

Nota técnica

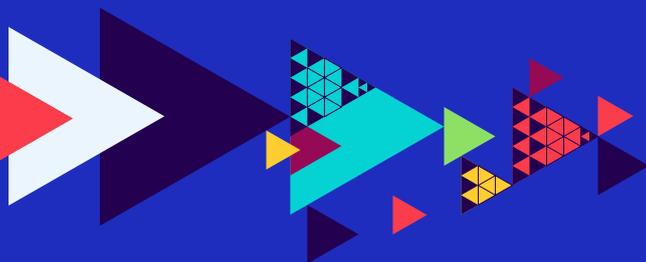
► **Perspectiva empresarial sobre la consulta
previa del C169 en América Latina**

Chile

Septiembre, 2021



Foto: Marcelo Silva



Índice

Introducción y objetivo	3
Objetivo	3
Alcance del informe	3
Estructura y dimensiones a cubrir	3
Resumen ejecutivo	4
1. Contexto	5
Siglas y definiciones	5
Contexto	5
Marco regulatorio o normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales	6
Marco institucional o institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas	7
2. Dimensión Regulatoria	7
3. Dimensión Operativa	13
4. Hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas en la implementación de la Consulta Previa	14
5. Dimensión Judicial	17
6. Recomendaciones	20
Anexo. Entrevistas realizadas	22

Introducción y objetivo

Objetivo

El objetivo es la realización de un estudio en Chile en relación a la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en lo relativo a las disposiciones relativas a la consulta previa a pueblos indígenas ('Consulta Previa' o 'CP'), de modo de (i) poner en evidencia experiencias positivas y negativas derivadas de la aplicación de las regulaciones dictadas para implementarla; (ii) ofrecer argumentos prácticos que las organizaciones de empleadores podrán utilizar en sus discusiones con otros actores sobre la correcta aplicación de las disposiciones relativas a la consulta previa del Convenio; y (iii) orientar a los tomadores de decisiones (legisladores, jueces y otros) sobre las consecuencias positivas que se tienen cuando se logra una aplicación virtuosa de las regulaciones relativas a la Consulta Previa, así como alertar sobre las consecuencias negativas de una mala práctica de aplicación (incluyendo el establecimiento o ausencia de regulaciones, instituciones y sentencias judiciales que afectan el desarrollo de los proyectos productivos).



El objetivo es la realización de un estudio en Chile en relación a la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en lo relativo a las disposiciones relativas a la consulta previa a pueblos indígenas ('Consulta Previa' o 'CP') [...].

Alcance del informe

Este informe se circunscribe a la implementación de la Consulta Previa en relación a proyectos o iniciativas de inversión en Chile.

Estructura y dimensiones a cubrir

Para cada país el estudio tiene la siguiente estructura:

- ▶ **Contexto:** en que se describen aquellos aspectos de la organización del Estado que son indispensables para contextualizar y explicar adecuadamente la implementación de la Consulta Previa, incluyendo la normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales y la institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas.
- ▶ **Dimensión regulatoria:** en que se describen y explican las regulaciones domésticas que cada Estado ha dictado para implementar la Consulta Previa.
- ▶ **Dimensión operativa:** en que se describen y explican los esfuerzos de cada país para implementar procesos de Consulta Previa, sea que cuenten o no con regulaciones domésticas para dicho efecto.
- ▶ **Dimensión judicial:** en que se describe y explica la interpretación que han hecho los tribunales ordinarios de justicia y otros órganos jurisdiccionales respecto a la regulación e implementación de procesos de la Consulta Previa.

El estudio contempla trabajo de gabinete y la realización de entrevistas a actores clave en relación a la implementación de la Consulta Previa en Chile, en especial de actores empresariales.

Resumen ejecutivo

El objetivo de este estudio es analizar la manera en la cual el Convenio 169 está siendo aplicado en Chile en cuanto a las disposiciones relativas a la Consulta Previa, de modo de (i) poner en evidencia experiencias positivas y negativas derivadas de la aplicación de las regulaciones dictadas para implementarla; (ii) ofrecer argumentos prácticos que las organizaciones de empleadores podrán utilizar en sus discusiones con otros actores sobre la correcta aplicación de las disposiciones relativas a la consulta previa del Convenio; y (iii) orientar a los tomadores de decisiones (legisladores, jueces y otros) al respecto.

Chile es un estado unitario compuesto de 17 regiones. De acuerdo al último censo de población, un 12,8% de la población de Chile (2.185.792 personas) se considera perteneciente a un pueblo indígena.

La 'ley marco' para pueblos indígenas o 'Ley Indígena' reconoce la existencia de diez pueblos indígenas, quienes tienen presencia en todo el territorio nacional. Recientemente (2019) Chile ha otorgado reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno, cuyas comunidades (8.415 personas según un censo de 2013) se concentran en los valles de Azapa, Lluta y Codma de la región nortina de Arica y Parinacota. La misma ley reconoció a las comunidades afrodescendientes el derecho a la Consulta Previa.

Chile ratificó el Convenio 169 en el año 2008. En 2013 y 2014 entraron en vigencia dos reglamentos que regulan a nivel doméstico la implementación de la Consulta Previa: un reglamento general, aplicable a todos los órganos de la administración del Estado, y un reglamento específico para el desarrollo de procesos de Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de inversión.

De acuerdo a la información recabada, a la fecha de este informe se han desarrollado o se están desarrollando 49 procesos de Consulta Previa respecto a proyectos de inversión, todos con comunidades pertenecientes a pueblos indígenas. Entre los actores empresariales existen distintas miradas respecto a la idoneidad de las regulaciones dictadas y de su ejecución por parte del Servicio de Evaluación Ambiental, órgano estatal responsable del desarrollo de los procesos de Consulta Previa. Existe coincidencia, sin embargo, en que las debilidades de la regulación o brechas en su implementación por parte de la autoridad trasladan a las empresas la responsabilidad de instalar procesos de relacionamiento 'privado' que suplan dichas carencias y viabilicen el desarrollo de procesos de Consulta Previa que sean robustos, lleguen a acuerdos, viabilicen el desarrollo de los proyectos y otorguen una razonable certeza jurídica a los mismos.



Chile ratificó el Convenio 169 en el año 2008. En 2013 y 2014 entraron en vigencia dos reglamentos que regulan a nivel doméstico la implementación de la Consulta Previa: un reglamento general, aplicable a todos los órganos de la administración del Estado, y un reglamento específico para el desarrollo de procesos de Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de inversión.

Por consiguiente, las recomendaciones que se formulan van dirigidas principalmente a fortalecer la gestión de los procesos de Consulta Previa por parte de los órganos responsables y en particular del Servicio de Evaluación Ambiental, así como a evaluar la necesidad de introducir mejoras a las regulaciones domésticas sobre todo en lo que dice relación con la identificación de los grupos indígenas que deben ser incluidos en los procesos de Consulta Previa, aspecto que es sindicado como una de las mayores causas de judicialización.

