la medida causaba afectación en modos solo percibidos por los pueblos indígenas. En esto seguían, sin duda, al ex Relator para los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, James Anaya, quien sostuvo alguna vez que para verificar la necesidad de ser consultada, la decisión administrativa debe afectar a los indígenas en “*modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*”⁸.

El fallo de la Corte Suprema estableció que la mera percepción por parte de la Comunidad de que la medida le afecta directamente –dimensión subjetiva– no era suficiente para determinar que existe una afectación directa. Debe además concurrir –agregó la Corte– una dimensión objetiva para que exista dicha afectación.

“(...) no cabe poner en duda que la recurrente efectivamente percibe que la construcción de la medialuna le afecta directamente. Pero el solo hecho de esta percepción resulta insuficiente para concluir que la autorización de construir dicha media luna constituya una medida que la afecte directamente. La afectación directa exige, además de esta dimensión subjetiva, una dimensión objetiva que ha sido precisada por el Reglamento”.

Lo interesante es que, acto seguido e interpretando el artículo 7 del Decreto 66, la Corte Suprema señala que

“los factores determinantes de esta definición son culturales, de manera que no es necesario que se produzca una afectación material, económica o perjuicio de derechos jurídicamente definidos que una medida afecte directamente a los pueblos indígenas”.

Para el máximo tribunal, entonces, la apreciación sobre la concurrencia de esa dimensión objetiva tiene a factores culturales como elemento determinante. En consecuencia, la Corte Suprema centra su razonamiento en determinar si la entrega en comodato de un terreno para el desarrollo de actividades de rodeo es una medida susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas en su calidad de tales, considerando esos factores culturales.

⁸ ANAYA (2009) p. 16.

El meollo del argumento de la Corte Suprema se encuentra en el considerando octavo de la sentencia, donde el tribunal supremo arguyó que *“el hecho de que el predio en que se emplazaría la media luna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagonica a la mapuche”*.

Como se puede ver, la máxima corte concluye que la medida sí puede tener un impacto significativo sobre la Comunidad por cuanto el predio otorgado en comodato es vecino, con lo que parece estar afirmando un criterio de susceptibilidad de afectación directa por proximidad. A eso agrega que el impacto significativo se produciría sobre las tradiciones y costumbres ancestrales de la Comunidad, *“sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagonica a la Mapuche”*.

De este modo, la susceptibilidad de afectación directa se verificaría por la proximidad entre la medialuna y la Comunidad y por el impacto sobre sus tradiciones y costumbres, considerando las diferencias culturales existentes. La Corte Suprema reafirma así, correctamente a juicio de los autores, la exigencia de un elemento o dimensión objetiva para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa.

3.3.2. Proporcionalidad y razonabilidad como criterios para determinar la susceptibilidad de afectación directa

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado sobre las nociones de proporcionalidad y significancia (o razonabilidad, siguiendo a Carrasco⁹) como criterios que sirven para determinar la susceptibilidad de afectación directa¹⁰.

⁹ CARRASCO (2013) p. 313.

¹⁰ Véase el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso de la Línea Freire-Melipeuco con fecha de 8 de junio de 2012, en recurso de protección Rol N° 1602-2012. También siguen esta doctrina los fallos dictados por el máximo tribunal en los casos *Central Hidroeléctrica Pangui* (sentencia de fecha 21 de octubre de 2013, Recurso de Protección Rol N° 8616-2013) y *Aumento de Producción Piscicultura Caburga II* (sentencia de fecha 3 de abril de 2014, Recurso de Protección Rol N° 6427-2014).

En este sentido, la *proporcionalidad* puede ser entendida como la necesidad de que la determinación de la afectación directa, no sea consecuencia de un análisis desproporcionado de la situación.

Por otra parte, el criterio de la razonabilidad, relacionado con el anterior, implica la necesidad de analizar si la medida puede *razonablemente* afectar a los pueblos indígenas.

