

La consulta indígena ante la jurisprudencia: cinco años (2020-2024)¹

Tomás Blake²
José Miguel Valdivia³

A 10 años de la dictación del DS 66, que regula el procedimiento de consulta indígena (el "Reglamento de Consulta" o el "Reglamento")⁴, el Ministerio de Desarrollo Social dispuso recientemente el inicio de un proceso de modificación de tal reglamento⁵. Con ocasión de este anuncio, y a casi dos décadas de la entrada en vigencia del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales (el "Convenio 169")⁶, que introdujo el mecanismo de consulta en nuestro ordenamiento, estimamos oportuno reflexionar sobre los efectos de su aplicación práctica. En este comentario analizamos críticamente el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la consulta indígena, cuyos contornos han sido definidos principalmente en sede de recurso protección.

I. El régimen de procedencia de la consulta indígena

Uno de los aspectos que mayor debate suscitó durante la tramitación y primeros años de aplicación del Convenio 169 fue el deber de consultar a los pueblos interesados previo a la adopción de medidas "susceptibles de afectarles directamente" (art. 6.1.a)⁷. Aunque este estándar fue validado por el Tribunal Constitu-

cional como una norma de carácter "auto-ejecutable"⁸, es evidente que, por sí misma, la regla no provee mecanismos para dar operatividad al deber de consulta.

Esta es la función principal del Reglamento de Consulta, cuya modificación ha comenzado a discutirse. Sin embargo, su contenido no se limitó a aspectos procedimentales, pues también contiene reglas de concreción sustantiva, como ocurre precisamente con el estándar de procedencia de la consulta. Al respecto, el Reglamento de Consulta dispone que:

"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, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales" (art. 7).

Aunque se han formulado críticas a la compatibilidad de la regulación reglamentaria con el estándar establecido en el Convenio 169⁹, el Reglamento de Consulta no ha recibido reproches formales y en la actualidad surte plenos efectos. También se ha sostenido que el estándar de susceptibilidad de afectación directa no sería el único contemplado en el Convenio, pues en materia de explotación de recursos naturales ubicados en tierras indígenas (art. 15 N° 2) la consulta procedería conforme a criterios más laxos¹⁰. Aunque es

¹ El impulso de este comentario surge de un seminario de discusión organizado por el profesor Cristóbal Carmona en la Universidad Diego Portales, con quien uno de los autores sostuvo un estimulante intercambio de ideas. Nuestros agradecimientos para él.

² Master en derecho público por la University College London; Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez; Profesor de derecho administrativo, Universidad Diego Portales.

³ Doctor en Derecho, Universidad París II, Panthéon-Aspas; Abogado, Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo. Universidad de Chile.

⁴ Decreto Supremo N° 66, de 4 de marzo de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

⁵ Resolución Exenta N° 349, de 10 de octubre de 2024, del Ministerio de Desarrollo Social.

⁶ Decreto Supremo N° 236, de 14 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁷ Véase, entre otros, Santiago MONTT y Manuel MATTA (2011), "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos* (121); y José Miguel Valdivia (2011), "Alcances jurídicos del Convenio 169", *Estudios Públicos* (121).

Artículo recibido el 11 de diciembre de 2024 y aceptado el 12 de diciembre de 2024.

⁸ Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, Rol 309.

⁹ Luis Fernando Astudillo, ¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas?, *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 2017, pp. 129-152.

¹⁰ Cristóbal CARMONA (2020), Minería en territorio indígena: Analizando la ausencia de consulta en el otorgamiento de concesiones mineras en Chile, *Revista de Derecho de la PUCV*, vol. 55(2), p. 169.

discutible que esa norma se aparte del estándar de susceptibilidad de afectación directa, pues puede entenderse como una hipótesis de afectación directa calificada por el propio Convenio, su ámbito de aplicación es, en todo caso, restringido. Según se verá, la consideración de tal regla tampoco varía el análisis que se ofrece en este comentario.

Finalmente, una regla que ha comenzado a generar problemas en la práctica dice relación con el órgano a cargo de conducir el proceso de consulta. Conforme al Reglamento, esta responsabilidad corresponde al "órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta" (art. 12). A este respecto, es legítimo preguntarse, desde la perspectiva de una mejor regulación, si es conveniente que esta función pueda recaer en cualquier órgano, o si no resulta más adecuado concentrar su conducción en un órgano especializado. Uno de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la materia, sin embargo, ha planteado una pregunta hasta el momento inédita: ¿puede recaer el deber de consulta sobre una empresa privada?

