



# JUSTICIA AMBIENTAL *y Climática*

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL DE LA ONG FIMA

AÑO XI, N° 11 / DICIEMBRE 2019

Con derecho al ambiente



**FIMA**

ONG - Desde 1998



# JUSTICIA AMBIENTAL

**Consejo Editorial:**

Álvaro Fuentealba Hernández, Raul Campusano Droguett,  
Rodrigo Polanco Lazo, Fernando Dougnac Rodríguez,  
Francisco Ferrada Culaciati, Raúl Letelier Wartenberg,  
Ezio Costa Cordella y Gabriela Burdiles Perucci.

**Director General:**

Raul Campusano Droguett.

**Editor:**

María Victoria Galleguillos Alvear.

**Colaborador a la Edición:**

Constanza Gumucio Solis.

**Auspicia:**

Fundación Heinrich Böll.

**Publicado por la ONG Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA**

ISSN N° 0718-736x - Santiago de Chile.

**Representante Legal:**

Fernando Dougnac Rodríguez.  
Mosquito 491, oficina 312, Santiago / (56-2) 2664 4468  
[www.fima.cl](http://www.fima.cl)

**Diseño portada e interior:**

Carolina Quinteros Muñoz.

**Fotografía:**

Ezio Costa Cordella  
Mariposa Monarca (*Danaus plexippus*)  
Argentina, 2019.

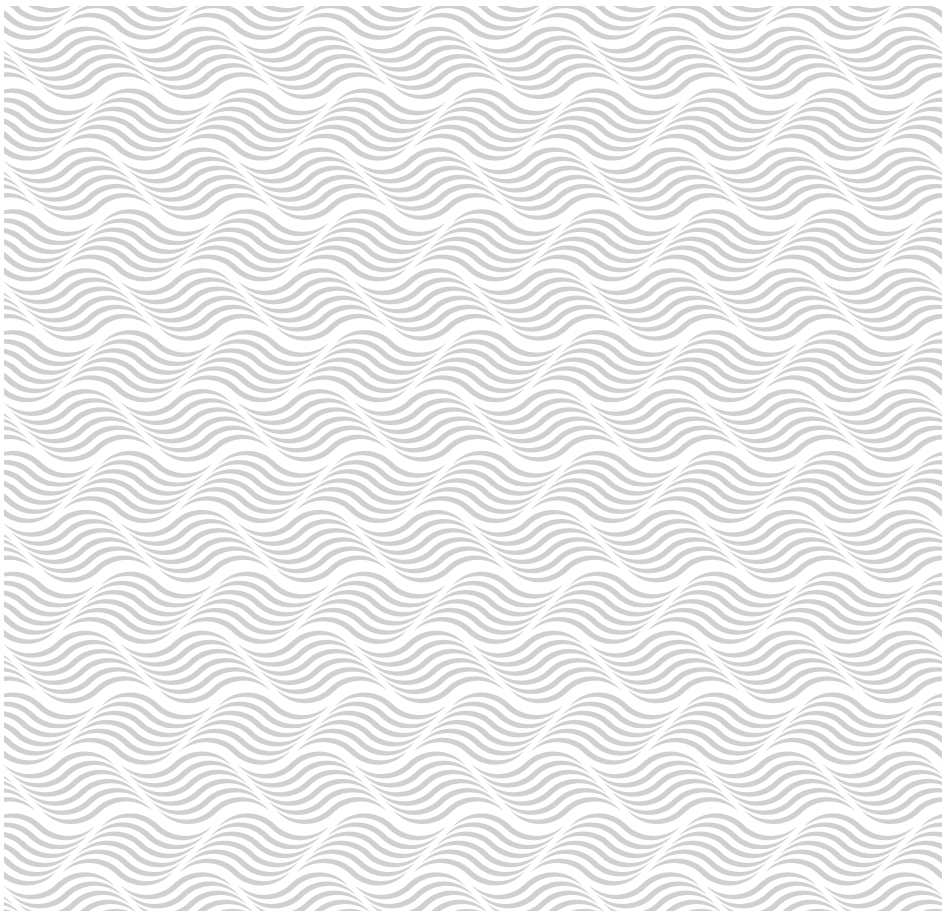
**Impresión:**

Jorge Luis Roque Muñoz.