Núñez enuncia los criterios de proporcionalidad y razonabilidad de este modo:

“Proporcionalidad como estándar del juicio de apreciación. La Administración, sin abandonar el carácter preventivo que informa el sistema de evaluación ambiental, debe evaluar la afectación de acuerdo con el principio de proporcionalidad: el juicio de apreciación de la afectación no debe ser desproporcionado. Este juicio no es extraño en la región y recuerda la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que también extiende el estándar de proporcionalidad al escrutinio de medidas administrativas impugnadas por incumplir el deber de consulta. Ciertamente la proporcionalidad se vincula con el estándar de flexibilidad: el examen de afectación directa que no se mide con la vara de la proporcionalidad conduce al absurdo y suprime la posibilidad de flexibilidad que expresamente concede el art. 34 del Convenio”.

Y luego:

“Significación o relevancia de la afectación. El escrutinio del procedimiento administrativo que precede a la RCA debe ponderar la relevancia de la evidencia que demuestra la alteración significativa de las condiciones de vida de los pueblos o comunidades interesados. Para que conste la significación o relevancia de la afectación es necesaria una evidencia demostrable que vaya más allá de la simple oposición o de los trabajos que se realizan en áreas ya intervenidas y/o próximas a comunidades indígenas. La sola oposición de terceros no demuestra por sí misma la existencia de una afectación, ni directa ni indirecta. El proyecto debe presentar signos o evidencias de generar efectos en el medio ambiente y, por lo tanto, la conveniencia o necesidad de realizar un EIA en sustitución de una DIA, todo lo cual ha de solicitarse fundadamente. Por lo tanto, si la oposición carece de un “mínimo de justificación” o no se explicita

“en qué sentido ni en qué medida le afectaría el proyecto favorablemente calificado” no es posible objetar la legalidad de una resolución favorable de la autoridad”¹¹.

En cuanto al criterio de proporcionalidad, la sentencia del máximo tribunal ancla la susceptibilidad de afectación directa en la proximidad existente entre la medialuna y la Comunidad, considerando las diferencias culturales existentes entre aquella y el club de rodeo que pasaría a ser su vecino. Este elemento de proximidad parece satisfacer el criterio de proporcionalidad sobre todo desde que se encuadra en la necesaria exigencia de una dimensión objetiva para determinar la existencia de susceptibilidad de afectación directa.

No ocurre lo mismo, en cambio, con el estándar de razonabilidad. El fallo en comento no explica por qué la instalación de una medialuna sería causa directa de un impacto significativo y específico sobre la comunidad indígena en su calidad de tal, es decir, cómo afectaría el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras. A respecto, la mera afirmación o constatación de la existencia de diferencias culturales entre la comunidad reclamante y las que encarna la medialuna de la discordia no satisface, a juicio de los autores, el estándar de acreditación razonable de la susceptibilidad de afectación que el mismo máximo tribunal venía exigiendo consistentemente en su jurisprudencia previa. Se hacía necesario que la comunidad recurrente explicitara en qué medida la instalación de la medialuna afectaría el ejercicio de sus tradiciones y costumbres, de tal modo que quedara acreditada la susceptibilidad de afectación directa. En otras palabras, la proximidad era necesaria –en cuanto dimensión objetiva– pero no suficiente, faltando la acreditación razonable de la susceptibilidad de afectación.

El voto de minoría, en cambio, apunta directamente al criterio de razonabilidad, cuando establece que

“de la lectura del libelo de autos no se vislumbra la forma en que la medida administrativa adoptada por la Autoridad Municipal, esto es, la entregar en comodato de un inmueble al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas para la construcción y funcionamiento de una medialuna, cause un impacto significativo a la Comunidad recurrente, toda vez que no se ha acreditado que la ejecución de la

¹¹ Núñez (2014) pp. 323-324.

misma afecte el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o que tenga relevancia en lo tocante a la relación con sus tierras indígenas” (el destacado es de los autores).