1. Contexto

Siglas y definiciones

Consulta Previa o CP	Deber de consulta a pueblos indígenas que tienen los gobiernos cuando prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
Convenio 169	Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
DS 40 o RSEIA	Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente que 'Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental'.
DS 66 o Reglamento General de Consulta Previa	Decreto Supremo N°66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social que 'Aprueba el 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 OIT'.
EIA	Estudio de Impacto Ambiental.
GHPPI	Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas.
Ley Indígena	Ley N°19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RCA	Resolución de Calificación Ambiental.
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental.
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Contexto

Chile es un estado unitario cuya administración es funcional y territorialmente descentralizada a través de 17 regiones. Por tanto, existe sólo un cuerpo de regulaciones a nivel nacional que es aplicable a todo el territorio del país.

De acuerdo al último Censo de Población y Vivienda del Instituto Nacional de Estadísticas (2017), un 12,8% de la población de Chile (2.185.792 personas) se considera perteneciente a un pueblo indígena u originario.

La Ley N°19.253 o Ley Indígena reconoce la existencia de diez pueblos indígenas: Aymaras, Quechuas, Atacameños o Lickanantai, Changos, Collas, Diaguitas, Rapanui, Mapuches, Kaweshkar y Yaganes, quienes habitan a lo largo y ancho del territorio de Chile, desde el extremo norte del país hasta el extremo austral y desde la Cordillera de Los Andes hasta el Océano Pacífico, incluyendo al pueblo Rapanui en Oceanía.



Por otra parte, de acuerdo a la primera encuesta de caracterización de la población afrodescendiente realizado por el del Instituto Nacional de Estadísticas en la región de Arica y Parinacota en 2013, un total de 8.415 personas se auto-identifican como tales, lo que equivale a un 4.7% de la población de dicha región. Estas personas viven mayoritariamente en los valles de Azapa, Lluta y Codma de la mencionada región.

Marco regulatorio o normativa especial aplicable a pueblos indígenas y tribales

(i) Reconocimiento constitucional

La Constitución Política de la República de 1980 no incluye un reconocimiento expreso de la existencia y derechos de los pueblos indígenas. Si bien a partir de 1990 se han presentado a tramitación varias iniciativas legislativas con ese fin, hasta la fecha no ha sido posible consensuar entre los pueblos indígenas, el ejecutivo y las fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional, un proyecto de reforma constitucional que tenga por objeto dicho reconocimiento. El 25 de octubre de 2020 se realizó un plebiscito nacional en el cual un 79% de las personas votaron a favor de generar una nueva constitución, y un 81% se pronunciaron por realizar lo anterior por medio de una Convención Constituyente elegida íntegramente por voto popular. En este escenario, una de las materias más importantes que deberán discutirse en el marco de este proceso constituyente será la inclusión en el nuevo texto constitucional de un reconocimiento a los pueblos indígenas y sus derechos.

(ii) Disposiciones legales especiales atinentes

- **Ley Indígena.** La Ley N°19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, también conocida como 'Ley Indígena', entró en vigencia en octubre de 1993 y constituye la 'ley marco' aplicable a los pueblos indígenas de Chile. Esta ley regula una diversidad de materias pero, en lo que interesa a este estudio, sólo contiene una norma muy genérica de participación -su artículo 34- que obliga a los servicios de la administración del Estado a escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas. El artículo 34 de la Ley Indígena nunca ha sido objeto de reglamentación y en la práctica ha sido escasamente implementado, salvo en la medida que la primera reglamentación de la consulta indígena en Chile dictada en el año 2009¹ se implementó formalmente como una reglamentación de dicha disposición.
- **Ley que reconoce a las comunidades afrodescendientes de Chile.** Con fecha 16 de abril de 2019 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N°21.151 que 'Otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno', definido como el "*grupo humano que, teniendo nacionalidad chilena en conformidad a la Constitución Política de la República, comparte la misma cultura, historia, costumbre, unidos por la conciencia de identidad y discurso antropológico, descendientes de la trata trasatlántica de esclavos africanos traídos al actual territorio nacional entre los siglos XVI y XIX y que se autoidentifique como tal*". El artículo 1° de esta ley reconoció a este grupo como un pueblo tribal y el artículo 5° le reconoció expresamente el derecho a la Consulta Previa, al establecer que "*los afrodescendientes chilenos a que hace referencia el artículo 2 de esta ley tienen el derecho a ser consultados mediante el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cada vez que se prevea dictar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*".

1 Se trata del Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 4 de septiembre de 2009.



Marco institucional o institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas

Conforme a la Ley Indígena, las autoridades y órganos de la administración del Estado con responsabilidades en materia de la política pública hacia los pueblos indígenas son los siguientes:

(i) Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI

Es un servicio público creado por la Ley Indígena de 1993 encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Su órgano de dirección superior es un Consejo Nacional formado por 17 miembros, 8 de los cuales son elegidos por los pueblos indígenas. Un Director Nacional, designado por la autoridad ejecutiva, preside este consejo y administra la institución.

(ii) Ministerio de Desarrollo Social

Es el órgano que tiene la responsabilidad de supervigilar a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y en la práctica lidera la formulación e implementación de la política pública hacia los pueblos indígenas en Chile, incluyendo todas las materias relacionadas con la participación y consulta indígena.

2. Dimensión Regulatoria

En esta parte se describen y explican las regulaciones domésticas que Chile ha dictado para implementar la Consulta Previa.

Proceso de ratificación del Convenio 169

Ratificación	Norma	Promulgación, publicación y entrada en vigencia
Registrada por la OIT el 15 de septiembre de 2008	Decreto Supremo N°236 de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores que "Promulga el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes".	Promulgación: 2 de octubre de 2008. Publicación en el Diario Oficial: 14 de octubre de 2008. Entrada en vigencia: 15 de septiembre de 2009.