A continuación, se analiza una selección de casos que nos parece demostrativa de una tendencia preocupante de la Corte Suprema, consistente en imponer el deber de consulta indígena ante la más mínima duda, con prescindencia de la regulación sobre la materia.

II. Jurisprudencia (2020-2024)

En el caso *Comunidad Indígena Ñielay Mapu con Ministerio Bienes Nacionales*¹¹ se recurrió contra un decreto que dispuso la rectificación de unos deslindes del Parque Nacional Puyehue, que por error incluyó ciertos retazos de terrenos privados¹². La Corte de Valdivia rechazó el recurso pues el recurrente no explicó "en forma concreta cómo la modificación de los deslindes podría afectar" las garantías invocadas, ni acompañó antecedente alguno que demuestre tales afectaciones (c. 7º). La Corte Suprema revocó el fallo sobre la base de que "cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella" (c. 4º)¹³.

¹¹ Corte Suprema, 9 de septiembre de 2020, rol 20.389-2019.

¹² Decreto Supremo N° 145, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 21 de diciembre de 2017.

¹³ Un criterio igualmente laxo en cuanto a la susceptibilidad de impacto se aprecia en el caso *Fernández con Seremi de Energía*, donde se confirmó el deber de consulta respecto de una invitación de la División de Participación

En el caso *Canimán con Conaf*¹⁴ se recurrió contra una resolución de la Corporación Nacional Forestal de octubre de 2019 que adjudicó el reinicio de unas obras de mejoramiento del Parque Nacional Villarrica¹⁵, paralizadas desde 2015 tras el término anticipado del contrato original. La Corte de Temuco rechazó el recurso, en primer término, por ejercerse fuera de plazo al constatar que los recurrentes tuvieron conocimiento del proceso licitatorio mucho antes de la resolución que readjudicó las obras de mejoramiento. Sobre el fondo, la Corte descartó susceptibilidad de afectación sobre la base de lo informado por los organismos competentes que descartaron "antecedentes de que Comunidades Indígenas se localicen al Interior del Parque Nacional Villarrica", "la existencia de tierras indígenas" o el ejercicio de "tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales" (c. 7º).

Al igual que en el caso del Parque Nacional Puyehue, la Corte Suprema ordenó la consulta sosteniendo que "todo proceso que derive en decisiones que puedan afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella". Agregó que "las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente" (c. 9º).

En el caso *Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue con Consejo de Monumentos Nacionales*¹⁶ se recurrió contra una decisión del Consejo que desestimó la necesidad de consulta para efectos de llevar cabo una caracterización superficial de ciertos hallazgos, con ocasión de las obras de la polémica Central Hidroeléctrica Los Lagos. Tras acreditarse que la "caracterización es una actividad preliminar, descriptiva y mínimamente invasiva", cuyo propósito es determinar la necesidad de medidas más intensas, la Corte de Valdivia rechazó la necesidad de consulta (c. 3º). La Corte Suprema revocó el fallo declarando que "ante la posibilidad de afectación directa –por acción u omisión– de intereses culturales o espirituales de pueblos originarios", procede la realización de la consulta (c. 12).

del Ministerio de Energía a un proceso participativo para la elaboración de una guía no vinculante para desarrollo de proyectos. Corte Suprema, 1 de junio de 2021, rol 125.619-2020.

¹⁴ Corte Suprema, 29 de marzo de 2021, rol 138.439-2020.

¹⁵ Resolución N° 510, de 2 de octubre de 2019.

¹⁶ Corte Suprema, 19 de noviembre de 2021, rol 17.289-2021.

En el caso *Comunidad Indígena Atacameña de Camar con Subsecretaría de Minería*¹⁷ se recurrió contra un decreto que “estableció los requisitos y condiciones del contrato especial de operación para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio que el Estado de Chile suscribirá, conforme a las bases de licitación pública, nacional e internacional, que se aprobarán para tales efectos”¹⁸. El decreto no especificó áreas geográficas, aspecto que recién se definiría cuando los interesados formularan sus proyectos, momento en el cual correspondería determinar los permisos y requisitos aplicables. Así lo entendió la Corte de Antofagasta al declarar que el decreto impugnado “es un acto administrativo que tiene por objeto fijar los requisitos y condiciones que futuros interesados deben cumplir”, al momento de formular “cada proyecto minero en particular” (c. 9°).