**“Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.”**



/ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA /



# Las Asociaciones de comunidades indígenas y el alcance de la discrecionalidad de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero en la Ley Lafkenche

Felipe Andrés Guerra Schleef

Abogado, Universidad Austral de Chile (UACH)

Magister en Derecho, Mención en Derecho Público, UACH

Doctorando del programa de Doctorado en Derecho, UACH

Abogado en el Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano

[felipe.guerra.schleef@gmail.com](mailto:felipe.guerra.schleef@gmail.com)

El dictamen que se examina (N° 25.295, de fecha 8 de octubre de 2018), corresponde a lo que en el ordenamiento jurídico chileno se conoce como "jurisprudencia administrativa", que resulta del ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República (CGR)<sup>1</sup>. Se trata de una potestad que ha sido caracterizada por la doctrina administrativa tradicional, así como por la propia CGR, como aquella donde se ha identificado su función de interpretar las disposiciones administrativas mediante informes jurídicos obligatorios para la Administración, con un sistema de precedentes obligatorios, que le otorga previsibilidad a la actuación administrativa<sup>2</sup>. De esta forma, los dictámenes de la

1 El fundamento legal de la facultad de dictaminar de la CGR se encuentra en el artículo 6° del Decreto N° 2.421 de 10 de julio de 1964, que fija el texto refundido de la Ley en de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

2 En este sentido, MILLAR, Javier 2012. El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: Una revisión a la luz del estado de Derecho. En: Contraloría General de la República. *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*. Santiago, Chile. 2012. p. 420. Tal como ha sido señalado por la CGR: "[...] la emisión de la jurisprudencia administrativa permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable [...]. Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica– permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes" (dictamen N° 61.817 de 2006; en el mismo sentido, dictamen N° 35.397 de 2007). Es importante destacar que, si bien la jurisprudencia administrativa de la CGR ha jugado un rol estabilizador de la administración chilena y, en muchos casos, ha permitido integrar vacíos legales de la regulación administrativa, no ha estado exenta de críticas, debido a la tensión y riesgos que provoca en nuestro sistema jurídico constitucional y democrático. Tal como ha señalado Cordero, la manera en que la CGR ha ejercido su potestad dictaminante, más allá de transformarla en custodia del principio de legalidad y supremacía constitucional en sede administrativa, la ha posicionado como un verdadero "legislador positivo", con potestades "prácticamente ilimitadas", "[...] que colocan en entredicho un sistema democrático en que el derecho es legislado y está sujeto a escrutinio". CORDERO VEGA, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. *Anuario de Derecho Público*. Santiago, Chile. 2010. p. 187.

CGR se insertan en el discurso de las fuentes del derecho administrativo chileno<sup>3</sup>.

En este caso, el dictamen que se analiza se emite a solicitud de la Subsecretaría del Interior y trata de aspectos relevantes de la Ley N° 20.249 (también conocida como "Ley Lafkenche")<sup>4</sup>. Esta ley fue adoptada en 2008, luego de un emblemático proceso de diálogo intercultural entre autoridades del Estado de Chile y organizaciones *mapuche-lafkenche* que habían comenzado a movilizarse a comienzos de la década de 1990, en respuesta a las consecuencias negativas que generó la dictación de la Ley de Pesca y Acuicultura –regulación privatista heredada de la dictadura<sup>5</sup>– en sus patrones y formas de uso consuetudinarios del borde costero<sup>6</sup>. De esta forma, esta legislación establece por primera vez en Chile un procedimiento para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas cuyos sistemas de vida y culturas han estado estrechamente vinculados al borde costero y a la disponibilidad de los recursos marinos. Dicho reconocimiento se concreta por medio de una figura administrativa concesional denominada "Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios" (ECMPO), que tiene como objetivo "[...] resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las

3 En este sentido, CORDERO, Luis. Op. Cit. p. 180.

4 En este caso, la CGR realiza lo que la doctrina administrativa ha denominado "control jurídico objetivo y abstracto", en contraposición al "control jurídico subjetivo de tutela", teniendo el primero consecuencias claramente adjudicativas, destinadas a la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas, también admisible en el marco de su potestad de dictaminar. En este sentido, CORDERO, Luis. Op. Cit. p. 187.