Normativa dictada para regular la Consulta Previa

Norma	Título	Ámbito
Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente	Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.	Reglamento de la CP respecto a la medida administrativa denominada 'resolución de calificación ambiental' que se dicta en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que califica los proyectos o iniciativas de inversión
Decreto Supremo N°66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social	Aprueba el 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 OIT.	Reglamento General de CP. Aplica a todos los órganos de la administración del Estado, bajo las reglas que indica.
Oficio Ordinario Dirección Ejecutiva N° 161116 de 2016 del Servicio de Evaluación Ambiental	Instructivo sobre implementación del proceso de consulta a pueblos indígenas en conformidad con el Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Instructivo CP SEIA).	Consulta Previa en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Cómo se ha reglamentado la Consulta Previa

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
Órgano u órganos responsables de desarrollar la CP	<p>Artículo 12</p> <p>El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.</p>	<p>Artículo 85</p> <p>El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar el proceso de consulta.</p>
Medidas administrativas que deben ser sometidas a CP (incluyendo regulación del estándar de 'susceptibilidad de afectación directa')	<p>Artículo 7 inciso 3 y siguientes</p> <p>CP aplica a</p> <ul style="list-style-type: none"> ► Actos formales ► Dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado ► 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 ► 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. 	<p>Artículo 8 DS 66</p> <p>CP aplica a</p> <ul style="list-style-type: none"> ► La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en conformidad a lo establecido en la ley N°19.300 y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta. <p>Artículo 85 DS 40</p> <p>“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.</p> <p>En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.</p> <p>En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.”</p>
Oportunidad de la CP	<p>Artículo 11</p> <p>Carácter previo de la consulta. La consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente.</p>	<p>En forma previa a la dictación de la resolución de calificación ambiental.</p> <p>Instructivo CP SEIA</p> <p>El apartado 1.3 (Principios del proceso de consulta a pueblos indígenas en el SEIA) establece en su letra c) que la CP debe ser previa, es decir, debe realizarse desde las etapas más tempranas posibles, con la finalidad de que los GHPPI puedan influir de manera real y efectiva sobre la medida propuesta. El órgano responsable siempre realizará la Consulta antes de la dictación de la medida administrativa.</p>

► Continúa...

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
		<p>El apartado 1.4 (Naturaleza incidental del procedimiento de consulta en el SEIA) establece que no es posible calificar la viabilidad ambiental de un proyecto o actividad sin antes contar con el informe final y la resolución de término de la Consulta, que dé cuenta del acuerdo alcanzado o de la imposibilidad de alcanzarlo. Tal característica pone de manifiesto que se trata de una cuestión incidental de previo y especial pronunciamiento, pudiendo el Servicio de Evaluación Ambiental aplicar el artículo 32 de la ley N° 19.880, con el objeto de suspender la evaluación ambiental del proyecto o actividad, cuando así corresponda.</p>
<p>Estándares y principios de la CP</p>	<p>Artículo 3. Cumplimiento del deber de Consulta (finalidad de la Consulta Previa). El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.</p> <p>Artículo 9. Buena fe. La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable. Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente. Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados.</p> <p>Artículo 10. Procedimiento apropiado. El procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 deberá aplicarse con flexibilidad. Para efecto de lo anterior, éste deberá ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias. Asimismo, los órganos responsables indicados en el artículo 4° del presente reglamento deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada.</p>	<p>Artículo 85 El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar un proceso de consulta que tenga los siguientes estándares:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ De buena fe. ▶ Que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo. ▶ A través de sus instituciones representativas. ▶ De modo que puedan participar de manera informada. ▶ Que tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. ▶ Participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva. ▶ Deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. <p>Instructivo CP SEIA El apartado 1.3 (Principios del proceso de consulta a pueblos indígenas en el SEIA) establece que todo proceso de consulta se debe desarrollar con especial observancia de los principios y ámbitos que en él se indican y que se basan en los artículos 9, 10 y 11 del DS 66.</p>

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
	<p>Artículo 11. Carácter previo de la consulta. La consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente.</p> <p>A fin de dar cumplimiento a lo anterior, el órgano responsable deberá determinar, con la debida antelación, la procedencia de la consulta de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del presente reglamento.</p> <p>Con todo, el órgano responsable siempre realizará la consulta antes de la dictación de la medida administrativa y, en el caso de las medidas legislativas, deberá realizarse antes del envío al Congreso del mensaje del Presidente de la República, conforme a las etapas y plazos del procedimiento establecidos en los artículos 16 y 17 del presente reglamento.</p>	
<p>Etapas de la CP</p>	<p>Artículo 16 Toda CP debe contemplar las siguientes etapas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Planificación del Proceso de Consulta. 2. Entrega de información y difusión del proceso de consulta. 3. Deliberación interna de los pueblos indígenas. 4. Diálogo. 5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta. 	<p>Artículo 8 DS 66 La CP se debe realizar respetando el artículo 16 del DS 66 en lo que se refiere a las etapas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Planificación del Proceso de Consulta. 2. Entrega de información y difusión del proceso de consulta. 3. Deliberación interna de los pueblos indígenas. 4. Diálogo. 5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.
<p>Plazos de la CP</p>	<p>Artículo 17</p> <p>Medidas legislativas (que se deban iniciar por mensaje del Presidente de la República): cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 25 días hábiles.</p> <p>Medidas administrativas: cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el órgano responsable de la medida, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, podrá, en la etapa de planificación, modificar los plazos señalados por motivos justificados, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular.</p>	<p>Artículo 8 DS 66 La CP se debe realizar dentro de los plazos que establece la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.</p> <p>Instructivo CP SEIA El apartado 1.4 (Naturaleza incidental del procedimiento de consulta en el SEIA) establece que los plazos para la realización de la consulta corresponden al plazo del proceso de evaluación del proyecto en el SEIA, incluyendo la ampliación o suspensión de plazos legales –solicitadas por el titular–, o aquellos dispuestos de manera excepcional por el Servicio de Evaluación Ambiental, mediante la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley N°19.880, lo anterior inspirado en los principios de buena fe y flexibilidad.</p>

► Continúa...

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
<p>Actores involucrados en la CP</p>	<p>-Órgano de la administración del Estado responsable de coordinar y ejecutar el proceso de Consulta Previa (artículos 2 y 3). Órganos a los que se aplica el presente reglamento. El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa (artículo 4).</p> <p>-Pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas. Pueblos indígenas. Para efectos de este reglamento, se consideran pueblos indígenas aquellos que define el artículo primero del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que estén reconocidos en el artículo 1° de la ley N° 19.253 (artículo 5° inciso 1°). Se entenderá que una persona es miembro de alguno de los pueblos indígenas señalados en el inciso anterior cuando cumpla con lo establecido en el artículo 2° de la ley N° 19.253 (artículo 5° inciso 2°). Sujetos e instituciones representativas. La consulta se realizará a los pueblos indígenas que correspondan a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente (artículo 6° inciso 1°). Una vez efectuada la convocatoria de conformidad con el artículo 15 del presente reglamento, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253 (artículo 6° inciso 2°). * Aunque el DS66 no incluye como sujetos de consulta a las comunidades afrodescendientes, desde la publicación de la Ley N°21.151 en abril de 2019 debe entenderse que son también sujetos de Consulta Previa los afrodescendientes chilenos, a quienes el artículo 1° de dicha ley reconoció como un pueblo tribal y el artículo 5° reconoció expresamente el derecho a la Consulta Previa.</p>	<p>Artículo 85</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Servicio de Evaluación Ambiental, SEA ▶ Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas, GHPPI <p>Instructivo CP SEIA</p> <p>El apartado 3.3 (Rol del Titular en la Consulta) establece que el proponente o titular del proyecto de inversión (sea público o privado) se considera como interesado, tanto en el procedimiento de evaluación ambiental, como en el procedimiento incidental en virtud del cual se realiza la Consulta (artículo 21 N° 1 y N°3 de la ley N° 19.880). En la fila siguiente se describe con más detalle el rol de las empresas en su calidad de titulares de proyectos o iniciativas de inversión.</p>
<p>Rol de la empresa en la CP</p>	<p>No hay disposiciones expresas sobre la materia ni se contempla un rol para la empresa.</p>	<p>Instructivo CP SEIA</p> <p>El apartado 3.3 (Rol del Titular en la Consulta) establece que el proponente o titular del proyecto de inversión (sea público o privado) se considera como interesado, tanto en el procedimiento de evaluación ambiental, como en el procedimiento incidental en virtud del cual se realiza la Consulta (artículo 21 N° 1 y N°3 de la ley N° 19.880). (...) El titular en este escenario representa los intereses de un tercero, que puede facilitar los acuerdos entre la autoridad ambiental y los pueblos indígenas, realizando propuestas durante el proceso de diálogo y ofreciendo alternativas de solución, en la medida que aquello sea requerido dentro de la Consulta. Por lo mismo, el rol del titular siempre debe estar sujeto a las reglas, conducción y mecanismos de transparencia establecidos en la etapa de planificación entre la autoridad ambiental y los GHPPI consultados, esto es, en los términos acordados en el <i>Acta de Acuerdo Metodológico</i>.</p>