La Corte Suprema estimó que “el mecanismo propuesto por la autoridad administrativa en el Decreto impugnado eludió un deber en lo relativo a la completa determinación del objeto de licitación, pues omitió la individualización del lugar geográfico en que se desarrollará la actividad minera”. En estas circunstancias, sostuvo que “no resulta procedente determinar a ciencia cierta, cuáles son las comunidades, personas y eventuales otros titulares de derechos que pudiesen resultar afectados” (c. 9°). Así, en lugar de descartar la procedencia de consulta por no verificarse aun ninguna afectación directa, la Corte cuestionó el acto para que concrete las afectaciones y de esa forma deba someterse al trámite de consulta. Un caso análogo se resolvió el mismo día con idéntico criterio (*Sandon con Piñera*)¹⁹.

El caso *Barría con Brodsky*²⁰ plantea una situación paradójica. Con ocasión de obras de ampliación del denominado *Mall de Castro*, el Consejo de Monumentos Nacionales declaró zona típica el casco histórico de la ciudad de Castro, sometiendo el área a un régimen más estricto de protección. Contra esta decisión se presentaron diversos recursos protección: de empresas afectadas, la municipalidad, vecinos y una comunidad indígena. Entre otras alegaciones, se reclamó que el acto recurrido incurría en desviación de poder pues “únicamente tuvo por finalidad ‘frenar’ un proyecto

inmobiliario”²¹. Por su parte, la comunidad indígena alegó la ausencia de consulta previo a la adopción de la medida. La Corte de Puerto Montt rechazó los recursos descartando ilegalidades en el proceso declaratorio de zona típica (c. 6°) y desestimando un “supuesto impacto significativo en la cultura de los pueblos originarios” que pudiera derivarse a partir del acto impugnado (c. 11).

La Corte Suprema reiteró su jurisprudencia sobre la procedencia de la consulta ante la “posibilidad de afectación directa de los pueblos indígenas” (c. 4°), entendiendo que al existir “organizaciones indígenas legalmente constituidas en torno al área determinada como ZT”, procedía la realización de la consulta indígena (c. 5°)

En el caso *José Pangulef Aclfulef con Gobierno Regional de Los Ríos*²² se recurrió contra un convenio entre el Gobierno Regional de Los Ríos y la Corfo para desarrollar un modelo de desarrollo turístico en torno al cordón andino de la Región de Los Ríos. La Corte de Valdivia desestimó la necesidad de consulta indígena pues “nos encontramos solo frente a un diseño de un prototipo de productos de turismo de montaña, elaboración de un plan de buenas prácticas, [y] desarrollo de un plan de capacitaciones” (c. 6°). La Corte Suprema declaró que en presencia “de comunidades indígenas aledañas” procedía realizar la consulta (c. 10).

El caso *Comunidad Indígena Cacique Nahuelcheo Nahuelpan con WOM S.A.*²³ marca el último hito de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Diversas comunidades indígenas recurrieron de protección contra la instalación de una antena soporte en un predio colindante al de los recurrentes. La Corte de Temuco rechazó el recurso constatando, en primer lugar, que la consulta indígena es una exigencia respecto de las decisiones de los órganos del Estado y no de particulares: “en el presente caso no existe decisión del Estado pendiente que permita disponer la necesaria realización del trámite en cuestión” (c. 8°). Asimismo, la Corte dio cuenta de que conforme a lo informado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y la Municipalidad de Padre Las Casas “la empresa recurrida efectivamente ha realizado todos los trámites legales a que

¹⁷ Corte Suprema, 1 de junio de 2022, rol 99-2022.

¹⁸ Decreto Supremo N° 23, del Ministerio de Minería, de 13 de octubre de 2021.

¹⁹ Corte Suprema, 1 de junio de 2022, rol N° 8.507-2022

²⁰ Corte Suprema, 1 de agosto de 2023, rol 162.630-2022.

²¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2 de diciembre de 2022, rol 3.846-2022.

²² Corte Suprema, 19 de agosto de 2024, rol 248.394-2023.

²³ Corte Suprema, 27 de agosto de 2024, rol 248.067-2023.

está obligado, sin que se le pueda reprochar ilegalidad alguna en su actuar" (c. 9°).