5 Por regulación privatista me refiero a una que promueva el desarrollo de derechos de propiedad privada sobre un sistema de recursos de uso común. A pesar de las dificultades para explicar qué entendemos por derechos de propiedad privada sobre recursos naturales, siguiendo a Hervé, es posible señalar que esta se "[...] caracteriza porque las decisiones sobre su acceso, uso y aprovechamiento dependen del individuo (sea persona natural o jurídica)". En HERVÉ, Dominique. *Justicia ambiental y recurso naturales*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2015. p. 197. Sin embargo, tal como señala Ostrom, utilizando como ejemplo la constitución de derechos de propiedad privada sobre los recursos pesqueros: "Resulta difícil saber con exactitud qué quieren decir los analistas cuando se refieren a la necesidad de desarrollar derechos privados sobre ciertos recursos de uso común (RUC). Es claro que cuando se refieren a la tierra significa dividirla en parcelas separadas y asignar derechos individuales para tener, usar y transferirlas como lo deseen los propietarios individuales (sujetos a las normas generales de una jurisdicción en lo que respecta al uso y transferencia de la tierra). Respecto a los recursos no estacionarios, como el agua o las pesquerías, no es claro el significado de establecimiento de derechos privados. [...] Respecto a un recurso fugitivo, pueden establecerse diversidad de derechos otorgando derechos individuales para utilizar tipos particulares de equipo, usar sistemas de recursos en un determinado tiempo y lugar o para extraer ciertas unidades de recurso (si pueden encontrarse). Pero incluso cuando los derechos particulares son unificados, cuantificados y vendibles, es muy probable que la propiedad del sistema de recursos sea común mas que individual. Una vez más, en lo referente a las pesquerías, Clark argumenta que la propiedad común es el hecho fundamental que afecta a casi cualquier régimen de administración de pesquerías" (1980, p. 117)". En OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Mexico. Fondo de la Cultura. 2000. p. 41.

6 En este sentido: YÁÑEZ, Nancy. Otras legislaciones aplicables a los pueblos indígenas. En: José Aylwin (Coord.), Matías Meza-Lopehandía, y Nancy Yáñez. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago, Chile. LOM Ediciones. 2013. p. 192 y ss.; ESPINOZA ARAYA, Claudio. Ley del borde costero y cuestión étnica en Chile: Del discurso a la práctica política. *UNIVERSUM*. Talca, Chile. Universidad de Talca. 2016. 1(31); GISSI, Nicolás, et al. El Estado chileno, los lafkenche y la Ley 20.249: ¿Indigenismo o política del reconocimiento?. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. Valdivia, Chile. 2017.32. [consulta: 2.4.2019]. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n32/art01.pdf>; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. La Ley Lafkenche. Análisis y perspectivas a 10 años de su entrada en vigor. Valparaíso, Chile. Biblioteca del Congreso Nacional. 2018. [consulta: 24.04.2019]. p. 5-6. Disponible en: [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25431/1/BCN\\_FINAL\\_La\\_Ley\\_Lafkenche\\_10\\_anos\\_despues\\_2018.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25431/1/BCN_FINAL_La_Ley_Lafkenche_10_anos_despues_2018.pdf).

comunidades vinculadas al borde costero" (artículo3).

Los aspectos regulatorios sobre los cuales la Subsecretaría del Interior requiere una interpretación de parte de la CGR son dos. El primero de ellos respecto a la admisibilidad o rechazo de solicitudes presentadas por asociaciones indígenas de hecho o no constituidas conforme a la ley N° 19.253 ("Ley Indígena"), que pretenden adjudicarse un ECMPO conforme a la Ley Lafkenche. En segundo lugar, la Subsecretaría del Interior solicita aclarar hasta dónde puede pronunciarse la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) respecto de la superficie solicitada y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Como es posible apreciar, el primer problema interpretativo que se plantea pareciera corresponder a uno de ambigüedad de la definición de "Asociación de comunidades indígenas" en la Ley Lafkenche, contenida en su art. 2 letra a), en cuanto eventual titular de una solicitud de ECMPO, para efectos de determinar la admisibilidad de dicha solicitud. En específico, utilizando las distinciones ofrecidas por Hospers, se trataría de una clase de *ambigüedad semántica*, en contraposición a la *ambigüedad sintáctica*, que puede corregirse cambiando el orden de las palabras en la definición de "Asociación de comunidades indígenas" de la Ley Lafkenche<sup>7</sup>. En efecto, lo que es posible colegir de la consulta efectuada a la CGR y la forma en que esta la reconstruye en su dictamen, es que sería posible atribuirle más de un significado (S) al uso de la palabra "Asociación" en la Ley Lafkenche, pudiendo referirse: solo a *Asociaciones de comunidades indígenas de hecho* (S1), a *Asociaciones indígenas constituidas conforme a la Ley Indígena* (S2), o bien a ambos tipos de asociaciones (S1 y S2).