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
		<p>Asimismo, es digno de ser reiterado que el responsable de realizar la consulta es el Estado a través del SEA, puesto que la obligación contemplada en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT está planteada en dichos términos, no siendo posible delegar dichas funciones en el titular.</p> <p>(...) La participación del titular en las actividades presenciales de la Consulta podrá efectuarse en la medida que exista acuerdo al respecto por parte de los GHPPI consultados y los alcances de su participación quedarán establecidos en el Acta Acuerdo Metodológico de la Consulta. En este ámbito, el SEA puede solicitar la participación del titular para informar y dialogar con los GHPPI sobre el proyecto, sus impactos y medidas propuestas, en cumplimiento de lo indicado en el artículo 84 del <i>Reglamento del SEIA</i>.</p> <p>El apartado 4.1.2 (Etapa 2. Planificación del proceso de Consulta. Construcción del Acta de Acuerdo Metodológico) establece que en esta etapa es muy importante definir el alcance de la participación del titular en las actividades presenciales de la consulta, especialmente si se considera el aporte favorable de dicha participación para la consecución de los fines de la Consulta, pues el titular puede ser un actor que facilite la generación de los acuerdos.</p> <p>El apartado 4.1.3.2 (Diálogos y Encuentros) establece que en estas reuniones es recomendable la presencia de los titulares en aquellos casos en que los GHPPI hayan estado de acuerdo con su participación en el proceso.</p> <p>(...) Luego agrega que es posible –y deseable por la facilitación en la celebración de acuerdos–, previo acuerdo con los GHPPI, la participación de representantes del titular del proyecto en esta etapa de diálogo orientados a alcanzar acuerdos, toda vez que los acuerdos adoptados en el proceso de consulta pueden ser de dos tipos:</p> <p><i>i) acuerdos que dependen exclusivamente del SEA –el Estado– y los GHPPI involucrados, y;</i></p> <p><i>ii) acuerdos que se plasmarán en una exigencia al titular del proyecto a través de una medida de mitigación, compensación y/o reparación.</i></p> <p>En este último caso, puede ser útil la presencia del titular del proyecto en la Consulta, ya que será éste quien deberá implementarlos en forma posterior. (...)</p>
<p>Rol del órgano responsable de desarrollar la CP</p>	<p>Artículo 12 Responsable de los procesos de consulta. El órgano de la Administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.</p> <p>Artículo 13 Procedencia de la consulta. El proceso de consulta se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7° de este reglamento. Para efectos de lo anterior, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse.</p>	<p>Artículo 85 El Servicio de Evaluación Ambiental debe diseñar y desarrollar un proceso de consulta con las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none"> ► De buena fe. ► Que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. ► El SEA establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. ► En este proceso participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva. ► Este proceso deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

► Continúa...

Aspecto	Decreto Supremo N°66 (CP fuera del SEIA)	Decreto Supremo N°40 (CP dentro del SEIA)
	<p>Asimismo, cualquier persona interesada, natural o jurídica, o instituciones representativas podrán solicitar fundadamente, al órgano responsable de la medida, la realización de un proceso de consulta. Se entenderán por solicitudes fundadas aquellas peticiones que indiquen a lo menos los hechos y razones que las sustentan. (...)</p> <p>El órgano responsable deberá, mediante resolución fundada, pronunciarse sobre la solicitud en los términos de este reglamento, en un plazo no superior a 10 días hábiles, plazo que se suspenderá cuando el órgano responsable solicite un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, hasta que ésta emita su informe dentro del plazo señalado en el inciso 1° del presente artículo, vencido el cual se resolverá prescindiendo de aquel.</p> <p>La decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable. (...)</p> <p>Artículo 14 – Asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena</p> <p>A la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena “le corresponderá especialmente la coordinación y ejecución en su caso de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado, señalados en el artículo 4° del presente reglamento, para la realización de procedimientos de consulta.”</p>	<p>► En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.</p>

3. Dimensión Operativa

En esta parte se describen y explican los esfuerzos que Chile ha desplegado para implementar procesos de Consulta Previa en relación a proyectos de inversión.

Cómo se ha implementado la Consulta Previa

Aspecto a revisar	Estado de implementación
Rubros productivos en que se ha implementado la CP	No hay rubros productivos excluidos a priori de la Consulta Previa, sin perjuicio de lo cual ésta es procedente en los casos e hipótesis que establecen el DS 40 y DS 66.
Cantidad de procesos de CP	No existen estadísticas oficiales sobre la cantidad de procesos de Consulta Previa. De acuerdo a un estudio elaborado por la Universidad de Chile por encargo del Ministerio de Desarrollo Social, hasta diciembre de 2017 se habían realizado o se estaban realizando un total de 129 procesos de Consulta Previa, un 36,6% de los cuales correspondían al Decreto Supremo N°124 de 2009 (primera reglamentación de la Consulta Previa) y un 63,4% al DS 66 o Reglamento General de Consulta actualmente vigente.

► Continúa...