En consecuencia, como puede apreciarse, la sentencia –con excepción del voto de minoría– no da cuenta del criterio de razonabilidad para efectos de determinar la susceptibilidad de afectación directa a la Comunidad.

3.3.3. La calidad de tierra indígena del terreno otorgado en comodato para la medialuna como elemento objetivo que incidiría en la procedencia de la consulta indígena

Otro aspecto relevante del fallo en comento es lo establecido en el considerando cuarto, en relación las reclamaciones que mantendría la Comunidad respecto al terreno entregado en comodato al Club de Rodeo Criollo Padre Las Casas.

En efecto, los recurrentes esgrimieron que la entrega en comodato del terreno en cuestión era susceptible de afectarles directamente pues dicho terreno provendría del mismo título de merced del que deriva el terreno en que habita la Comunidad y además porque mantienen reclamaciones vigentes a su respecto.

La sentencia parte por concluir que el predio no es ‘tierra indígena’ ya que *“para tener tal carácter el primer numeral del artículo 12 de la Ley N°19.253 exige que las tierras hayan estado ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas al momento de entrada en vigencia de dicha ley, requisito que no se cumpliría respecto de dicho predio”*. Y luego agrega que el hecho que la Comunidad tenga reclamaciones vigentes sobre el terreno *“resulta por sí solo insuficiente para estimar que la medida recurrida la afecta”*, puesto que además *“dichas reclamaciones no parecen estar amparadas en la legislación vigente”*.

De este modo, la sentencia viene a establecer que para que exista una afectación *“en lo tocante a la relación con sus tierras indígenas”*¹², el inmueble en cuestión (el terreno otorgado en comodato para la medialuna) debe tener la calidad de tierra indígena, debiendo ha-

¹² Decreto 66, Artículo 7.

ber adquirido tal calidad de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.253.

Hacemos presente que el criterio señalado es consistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema al estimar que la susceptibilidad de afectación directa se relaciona con la propiedad indígena, toda vez que en tanto las tierras no sean indígenas (de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.253), no sería posible comprobar una afectación directa a este respecto.

En otras palabras, como el terreno no tiene calidad indígena, no es relevante para determinar la susceptibilidad de afectación directa el hecho que sobre dicho inmueble existan reclamaciones por parte de la Comunidad. La lógica tras lo señalado por la Corte Suprema es que malamente podría intentarse un recurso de protección para el resguardo y restauración inmediata de derechos respecto de los cuales no se es titular.

En este sentido, como se ha comentado respecto a la sentencia de 8 de junio de 2012, dictada en el caso Línea de Transmisión Melipeuco-Freire, si la afectación se relaciona con la *tierra indígena* la Corte Suprema ha requerido la titularidad de la misma para verificar dicha afectación. Así, *“la Corte Suprema relaciona el concepto de afectación directa con el de propiedad indígena para determinar que, en consideración a que el área de influencia del proyecto no se encontraba en tierras de propiedad indígena (utilizando un concepto asociado a la existencia de títulos de propiedad), los recurrentes no habían “explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto”*¹³.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema privilegia la noción de tierra indígena según se la define en la Ley N° 19.253 por sobre la establecida en el artículo 14 del Convenio 169, que incluye el derecho a utilizar *“tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.”* Esta jurisprudencia es consistente con otros fallos de la Corte Suprema que se han referido a esta materia, tal vez con la notable excepción de la sentencia en el caso Chusmiza¹⁴.

¹³ NASH, NÚÑEZ y BUSTAMANTE (2014) p. 96.

¹⁴ Ejemplo de lo primero, es decir, del criterio mayoritario de la Corte Suprema en orden a privilegiar la noción de tierra indígena según se la define en la Ley N° 19.253

3.4. Integración pacífica de tradiciones culturales diversas como objetivo del Convenio 169 y de la consulta indígena. Sobre herencias y antagonismos culturales.