Para resolver esta cuestión, la CGR despliega diversas operaciones interpretativas (algunas de forma simultánea), donde es posible distinguir –utilizando el aparato metodológico y conceptual de Chiassoni– entre aquellas pertenecientes al ámbito de la *interpretación metatextual* y aquellas del ámbito de la *interpretación textual*. En efecto, la CGR comienza efectuando operaciones de *interpretación metatextual*, consistente en la interpretación de los artículos o apartados pertinentes de diversos documentos normativos –de la Ley Lafkenche y su reglamento, así como de la Ley Indígena–, con el fin de identificar una *base enunciativa*, es decir, "[e]l conjunto de las disposiciones de las que obtener normas útiles para regular un caso, mediante interpretación textual"<sup>8</sup>. De forma simultánea, la CGR lleva a cabo, aunque no de forma manifiesta, una interpretación literal

7 HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. (2ª edición). Madrid, España. Alianza Universidad Textos. 1982. p. 108.

8 CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid-Barcelona, España. Marcial Pons. 2011. p. 70

de la disposición que define lo que se entiende por “Asociación de comunidades indígenas” en la Ley Lafkenche. Sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante destacar cómo, a un nivel semántico-pragmático de la interpretación, la CGR procede a determinar el *significado de conjunto* de la definición legal de “Asociación de comunidades indígenas” en la Ley Lafkenche. Dicho *significado de conjunto* depende de la definición legal de “Asociación de comunidades indígenas”, pero, además, del contexto lingüístico específico de las disposiciones, constituido por el entero documento normativo al que pertenecen las disposiciones que hay que interpretar –la Ley Lafkenche–, y por el intertexto de las disposiciones, compuesto por el otro texto normativo que se articuló en el discurso de las fuentes en este caso –la Ley Indígena–.

Lo anterior le permite concluir a la CGR, en cuanto a quiénes pueden presentar (ser titulares) solicitudes ECMPO, según el art. 2º de la Ley Lafkenche, que:

“[...] lo puede hacer solo una “comunidad indígena” o bien una “asociación de comunidades indígenas”, debiendo entenderse por esta última aquella agrupación de hecho formada por comunidades indígenas, cada una de las cuales deben estar legalmente constituidas.

En cambio, las “asociaciones indígenas” reguladas por la anotada ley N° 19.253, no están reconocidas como habilitadas para formular tal requerimiento [...]”.

Al analizar la justificación que ofrece la CGR a favor del producto de su interpretación, es posible afirmar que esta utiliza un argumento interpretativo de congruencia (coherencia) teleológica, el cual, de acuerdo a Chiassoni: “[...] prohíbe derivar de las disposiciones, como sus significados correctos *all things considered* o habida cuenta de todo, normas explícitas que sean incongruentes, desde el punto de vista de su eficiencia instrumental, respecto de un fin impuesto por una o más *normas* –formalmente o axiológicamente– *superiores* del sistema”<sup>9</sup>. En este