Aspecto a revisar	Estado de implementación
	<p>Por su parte, el estudio da cuenta que a esa fecha se habían iniciado un total de 43 procesos de Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de los cuales 27 se encontraban finalizados y tres de ellos con procesos de judicialización. Actualizado dicho dato según la información pública disponible, a octubre de 2020 se contabilizaban un total de 49 procesos de Consulta Previa en el marco de la evaluación ambiental de proyectos de inversión.</p>
<p>Duración de los procesos de CP</p>	<p>No existen estadísticas oficiales sobre la duración de los procesos de Consulta Previa.</p> <p>De acuerdo al estudio ya referido de la Universidad de Chile, los procesos de Consulta Previa que se llevan a cabo a nivel nacional, tienen un rango de duración que va desde los 152 días como mínimo a 574 días como máximo, siendo la media de 301,8 días.</p> <p>Para la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el estudio de la Universidad de Chile muestra que los procesos presentan un promedio de duración de 10,3 meses. Según elaboración propia en base a información pública disponible, el autor de este informe indica una duración de 18 meses como promedio para los procesos de Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.</p>
<p>Resultado de los procesos de CP (acuerdo; no acuerdo; acuerdos parciales)</p>	<p>No existen estadísticas oficiales sobre el resultado de los procesos de Consulta Previa.</p> <p>Para la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como ejemplo se puede citar la situación de la Consulta Previa de proyectos mineros, en los cuales se ha observado lo siguiente (fuente, elaboración propia en base a información pública disponible):</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Un 70,27% de los procesos ha concluido con un acuerdo a través de la suscripción de un Protocolo de Acuerdo Final o PAF. ▶ Un 5,41% ha concluido sin acuerdo a través de la suscripción de un Protocolo de No Acuerdo o PNA. ▶ Un 5,41% ha concluido con una resolución de término del proceso por decisión del grupo indígena afectado. ▶ Un 10,8% ha concluido con una resolución de término por no participación del grupo indígena afectado. ▶ Un 8,11% ha concluido con una resolución de término por otras causas.
<p>Participación de las empresas o proponentes en los procesos de CP</p>	<p>No existen estadísticas oficiales sobre la participación de las empresas o proponentes de los procesos de Consulta Previa.</p> <p>Para la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se ha observado que las empresas o proponentes sí participan en los procesos de consulta en la etapa de diálogo a través de las denominadas 'reuniones tripartitas' (fuente, elaboración propia en base a experiencia en procesos de consulta).</p>

4. Hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas en la implementación de la Consulta Previa

En esta sección se exponen los principales hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas que se han identificado en la implementación de la Consulta Previa en Chile, con particular referencia a la retroalimentación recibida de los actores empresariales y otros entrevistados que se mencionan en el anexo a este capítulo.

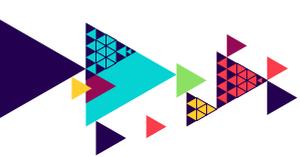




En esta sección se exponen los principales hallazgos en relación a nudos críticos, elementos positivos y lecciones aprendidas que se han identificado en la implementación de la Consulta Previa en Chile, con particular referencia a la retroalimentación recibida de los actores empresariales y otros entrevistados que se mencionan en el anexo a este capítulo.

Aspecto de las dimensiones regulatoria, operativa y judicial	Explicación del nudo crítico/elemento positivo/lección aprendida
<p>Regulación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión</p>	<p>Reglamentación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Una parte importante de los actores empresariales considera positivo haber reglamentado la consulta indígena en el SEIA, en cuyo marco se identifica y define a los GHPPI a quienes se debe consultar para cada proyecto, lo que es bueno en términos de seguridad jurídica. Estiman que la regulación es adecuada, equilibrada y coherente con el Convenio 169, y que fue una buena solución vincular la Consulta Previa en el SEIA a las etapas del DS 66, pero ajustando sus tiempos a los plazos de la evaluación ambiental. Sin embargo, otros actores empresariales expresan no tener tan claro que haya sido una buena decisión reglamentar la Consulta Previa en el SEIA, porque a falta de procesos regulados que canalicen y den solución a cuestiones sociales, los temas o conflictos no resueltos terminan ‘contaminando’ el proceso de evaluación ambiental y el desarrollo de la Consulta Previa en ese marco. Otra visión que integra ambas miradas es que las regulaciones dictadas son valorables pero que existen brechas de implementación que afectan al buen desarrollo de procesos de Consulta Previa.</p> <p>Consulta Previa de otras medidas administrativas distintas de la Resolución de Calificación Ambiental. Si bien la Consulta Previa de la Resolución de Calificación Ambiental opera como un ‘paraguas’ de otros permisos que forman parte de la evaluación ambiental, algunos actores empresariales estiman que la regulación no resuelve que dicho paraguas ampare también a otros permisos críticos para los proyectos que no forman parte de la evaluación ambiental. Estiman inviable que cada permiso requiera por sí solo ser sometido a Consulta Previa, citando como ejemplo las concesiones mineras cuyo otorgamiento por sí solo no genera susceptibilidad de afectación directa.</p>
<p>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de ley relevantes para las actividades productivas</p>	<p>Consulta Previa de medidas legislativas relevantes para las actividades productivas. Algunos actores empresariales estiman que la forma en que se ha aplicado la Consulta Previa respecto a proyectos de ley se ha traducido en un problema, obstáculo e incluso bloqueo de iniciativas que son importantes para las actividades productivas, como mejoras legislativas a los procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana.</p>
<p>Identificación de los pueblos indígenas afectados en la Consulta Previa de proyectos de inversión (dimensión regulatoria y operativa)</p>	<p>Identificación de grupos indígenas como sujetos de consulta y su relación con la auto-identificación. Algunos actores empresariales ven con preocupación la forma en que se identifica a los grupos indígenas como sujetos de consulta y la relación de lo anterior con la auto-identificación. Esta preocupación se refiere a varios niveles. Por una parte está el reconocimiento legal de nuevos pueblos indígenas (por ej. el reciente reconocimiento del pueblo chango) que se podrían confundir con otras comunidades no indígenas. En el otro extremo está lo que se percibe como un abuso del principio de auto-identificación al nivel individual. En el plano organizacional, un tema de preocupación son los GHPPI que aparecen justo con ocasión del ingreso de un EIA y solicitan ser incluidos en procesos de Consulta Previa, con las dificultades que ello significa para evaluar dicha solicitud por parte de la autoridad. Estos actores empresariales sugieren que una mejora a las regulaciones podría tener que ver con la identificación de las personas y grupos indígenas.</p>

► Continúa...