Se comentó al inicio que uno de los aspectos de interés de la sentencia es que en este caso la susceptibilidad de afectación directa se refiere a cuestiones de identidad y convivencia intercultural, una materia de creciente importancia para nuestro país considerando la situación que se vive en la zona centro-sur del país a raíz del mal llamado ‘conflicto mapuche’.

El considerando sexto de la sentencia abre la discusión cuando afirma que la instalación de una medialuna tiene por objeto la realización de manifestaciones culturales que no son indígenas (como el rodeo). Sin embargo, a renglón seguido se cuida de señalar que si bien dichas costumbres no son indígenas, ello no implica una imposibilidad de manifestarlas. Por ello, el Convenio 169 habría establecido la consulta indígena como un mecanismo que, si bien no constituye un derecho a veto, permitiría alcanzar un acuerdo con las comunidades afectadas. En efecto, señala la sentencia, uno de los objetivos del Convenio N° 169 sería la *“integración pacífica de tradiciones culturales diversas. Así se evita que la cultura dominante se imponga sin siquiera considerar los intereses culturales afectados”*.

Posteriormente, en el considerando octavo, la Corte Suprema agrega

“Que, sin embargo, el hecho de que el predio en que se emplazaría la medialuna es relativamente pequeño y es vecino del predio que habita la comunidad recurrente, sí es suficiente para estimar que la medida puede tener un impacto significativo sobre sus tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo si se trata de canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagonica a la mapuche”.

De lo expuesto, quisiéramos detenernos brevemente en dos de los puntos resaltados por la Corte Suprema: la integración como fin y objetivo del Convenio 169 y la afirmación sobre la proximidad de

por sobre la establecida en el artículo 14 del Convenio 169, son los fallos dictados en los roles N°3863-2012 y N°5860-2012, tratándose en ambos casos de ocupaciones de terrenos. El caso Chusmiza (Rol N°2840-2008), en cambio, es una controversia en un juicio de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en que el máximo tribunal recurrió al Convenio 169 para iluminar la voz ‘terrenos’ que emplea el artículo 64 de la Ley Indígena.

prácticas de herencias culturales antagónicas como fundamento de la decisión de confirmar la sentencia apelada.

En primer lugar, llama la atención que la Corte Suprema establezca que uno de los objetivos del Convenio 169 sea la “*integración pacífica de tradiciones culturales diversas*”. Es llamativo por cuanto ni en la génesis ni en el texto expreso del Convenio 169 (y por lo mismo tampoco en las disposiciones sobre consulta indígena), encontramos antecedentes que nos permitan concluir que la integración de tradiciones culturales diversas es un objetivo de la consulta.

Por el contrario, tal como expone Elina Mereminskaya, la noción de *integración* fue expresamente excluida en la discusión sobre la creación del Convenio 169. En efecto, señala que

“El paradigma del nuevo texto abandonó definitivamente el proyecto de integración y mestizaje. En efecto, el Secretariado, acorde con las tendencias y discursos de la época y apoyado por el Comité de Expertos a cargo de la revisión, declaró “destructivo” el concepto de integración”¹⁵.

Desde este punto de vista, el razonamiento de la Corte Suprema no sintoniza adecuadamente con el *ethos* del Convenio 169, aun cuando puede reconocerse que el debate sobre la utilización de la voz “integración” –en comparación con la idea de asimilación– sigue siendo álgido.

Por otro lado, sorprende la aseveración de la Corte Suprema en cuanto a que el emplazamiento de la medialuna supone “*canalizar una actividad deportiva de la herencia cultural antagónica a la mapuche*”, por lo que dada su proximidad con el terreno de la Comunidad ello gatillaría un impacto significativo sobre las tradiciones y costumbres ancestrales de aquella.