---

9 Ibid. p. 121. En el modelo de Chiassoni, este tipo de argumentos interpretativos corresponde a un tipo de directivas secundarias, que regulan el uso de las directivas primarias. Más específicamente, se trata de un tipo de directiva secundaria preferencial inhibitoria. Como sostiene Chiassoni, “[e]n un código hermenéutico bien construido, las *directivas secundarias* regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar la corrección total –o habida cuenta de todo– de las interpretaciones producto obtenidas sobre la base de estas” (p. 111). Según este autor, se trata de un conjunto de elementos funcionalmente heterogéneos, entre los cuales se pueden distinguir directivas de tres tipos diversos: 1) Directivas selectivas; 2) Directivas procedimentales; y 3) Directivas preferenciales. Tal como señala Chiassoni, este último tipo de directivas secundarias establece “[...] bajo qué condiciones el resultado de las aplicaciones de una directiva primaria, o de un conjunto unitario de directivas primarias, puede, *habida cuenta de todo*, ser adscrito a una disposición como ‘su’ significado jurídicamente correcto” (p. 114). En este tipo de directivas secundarias, Chiassoni distingue entre directivas *comparativas* (positivas), por un lado, y directivas *inhibitorias* (negativas), por el otro, dependiendo de si establecen condiciones en presencia de las cuales un significado, adscribible a una disposición sobre la base de una directiva primaria cualquiera, puede o no serle atribuido, respectivamente.

caso, la CGR identifica el fin impuesto por la norma con: “[...] permitir que varias comunidades indígenas creadas en la forma que señala la Ley Indígena, puedan solicitar un ECMPO asociándose entre ellas, sin necesitar constituirse como una figura jurídica distinta para presentar la referida solicitud”.

Ahora bien, el segundo problema interpretativo planteado a la CGR –relativo al alcance del pronunciamiento de la CRUBC respecto de la superficie solicitada como ECMPO y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la CONADI–, corresponde a uno de indeterminación (vaguedad) de las normas abstractas<sup>10</sup>.

Para resolver esta cuestión, la CGR nuevamente despliega diversas operaciones interpretativas, comenzando por identificar el conjunto de las disposiciones de la Ley Lafkenche de las que obtener normas útiles (*base enunciativa*), para luego realizar una interpretación textual a un nivel semántico-pragmático, con el propósito de determinar el *significado de conjunto* de las disposiciones que regulan el alcance del pronunciamiento de la CRUBC respecto de la superficie solicitada como ECMPO y acreditada en el informe de uso consuetudinario que elabora la CONADI.

El producto de la interpretación efectuada en este caso por la CGR, consiste en que “[...] la CRUBC sí puede modificar el ECMPO solicitado, por resolución fundada, pero sólo respecto de aquel espacio requerido originalmente [...] y cuyo uso consuetudinario fue acreditado”. Para motivar su resultado interpretativo, que pareciera tácitamente derivarse de una interpretación literal de las disposiciones que regulan la potestad de la CRUBC para pronunciarse respecto a una solicitud de ECMPO, la CGR utiliza, en primer lugar, un argumento apagógico (o *reductio ad absurdum*)<sup>11</sup>. Esto se aprecia en lo sostenido por la CGR, en el sentido de que, de aceptarse la interpretación contraria, podría generarse una consecuencia aplicativa irrazonable, ya que “[...] podría ocurrir que un espacio no acreditado por la CONADI, con posterioridad se superponga con alguna solicitud que, al dejar de encontrarse suspendida, continuó con su tramitación y fue otorgada a un tercero”. De esta forma, en palabras de la CGR, la CRUBC solo “[...] podrá pronunciarse respecto de esa porción acreditada y no de la otra, ya que esta última queda fuera de la solicitud, sin integrar la materia sobre la cual la CRUBC debe resolver”.

10 Ibid. p. 78. Cabe señalar que, en su modelo interpretativo, Guastini distingue, por una parte, entre la indeterminación del ordenamiento jurídico y, por otra, la indeterminación de cada norma (o vaguedad de las normas). Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 55 y ss.

11 CHIASSONI, Pierluigi. Op. cit. De acuerdo a Chiassoni, el argumento apagógico (o *reductio ad absurdum*) “[...] precluye atribuir a una disposición un significado que consista en una norma absurda –en cualquier sentido y a todos los efectos–, por ejemplo, por tener consecuencias aplicativas (manifiestamente) absurdas o irrazonables” (p. 79). En el modelo interpretativo de Chiassoni, el argumento apagógico (o como él lo denomina de “razonabilidad”), pertenece a la clase de las directivas secundarias (ver nota 9).



Para reforzar dicho resultado interpretativo, la CGR recurre nuevamente a un argumento interpretativo teleológico, para excluir derivar de las disposiciones analizadas normas explícitas que sean incongruentes, desde un punto de vista de su eficacia instrumental, con el fin perseguido por la Ley Lafkenche (congruencia teleológica<sup>12</sup>), toda vez que “[...] la entrega del ECMPO se justifica precisamente porque las comunidades solicitantes hicieron uso consuetudinario de esas áreas”.