Aspecto de las dimensiones regulatoria, operativa y judicial	Explicación del nudo crítico/elemento positivo/lección aprendida
<p>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión</p>	<p>Implementación de procesos de Consulta Previa (general). Algunos actores empresariales estiman que se ha observado en general un avance positivo respecto a la implementación de procesos de Consulta Previa, lo que se refleja por ejemplo en una reducción de los plazos y aclaración de los GHPI que deben ser incluidos en los procesos, todo lo cual es sin perjuicio que se aprecian muchas áreas en las que se requieren mejoras y ajustes.</p> <p>Especialización funcionaria y recursos disponibles para la Consulta Previa. Los diversos actores empresariales coinciden en que al Servicio de Evaluación Ambiental le falta personal especializado en medio humano y Consulta Previa, así como mayores recursos para poder enfrentar adecuadamente los procesos de Consulta Previa, lo que ha conspirado en contra del robustecimiento institucional y mejora continua en este ámbito. Añaden que estas carencias fueron relevadas en su momento por el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA¹ y que se propusieron recomendaciones para abordarlas.</p> <p>Tiempo de duración de los procesos de Consulta Previa. Si bien mencionan que el desarrollo de procesos de Consulta Previa no implica necesariamente un alargamiento de los procesos de evaluación ambiental, algunos actores empresariales estiman que los procesos de Consulta Previa parten tardíamente y/o se demoran más de lo que deberían, sin que se aprovechen los espacios que se generan en la evaluación para identificar correctamente a los GHPI que deben ser incluidos y avanzar con la Consulta Previa.</p> <p>Consecuencias de los errores cometidos por la autoridad en los procesos de Consulta Previa. Según la apreciación de algunos actores empresariales, dado que el desarrollo de los procesos de Consulta Previa es responsabilidad de los gobiernos, los errores que se cometen en su ejecución (por ejemplo, cuando se resuelve excluir a un GHPI de un proceso) terminan afectando a las empresas o titulares de los proyectos, a veces muchos años después de la aprobación de los mismos.</p> <p>Responsabilidad de la autoridad respecto a los procesos de Consulta Previa. En opinión de algunos actores empresariales, la forma en que se han implementado los procesos de Consulta Previa aún no permite establecer con claridad que la responsabilidad de la Consulta Previa es del Estado y no de la empresa. Aprecian que el éxito de los procesos de Consulta Previa descansa en que la empresa tenga un rol importante en su relación con los GHPI, lo que en parte tiene que ver con la debilidad del Estado en la consulta. Consideran que el SEA se enfoca más hacia temas ambientales y es débil en temas sociales, no demostrando mayor interés en mejorar los procesos de Consulta Previa. Esto obliga a las empresas a desarrollar procesos tempranos de participación (por ejemplo, procesos de participación ambiental ciudadana anticipada o PACA) con altos estándares y luego hay retrocesos en la evaluación ambiental.</p> <p>Incidencia de la participación de los GHPI en los procesos de Consulta Previa. Para ciertos actores empresariales, existe una expectativa de algunos GHPI en orden a que los procesos de Consulta Previa tengan mayor incidencia, lo que tensiona y a veces conspira contra el buen desarrollo de dichos procesos.</p> <p>GHPI que se marginan voluntariamente de los procesos de Consulta Previa. Algunos actores empresariales destacan el hecho que ciertos GHPI deciden libremente marginarse de los procesos de Consulta Previa, lo que con el tiempo puede transformarse en un problema sobre todo cuando la Resolución de calificación Ambiental es impugnada por los mismos grupos ante instancias administrativas y/o judiciales. Por lo mismo, estiman que la regulación debiera establecer cuál es la consecuencia de la decisión libre de un GHPI en orden a no participar en un proceso de Consulta Previa.</p>
<p>Implementación de la Consulta Previa respecto a proyectos de inversión, en situación de pandemia</p>	<p>Suspensión de procesos de Consulta Previa por causa de la pandemia. Varios actores empresariales destacan que el Ministerio del Medio Ambiente y el SEA suspendieron todos los procesos de participación ciudadana y Consulta Previa por causa de la pandemia, lo que contrasta con otros servicios que han seguido desarrollando sus funciones incluyendo actividades presenciales. Señalan que el acceso a conectividad y uso de medios digitales ha sido indicado como la razón para dicha suspensión, en circunstancias que la situación podría haberse enfrentado mediante esfuerzos para superar las brechas de conectividad y generar mayor alfabetización digital. Añaden que aparte de un par de proyectos piloto de ejecución de procesos de Consulta Previa por medios telemáticos, los procesos han sido suspendidos y esta suspensión podría extenderse hasta bien entrado el año 2021. Se destaca eso sí como excepción a lo anterior el caso del proceso de Consulta Previa de un EIA de la empresa Collahuasi, en que algunos GHPI aceptaron participar en el proceso utilizando medios telemáticos.</p>

▶ Continúa...



Aspecto de las dimensiones regulatoria, operativa y judicial	Explicación del nudo crítico/elemento positivo/lección aprendida
Decisiones judiciales respecto a la Consulta Previa	<p>Decisiones judiciales o pronunciamientos que interpretan los principios y estándares de la Consulta Previa. Todos los actores empresariales coinciden en que algunos jueces o ministros de los tribunales superiores de justicia emiten de tanto en tanto fallos que interpretan inadecuadamente los principios y estándares de la Consulta Previa, aplicando a veces una visión maximalista que desconoce la normativa interna vigente y se ampara en la amplitud de los conceptos del Convenio 169 para conseguir objetivos de 'justicia material'.</p> <p>Causa más frecuente de judicialización en relación a procesos de Consulta Previa. Existe consenso entre los actores empresariales que una de las causas más frecuentes de judicialización de procesos de Consulta Previa es la exclusión de GHPI de dichos procesos.</p> <p>Rol de la jurisprudencia respecto a aclarar los estándares de la Consulta Previa. Algunos actores empresariales observan que no hay una jurisprudencia consistente que aclare cuáles son los estándares de los procesos de Consulta Previa conforme al Convenio 169 y que dirima las diferencias que puedan existir al respecto entre servicios.</p>

1 Publicado en el año 2016. Está disponible en www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmef_final.pdf

5. Dimensión Judicial

En esta parte se describe y explica la interpretación que han hecho los tribunales ordinarios de justicia y otros órganos jurisdiccionales respecto a la regulación e implementación de procesos de la Consulta Previa en Chile. En primer lugar se explican los órganos que ejercen jurisdicción en materia de Consulta Previa; luego se exponen algunos antecedentes sobre judicialización de procesos de Consulta Previa en proyectos de inversión y los montos involucrados; y finalmente se describen las principales sentencias y pronunciamientos, las doctrinas que establecen y las tendencias jurisprudenciales que pueden observarse, con particular referencia a su consistencia con los estándares nacionales e internacionales de la Consulta Previa.

Explicación de órganos que ejercen jurisdicción en materia de Consulta Previa

Órganos que ejercen jurisdicción en materia de CP	Competencia	Jurisdicción
Tribunal Constitucional	Control de constitucionalidad de leyes que digan relación con CP.	Todo el territorio de la República.
Tribunales ordinarios de justicia (en particular los tribunales superiores)	<p>Corte Suprema: Recursos de casación en contra de las sentencias de los Tribunales Ambientales; Recursos de apelación en contra de sentencias recaídas en recursos de protección conocidos por la respectiva Corte de Apelaciones.</p> <p>Cortes de Apelaciones: Recursos de protección en contra de actos administrativos que afecten garantías fundamentales (relacionado con CP y en la medida que se requiera cautela urgente).</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Corte Suprema – Todo el territorio de la República ▶ Cortes de Apelaciones¹ - 17 regiones

▶ Continúa...