La sentencia no explica ni razona por qué el máximo tribunal de la República considera que se trata de ‘culturas antagónicas’. Si bien podría entenderse que un ministro o ministra de la Corte Suprema sostengan esa visión, al establecer que las culturas en cuestión son antagónicas el tribunal supremo se extralimita de su competencia y realiza una apreciación de mérito que no tiene sustento normativo alguno. Adicionalmente, este ‘antagonismo cultural’ tampoco fue alegado por los reclamantes, quienes se limitaron a exigir la realiza-

¹⁵ MEREMINSKAYA (2011) p. 222.

ción de un proceso de consulta indígena, sin siquiera sugerir que se trate de culturas enemigas o antagónicas.

El análisis sobre el fondo de la afirmación, es decir, el antagonismo cultural existente entre ambas culturas, excede sin duda el ámbito del derecho. Además, la sentencia no aporta razones que permitan concluir que la proximidad en la manifestación de estas tradiciones, supuestamente antagónicas, pudiera tener un impacto significativo sobre las tradiciones y costumbres ancestrales de la Comunidad.

Al respecto, resulta interesante detenerse en el último argumento esgrimido en el voto minoritario de la sentencia en comentario. En él se señala que dejar sin efecto los actos de la Municipalidad implicaría una grave afectación a la cultura del rodeo, ampliamente arraigada en la sociedad. De este modo, el razonamiento del voto minoritario radicaría en que acoger el recurso de protección interpuesto por la comunidad implicaría provocar un perjuicio mayor que el rechazo del mismo.

Es llamativo el hecho que la argumentación de la Corte Suprema, así como el voto minoritario, centren su análisis en una especie de competencia entre herencias culturales, y no en el objetivo de la consulta, cual es que las comunidades expresen su opinión respecto a una medida administrativa, *“de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*.

4. CONCLUSIONES

Las municipalidades no están eximidas del deber de consulta indígena cuando este es exigible en conformidad a la ley. El criterio de la Corte Suprema de recurrir al Decreto 66 para determinar la procedencia de la consulta indígena en este caso —aunque dicha reglamentación es facultativa para los municipios— es pragmático y sensato pues ofrece un marco de referencia ya vigente para definir cuestiones que de por sí son de difícil interpretación. También es correcto el criterio del máximo tribunal en orden a exigir una dimensión objetiva para apreciar si existe susceptibilidad de afectación directa. Al examinar la dimensión subjetiva, sin embargo, la Corte Suprema prescinde del criterio de razonabilidad desarrollado en su propia jurisprudencia anterior y no exige al recurrente el estándar de acreditación razonable de la susceptibilidad de afectación

directa, amparándose en cambio en la existencia de un supuesto ‘antagonismo cultural’ para concluir la existencia de dicha afectación.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, James (2009): “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf>
- CARRASCO QUIROGA, Edesio (2013): “Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N°169 de la OIT”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 40 - N°1, enero-abril 2013, pp. 301-316.
- CEACR OIT (2017): “Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2017 (I). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Organización Internacional del Trabajo; Informe III (parte 1 A), pp.637-639.
- DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián (2014): “Declaraciones de impacto ambiental y consulta indígena en el SEIA: comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT”, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y otros (eds.): *Sentencias Destacadas 2013, una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia* (Ediciones LyD), pp. 57-83.
- MEREMINSKAYA, Elina (2011): “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas”, en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N°121, verano 2011.
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YÁÑEZ, Nancy; y SILVA, Hernando (2014): “El Derecho a la Consulta y su Incorporación al Sis-

tema Jurídico Chileno”, disponible en: <https://observatorio.cl/el-derecho-a-la-consulta-de-los-pueblos-indigenas/>.

NASH, Claudio; NÚÑEZ, Constanza; y BUSTAMANTE, MINDA (2014): “Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio (2014): “La consulta indígena en el procedimiento de calificación ambiental: desarrollo reglamentario y configuración judicial”, en COUSO, Javier (editor): *Anuario de Derecho Público 2014*, Ediciones Universidad Diego Portales, 317-338.