Finalmente, resulta relevante destacar el uso que hace en este caso la CGR del “Argumento dogmático-sistémico” o de “Conformidad dogmática”, con el propósito de establecer criterios para evaluar la corrección de su interpretación-producto. Tal como señala Chiassoni, este tipo de directiva secundaria “[...] prohíbe al intérprete atribuir a una disposición un significado no compatible con las (por hipótesis) pertinentes construcciones dogmáticas en la materia, subsector o sector del derecho positivo al que la disposición hace referencia”<sup>13</sup>. Esto se aprecia en la siguiente justificación que entrega la CGR a su interpretación-producto:

“[...] tampoco le compete aprobar [a la CRUBC] un espacio más grande al solicitado por la o las comunidades indígenas interesadas, atendido a que el artículo 41, inciso tercero, de la ley N° 19.880, dispone que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución que pone fin al procedimiento deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que pueda excederse de aquellas”.

De esta forma, la CGR sitúa la regulación de los ECMPO dentro del sector del derecho administrativo, y utiliza el artículo 41 de la ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos -regulación de carácter general y de aplicación supletoria para todos aquellos procedimientos administrativos especiales regulados en nuestra legislación- con el propósito de excluir una interpretación contraria a su resultado interpretativo. Se trata, como ha sido identificado por la jurisprudencia y doctrina administrativa, de la consagración positiva del principio de congruencia en materia de procedimientos administrativos.

A modo de conclusiones generales, es posible señalar, respecto al primer problema interpretativo, que la solución propuesta por la CGR avanza en la línea de validar la práctica organizativa que ya se venía dando por parte de las organizaciones indígenas al momento de efectuar solicitudes de ECMPO. Así, la CGR reconoce que, en caso de que sean varias las comunidades indígenas constituidas de acuerdo a la Ley Indígena que han hecho un uso consuetudinario de un territorio específico, estas puedan agruparse en una asociación de hecho para efectuar una solicitud

---

12 Ibid.

13 Ibid. p. 123.

de ECMPO, sin necesidad de constituir una personalidad jurídica diferente a las comunidades para estos efectos, eliminando trámites innecesarios. Sin embargo, el reconocimiento legal de la “Asociación de comunidades indígenas” sigue emanando, necesariamente, de una figura jurídica organizacional propia de la Ley Indígena: la comunidad indígena constituida a su alero.

Ahora bien, llama la atención que la CGR, al identificar la base enunciativa sobre la cual realiza su interpretación textual, no considere el Convenio N° 169 de la OIT, tratado internacional sobre derechos humanos que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico doméstico, conforme lo señala expresamente el art. 5, inciso 2º, de la Constitución Política de la República. Se trata de un cuerpo normativo que, ya sea que lo consideramos de aplicación directa o únicamente con un valor hermenéutico, correspondía observar en este caso, con el objetivo de realizar una interpretación de las disposiciones pertinentes de la Ley Lafkenche, aprobada con anterioridad a la entrada en vigor del tratado internacional señalado en Chile. En efecto, en esta materia cabe tener presente que el Convenio N° 169 de la OIT establece la obligación estatal de reconocer las instituciones propias de los pueblos indígenas, lo que incluye sus propias formas de organización (art. 2.2.b). En este sentido, la autoridad administrativa podría estar obligada a recibir también solicitudes de organizaciones o autoridades indígenas representativas que no estén formalizadas conforme a la Ley Indígena, como podría ser el caso de las comunidades tradicionales y territoriales (por ejemplo, los *lof* en el caso del Pueblo Mapuche-Lafkenche)<sup>14</sup>.

Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación planteada por la CGR en relación al segundo problema, esta resulta insuficiente. Si bien es posible extraer dicha interpretación de una interpretación literal del art. 8, inc. 9º, de la Ley Lafkenche, esta aporta poca claridad. En efecto, a diferencia de lo que hace la CGR, el problema práctico y ciertamente relevante de despejar dice relación con determinar el alcance de la discrecionalidad administrativa con que cuenta la CRUBC para modificar (restringir) o rechazar un área solicitada como ECMPO, respecto de la cual se ha acreditado un uso consuetudinario. Si bien la CGR

---

14 Tal como señala Meza-Lopehandía, existe al menos un antecedente de rechazo de ECMPO por haber sido solicitada por una autoridad tradicional mapuche en representación de una organización sin personalidad jurídica. Sin embargo, el caso tiene varias aristas que lo hacen más complejo y obstaculizan su consideración como precedente administrativo en la materia. Se trata de la solicitud de ECMPO Rilon Kawin-Kaynel, solicitada por Eric Vargas Quinchaman, alegando su calidad de Autoridad Ancestral del pueblo Nación Mapuche Williche en representación del Ngulan Rilon Kawin. La resolución que declara la inadmisibilidad alude a que no se estaría actuando en representación de una comunidad formalmente constituida, pero también a que su calidad de autoridad ancestral mapuche williche no estaría debidamente respaldada (Resolución N° 2995/2017 de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura). Esta solicitud causó conmoción entre los distintos actores de la región, incluyendo al representante indígena en la CRUBC, debido a sus dimensiones, que cubrían todo el Golfo de Reloncaví. Sin embargo, actualmente está en tramitación una solicitud similar (Isla Marimelli), debidamente patrocinada por comunidades legales. En MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Op. Cit. p. 5-6.

reconoce que la Ley Lafkenche representa una programación finalista, destinada al reconocimiento y protección del uso consuetudinario indígena del borde costero, al analizar el margen de discrecionalidad que esta regulación le reconoce a la CRUBC, este organismo contralor elude esto y, por el contrario, aborda un conjunto de casos –relativo a si la CRUBC podría aprobar un espacio mayor al solicitado como ECMPO– que tiene poca o nula relevancia práctica y no otorga claridad a los actores públicos, indígenas, comunitarios y privados que participan del procedimiento administrativo.

Resolver la tensión existente entre la protección y el reconocimiento del uso consuetudinario indígena del borde costero, por un lado, y la discrecionalidad administrativa para restringir o rechazar un área solicitada como ECMPO respecto de la cual se ha acreditado el uso consuetudinario, por el otro, es probablemente uno de los problemas más complejos que presenta la Ley Lafkenche, el que ha venido siendo resuelto casuísticamente por parte de las Cortes, en sede de recurso de protección de garantías constitucionales, las que han reconocido la primacía de los fines que persigue la Ley Lafkenche (reconocimiento y protección del uso consuetudinario) y han interpretado restrictivamente la discrecionalidad que tiene la CRUBC para apartarse de dicha finalidad legalmente programada<sup>15</sup>. Para robustecer una solución a este problema en dicha línea, los estándares desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha debido resolver casos que han involucrado el derecho de propiedad tradicional indígena, pueden entregar importantes luces<sup>16</sup>.

---

15 Hasta la fecha se han planteado dos casos donde la CRUBC, a pesar de encontrarse acreditado el uso consuetudinario de un área solicitada como ECMPO, decide rechazar o modificar las solicitudes. El primero de estos casos corresponde al recurso de protección presentado por el Lonko de la Comunidad Mapuche Huilliche Folil Trincao en contra de la CRUBC de Los Lagos, mientras que el segundo corresponde al recurso interpuesto por el Lonko y representante de la Comunidad Mapuche Huilliche Chona PU WAPI (Las Islas) de Melinka, en contra de la CRUBC de la Región de Aysén. Estos casos han llegado a conocimiento de los tribunales de justicia, por la vía del recurso de protección de garantías constitucionales, los cuales han sido resueltos por la Corte Suprema de forma favorable para las comunidades recurrentes, siendo tratado el problema como una cuestión de fundamentación del acto administrativo. En este sentido, ver las sentencias de la Corte Suprema. Acción de protección. Fecha 09 de octubre de 2012. Rol N° 7544-2012 y Corte Suprema. Acción de protección. Fecha 09 de enero de 2018. Rol N° 803-2018.

16 Me refiero principalmente a las siguientes sentencias de la Corte Interamericana: *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fecha 28 de noviembre de 2007; *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fecha 12 de agosto de 2008; y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sobre Fondo y Reparaciones. Fecha 27 de junio de 2012.