La Corte Suprema descartó que el procedimiento reglado para la autorización de una estación base impidiera la realización de una consulta indígena, pues las comunidades indígenas "se encuentran reglamentadas por una legislación especial, que el Estado, igualmente, se encuentra obligado a cumplir, en consecuencia, la no aplicación de dicha normativa, por el órgano administrativo, al momento de verificar que el particular ejecutara su proyecto, redunda en que el actuar de ninguno de ellos se ajuste a derecho" (c. 11). Luego, fundándose en "el juicio de igualdad Aristotélico", la Corte concluyó que "tratándose de un proyecto en que existe susceptibilidad de afectación de las comunidades indígenas" debió realizarse la consulta pues "tal carencia torna en ilegal las decisiones" incumpliendo un deber "que debía acatar la autoridad y, consecuentemente, el particular por imperativo legal". Así, la Corte revocó la sentencia y dispuso: "que la recurrida asesorada por las autoridades competentes deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena" (c. 14).

III. Comentarios

Según puede apreciarse, la tendencia jurisprudencial es claramente expansiva. Su método es persistente: pretende beber directamente de instrumentos (o meras orientaciones) del derecho internacional, aun con prescindencia del marco normativo interno. La letra del reglamento, de hecho, parece puramente referencial para la Corte Suprema, cuya interpretación se traduce en imponer la consulta como regla general, aun en casos dudosos.

El caso WOM, en que se impone el deber de consulta sobre una empresa privada, es una muestra especialmente elocuente de esta corriente. Es bastante obvio que empresas privadas no pueden adoptar medidas administrativas o legislativas, como las que el Convenio 169 somete al requisito de la consulta. Posiblemente han pesado aquí las prácticas del ámbito medio ambiental, donde el promotor del proyecto tiene un protagonismo central en la marcha del procedimiento. Con todo, antes de ceder al embrujo de la participación indígena, debe atenderse a quién es el sujeto obligado a desarrollarla: la ejecución de la consulta por un organismo público brinda, a priori, garantías de objetividad e imparcialidad (y más en general, de legalidad y control), que no se obtienen de modo equiparable mediante la gestión

privada. Más ampliamente, en clave funcional, la consulta sirve para ilustrar la decisión de los agentes estatales de cara al establecimiento de medidas administrativas o legislativas, sin que parezca apropiada para orientar la política de negocios de una empresa.

La Corte razona en forma expansiva, como si el único factor relevante fuese la eventualidad de afectación de intereses conexos con grupos indígenas. ¿No entran en juego otros intereses dignos de protección? El estándar jurisprudencial definido por la Corte Suprema protege a rajatabla a los indígenas, prácticamente sin discriminación: en la duda, se consulta. Este estándar se aprecia con claridad en el caso del Parque Nacional Puyehue, donde la cuestión recae en la mera rectificación de sus deslindes, condicionada por la titularidad estatal de la tierra. La decisión *per se* no afecta intereses indígenas, en cuanto solo desafecta terrenos de propiedad privada que por error se tuvieron por públicos. Lo mismo ocurre en Parque Nacional Villarrica, donde no se discute sobre la atribución original de obras en el parque, sino la sustitución de un contratante por otro para culminarlas. La medida en cuestión carece de efecto innovativo, pero para la Corte aparece de todos modos como potencialmente atentatoria de intereses indígenas.

La cláusula del Convenio que habilita a la consulta porta consigo elementos para una interpretación razonable del alcance de la obligación. No se refiere en abstracto a susceptibilidad de afectación de intereses indígenas, sino a afectación directa de tales intereses. Mientras esta segunda parte restringe la procedencia de la consulta, la jurisprudencia está más atenta a la primera parte, que parece ampliarla. Ya va siendo hora de una lectura comprensiva de las condiciones de procedencia de este mecanismo de participación, que brinde certeza a todos los interesados. El anuncio de modificación del Reglamento de Consulta es una oportunidad para intentar encauzar una jurisprudencia que parece requerir reglas más específicas.

Por cierto, la muestra que antecede es necesariamente una selección parcial de la jurisprudencia recaída en la exigencia de someter a consulta indígena determinadas medidas, pero que parece dar cuenta de las orientaciones que se han ido imponiendo desde la Corte Suprema sobre los demás tribunales del país en los últimos años. Los recientes cambios en la integración de la Tercera Sala de la Corte Suprema pueden anunciar también transformaciones significativas de las soluciones imperantes en el derecho positivo.