Órganos que ejercen jurisdicción en materia de CP	Competencia	Jurisdicción
Tribunales ambientales²	Reclamaciones de ilegalidad de determinados actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental que dicen relación con CP. Por ejemplo, reclamación en contra de la RCA de un proyecto de inversión por falta de reconocimiento de susceptibilidad de afectación directa y en consecuencia por falta de CP.	<ul style="list-style-type: none"> ► Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta: Jurisdicción sobre 5 regiones del norte de Chile ► Segundo Tribunal Ambiental de Santiago: Jurisdicción sobre 4 regiones de la zona central de Chile. ► Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia: Jurisdicción sobre 7 regiones de la zona centro-sur y sur de Chile.
Contraloría General de la República	Control de legalidad de los actos administrativos de los distintos órganos del Estado, entre ellos decretos y resoluciones que digan relación con CP.	Todo el territorio de la República.

1 Las Cortes de Apelaciones son tribunales ordinarios y colegiados pertenecientes al poder judicial chileno que ejercen sus facultades jurisdiccionales dentro de un territorio de la república determinado por la ley el cual por regla general corresponde a una región, o parte de ella.

2 Los Tribunales Ambientales fueron creados por la Ley N°20.600 y son tribunales especializados con competencia para resolver controversias relacionadas con el medio ambiente.

Descripción y análisis de las sentencias o pronunciamientos más relevantes

Tribunal/órgano que ejerce jurisdicción	Fecha y rol	Materia y doctrina	Observaciones
Corte Suprema	<ul style="list-style-type: none"> ► Sentencia de fecha 10.11.2015/ Rol 10.640-2015/ RCA Pulpa Textil ► Sentencia de fecha 29.12.2015/ Rol 33.154-2015/ RCA Añihuerraqui ► Rol 37.777-2015/RCA Cerro Colorado 	Casos de recursos de protección rechazados puesto que la invalidación de resoluciones de calificación ambiental es competencia de tribunales ambientales (especializados), salvo necesidad de 'cautela de urgencia' de derechos fundamentales.	Cabe notar que a partir del año 2014 comienza a consolidarse la doctrina de que la revisión de la legalidad de las RCAs es una cuestión que escapa la tutela extraordinaria del recurso de protección y que es competencia técnica de los tribunales especializados en la materia.
Corte Suprema	Sentencia 17.10.2010/ Rol 1.525-2010/ RCA Piscicultura Palguín	'Homologación' de los impactos significativos que requieren EIA con la susceptibilidad de afectación directa que exige la consulta indígena del art. 6 del Convenio 169.	
Corte Suprema	Sentencia de fecha 30.01.2017/ Rol 65.349-2016/ RCA Terminal GNL Penco Lirquén 'Octopus'	Revoca RCA por término anticipado de proceso de consulta indígena. Objetivo de proceso de consulta indígena es que el consultado "manifieste su conformidad con el proyecto".	

► Continúa...

Tribunal/órgano que ejerce jurisdicción	Fecha y rol	Materia y doctrina	Observaciones
Contraloría General de la República	<ul style="list-style-type: none"> ► Dictamen N°88.248/2014 ► Dictamen N°32.996/2015 ► Dictamen N°84.732/2015 	Compete a la autoridad ambiental ponderar las consideraciones técnicas en cuya virtud se determina si un proyecto sometido al SEIA es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena (y por tanto si procede incluirla en la consulta).	
Corte Suprema	Sentencia de fecha 19 de mayo de 2016/ Rol 817-2016/ RCA Proyecto Sondajes de Prospección Paguanta	Hay afectación directa cuando se presenten algunos de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300 y por tanto debe presentarse un EIA y llevar adelante un proceso de CP	
Corte Suprema	Sentencia de fecha 29.12.2017/ Rol 100805-16/ RCA Central de Pasada Mediterráneo	Revoca RCA pues defectos metodológicos en estudio antropológico aportado por el titular impiden concluir sobre la existencia de susceptibilidad de afectación directa y por tanto procedencia de la consulta indígena.	
Corte Suprema	Sentencia de 7 de octubre de 2014/ Rol 11.299-14/ Caso Proyecto Minero el Morro (IV)	<p>Los vicios de fundamentación de los informes sectoriales -en este caso, Conadi- pueden comunicarse al acto terminal, es decir, la RCA. En efecto, la falta de fundamentación del informe de Conadi -en el cual no informó fundadamente si existían o no otras comunidades indígenas- dio pie a que la CS acogiera el recurso de protección y ordenara retrotraer el proceso hasta un momento previo a la emisión del mencionado informe.</p> <p>El principio de buena fe se extiende a las actuaciones u omisiones de las comunidades indígenas dentro del PC.</p>	Cabe notar que el proyecto minero El Morro había tenido ya tres judicializaciones anteriores: (i) invalidación de una RCA previa (El Morro I, acogida); (ii) impugnación de un acto trámite durante la evaluación ambiental del proyecto (El Morro II, rechazado) y (iii) la impugnación de la resolución de inicio de PC (El Morro III, rechazada).
Corte Suprema	Sentencia de fecha 16.06.2020/ Rol 28.195-2018/ RT Sulfuros con Comunidad Indígena Atacameña San Francisco de Chiu Chiu	<p>El retiro del PCI por parte de la comunidad no vicia el procedimiento puesto que esta última decidió autónomamente no seguir participando, <i>'siendo el retiro una opción válida dentro dicho procedimiento'</i>.</p> <p>La Autoridad (el SEA) dio cumplimiento a las etapas exigidas, llevando adelante un PCI conforme a lo establecido y, en especial, en cumplimiento de los principios que la rigen.</p> <p>El concepto de susceptibilidad de afectación directa está compuesto por los siguientes elementos: (i) geográfico; (ii) cultural; y (iii) perjudicial (7, 8 y 10 RSEIA)</p>	

► Continúa...

Tribunal/órgano que ejerce jurisdicción	Fecha y rol	Materia y doctrina	Observaciones
Corte Suprema	Sentencia de fecha 21.09.2020/ Rol 2608-2020/ Caso RCA Cerro Márquez	La Corte Suprema acoge el recurso de protección presentado por la comunidad y ordena el ingreso del proyecto al SEIA. Para efectos de lo anterior considera: (i) Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental no son únicamente aquellos del artículo 10 de la Ley 19.300; (ii) Emplazamiento del proyecto en un Área de Desarrollo Indígena; (iii) Susceptibilidad de impacto ambiental por episodio de turbiedad del agua del Río Márquez; (iv) Proximidad a tierras de dos comunidades; (v) emplazamiento en tierras/ territorio de ancestral ocupación de una comunidad; (vi) principios preventivo y precautorio.	Se trata de un proyecto de 38 sondajes que no ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

6. Recomendaciones

En esta parte se incluyen recomendaciones respecto a la implementación de la Consulta Previa de proyectos de inversión en Chile, con particular foco en la dimensión regulatoria y operativa, recomendaciones que van dirigidas tanto al Estado como a las empresas.

Dimensión	Recomendaciones
Regulatoria	1. Revisión del DS 40 para evaluar la necesidad de introducir mejoras a la reglamentación de la Consulta Previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que la falta de procesos regulados que canalicen y den solución a cuestiones sociales, implica muchas veces que los temas o conflictos no resueltos terminan ‘contaminando’ el proceso de evaluación ambiental y el desarrollo de la Consulta Previa en ese marco.
	2. Evaluación de la necesidad de introducir mejoras al DS 66 en relación a la Consulta Previa de medidas administrativas distintas de la Resolución de Calificación Ambiental, con miras a generar un efecto ‘paraguas’ para permisos distintos de la RCA. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que si bien la Consulta Previa de la RCA opera como un ‘paraguas’ de otros permisos que forman parte de la evaluación ambiental, la regulación no resuelve que dicho paraguas ampare también a otros permisos críticos para los proyectos que no forman parte de la evaluación ambiental, siendo inviable que cada permiso requiera por sí solo ser sometido a Consulta Previa.
	3. Evaluación de la necesidad de introducir ajustes al DS 40 o Reglamento del SEIA en relación a la identificación e inclusión de GHPPI como sujetos de la Consulta Previa. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a los GHPPI que aparecen justo con ocasión del ingreso de un EIA y solicitan ser incluidos en procesos de Consulta Previa, con las dificultades que ello significa para evaluar dicha solicitud por parte de la autoridad. Los ajustes podrían tener relación, por ejemplo, con establecer que la fecha de ingreso de un EIA a evaluación ‘congele’ el componente de medio humano en cuanto a los GHPPI existentes y susceptibles de ser afectados.

▶ Continúa...



Dimensión	Recomendaciones
Regulatoria	<p>4. Evaluación de la necesidad de introducir ajustes al DS 40 y/o DS 66 para definir reglamentariamente la consecuencia que tiene la decisión de un GHPPi de marginarse voluntariamente de un proceso de Consulta Previa. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que la regulación debiera establecer cuál es la consecuencia de la decisión libre de un GHPPi en orden a no participar en un proceso de Consulta Previa, para evitar que esa decisión sea motivo de conflictos o judicialización posterior.</p>
Operativa	<p>5. Generación de un acuerdo entre el órgano ejecutivo y el órgano legislativo para el desarrollo de procesos de Consulta Previa respecto a medidas legislativas, particularmente las que se inician en moción parlamentaria. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales respecto a la forma en que se ha aplicado la Consulta Previa respecto a proyectos de ley y el hecho que se ha traducido en un problema, obstáculo e incluso bloqueo de iniciativas que son importantes para las actividades productivas, como mejoras legislativas a los procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana.</p>
	<p>6. Instar por una mayor especialización funcionaria y aumento de los recursos disponibles para la Consulta Previa en el marco del SEIA. Esta recomendación tiene como base la opinión compartida de los actores empresariales en cuanto a que el SEA debe aumentar la especialización de sus profesionales en relación con la Consulta Previa, así como destinar mayores recursos para poder enfrentar adecuadamente los procesos de Consulta Previa, incluyendo recursos para financiar asesoría independiente para los GHPPi. Esta recomendación ya fue incluida en el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA mencionado anteriormente.</p>
	<p>7. Instar por el inicio temprano y mejor administración de los tiempos de duración de los procesos de Consulta Previa en el SEIA. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que si bien el desarrollo de procesos de Consulta Previa no implica necesariamente un alargamiento de los procesos de evaluación ambiental, a veces los procesos de Consulta Previa parten tardíamente y/o se demoran más de lo que debieran, sin que se aprovechen los espacios que se generan en la evaluación para identificar correctamente a los GHPPi que deben ser incluidos y avanzar con dichos procesos.</p>
	<p>8. Generación de acciones de difusión acerca de la naturaleza, incidencia y vinculabilidad de los procesos de Consulta Previa. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que existe una expectativa de algunos GHPPi en orden a que los procesos de Consulta Previa tengan mayor incidencia, lo que tensiona y a veces conspira contra el buen desarrollo de dichos procesos, expectativa que en alguna medida se vincula con una incomprensión acerca de la naturaleza, incidencia y vinculabilidad de los procesos de Consulta Previa.</p>
	<p>9. Búsqueda de fórmulas sostenibles para el desarrollo de procesos de Consulta Previa por vía telemática mientras dure la pandemia. Esta recomendación tiene como base la opinión de algunos actores empresariales en cuanto a que ha existido una aplicación desproporcionada en la suspensión de los procesos de participación indígena y Consulta Previa por razón de la pandemia. Estas fórmulas se podrían basar, por ejemplo y siguiendo las experiencias piloto que existen, en la generación de acuerdos con los propios GHPPi en la etapa de planificación de los procesos de Consulta Previa, en que aquéllos acepten libremente participar en dichos procesos utilizando medios telemáticos.</p>

Anexo. Entrevistas realizadas

N°	Institución	Participantes
1	Sociedad Nacional de Minería	Diego Hernández, Presidente Felipe Celedón, Gerente General Carlos Gajardo, Gerente Asuntos Internacionales Bernardita Fernández, Gerente de Asuntos Comunitarios
2	Consejo Minero	Carlos Urenda, Gerente General José Tomás Morel, Gerente de Estudios Karla Lorenzo, Subgerente de Asuntos Regulatorios y Sustentabilidad
3	Asociación de Generadoras de Chile	Macarena Álvarez, Directora Asuntos Comunitarios y Buenas Prácticas Camilo Charme, Director Asuntos Regulatorios
4	Corporación de la Madera	Juan José Ugarte, Presidente Rafael Cox, representante empresa CMPC Pablo Manríquez, representante empresa Arauco Carolina Soler, asesora Cristián Unanue, asesor

Países de la serie

Brasil ▶ Chile ▶ Colombia ▶ Guatemala
Honduras ▶ México ▶ Paraguay ▶ Perú



Organización
Internacional
del Trabajo

ACT/EMP

La Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP) agradece a quienes colaboraron con la elaboración de esta Nota Técnica, en particular a los líderes de las organizaciones empresariales que nos dieron su tiempo para la creación colectiva del documento. De igual manera, se agradece a **Sebastián Donoso**, quien lideró el trabajo de investigación, y al equipo de ACT/EMP implicado en el proceso de producción integrado por Roberto Villamil y Andrés Yurén.