

## **INSUMOS PARA EL DEBATE SOBRE NUEVAS POLÍTICAS SOCIALES PARA TERMINAR CON LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL**

**2 de Noviembre de 2019**

*Chile vive el estallido de descontento y frustraciones sociales, que se han ido gestando porque desde hace años los distintos gobiernos, el poder legislativo y el poder judicial no supieron hacer frente de manera eficaz a la injusticia económica y social. La no-discriminación en su disfrute y garantía constituye el horizonte transversal de todos los derechos humanos. La discriminación estructural – particularmente, por la situación socio-económica de las personas, su lugar de origen y sus orígenes étnicos – es el problema principal que está por resolver en este contexto.*

Ciertamente, los derechos civiles son los más inmediatos a respetar por parte de las autoridades y las fuerzas públicas en la situación actual. Así, como recordó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al decretarse el estado de emergencia, aunque el Estado puede restringir la libertad de circulación, esta restricción debe ser necesaria en un Estado democrático, basada en la ley, y proporcional (o sea, la medida menos restrictiva de todas las alternativas posibles que se pueden considerar eficaces para la protección de otros derechos o la mantención del orden público en una democracia). Por lo tanto, y de la misma manera, deben seguir garantizándose los derechos de libertad de expresión, asamblea e información, a menos que se cumplan los requisitos estrictos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al respecto.

Así, sería un error grave en la interpretación de los derechos – y, además, creemos, un error político importante – de enfocar la atención solamente en el derecho a la seguridad. Sin justificar de ninguna manera la violencia, los saqueos o la destrucción de la propiedad pública o privada como una forma de protesta, y reiterando que es una de las obligaciones del Estado de proveer esta seguridad, también recordamos que estas respuestas no pueden ignorar el deber del Estado de prevenir todas las violaciones de derechos humanos, especialmente, la integridad personal, la libertad personal, y la libertad de expresión incluyendo la libertad de manifestarse, pero también las violaciones a los derechos económicos y sociales.

Demás está decir que están prohibidos los malos tratos, los tratos degradantes (incluyendo los de carácter sexual) y la tortura, incluyendo la violación. Aunque el crimen de tortura tenga exigencias altas para darse probado, todas las violaciones a la integridad personal están prohibidas por la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Belem do Pará. El uso de la fuerza debe estar limitado por su legalidad, necesidad, idoneidad y la proporcionalidad estricta. En esto, la adecuación estricta de los protocolos sobre uso de fuerza, así como la capacitación de las fuerzas públicas en la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos en la práctica es imprescindible.

Reiteramos especialmente el deber del Estado de rendir cuentas sobre el uso de la fuerza pública y para ello, entregar la información respectiva a la sociedad civil y a los órganos de control del

poder.

Sin embargo, como dijimos al inicio, la situación actual requiere una mirada más amplia, ya que el Estado tiene el deber de prevenir la violencia entre privados, con herramientas adecuadas de políticas públicas. Una perspectiva enfocada solamente en la represión del delito y la violencia es cortoplacista para lograr una prevención eficaz y efectiva de la violencia, tal como lo han ido demostrando también los datos sobre prevención de la delincuencia común y el análisis que el Informe ha ido haciendo sobre las demandas de los pueblos originarios. El problema de fondo en la situación actual no es el “vandalismo” que, obviamente, el Estado tiene obligación de frenar, en la medida que vulnera derechos humanos de terceros, y especialmente, si la destrucción de bienes públicos o privadas fuera organizada, siempre ateniéndose a la proporcionalidad en el uso de la fuerza pública.

El problema de fondo es la justicia social. El Estado y sus agentes, especialmente, quienes toman las decisiones políticas, deben velar por basarlas en datos empíricos sobre la inequitativa distribución de los recursos, pero también en el sentir de las personas sobre las injusticias que experimentan. Es por ello que el derecho internacional de los derechos humanos tanto insiste en el derecho a la participación en la toma de decisiones sobre políticas públicas.

La gran mayoría de los y las chilenos, así como de los y las habitantes de este país quienes migraron recientemente a Chile, experimenta la falta de garantía de sus derechos sociales básicos. El disfrute del derecho a la salud, a la educación, al trabajo, y a una pensión digna no se garantiza para la gran mayoría de la población, especialmente en términos de calidad de los servicios y acceso no-discriminatorio a estos derechos. Además, para muchos tampoco se garantiza el derecho a una vivienda digna. Los impactos de contaminantes están igualmente distribuidos de manera desigual, llevando una carga mayor quienes ya sufren la desprotección de sus otros derechos sociales, y ciertamente los cambios climáticos han hecho evidente que el derecho al agua y su acceso desigual es patente a lo largo del territorio nacional con habitantes de localidades que no tienen ni siquiera agua para su consumo mientras la agroindustria y la minería tienen amplio acceso a ella.

Este panorama está ampliamente sabido, y fue reiteradamente hecho presente en informes de los órganos de tratados de las Naciones Unidas, el Examen Periódico Universal, y la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. El Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de la Universidad Diego Portales ha aportado, desde hace más de 10 años, con estudios en materia de derechos sociales que han revelado las brechas que existen en relación con cada uno de ellos. Además, el Centro de Derechos Humanos ha desarrollado un estudio sobre los derechos humanos en los servicios privatizados o parcialmente privatizados (Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016). Todos los estudios están disponibles en nuestro sitio web, en Informes Anuales, Publicaciones y Estudio Línea Base.

Lo acontecido en estos últimos días muestra la urgencia e importancia de reformas en pos de la justicia social. Chile se ha comprometido internacionalmente, al volver a la democracia, a garantizar los derechos sociales sin discriminación. Aunque este compromiso está sujeto a la disponibilidad de los recursos, el Estado debe usar el máximo de los recursos disponibles para cumplir con esta obligación. Para ello, debe considerar las políticas tributarias, reducir los gastos en administración y defensa, y combatir la corrupción.

Sin embargo, aunque los recursos no alcancen para cubrir toda la demanda de manera inmediata, el Estado debe garantizar el derecho a la salud sin discriminación – o sea, el sistema de salud debe proveer la misma calidad de servicio para todos y todas, independiente de su situación socio-económica, raza, sexo, género, edad, etc. El sistema AUGE es un puntapié inicial para cumplir

estas obligaciones, pero requiere de mejoras adicionales para lograr su implementación sin discriminación. El requisito de la no-discriminación no está sujeto a la disponibilidad de los recursos ni a la progresividad de la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ello, se ve con preocupación que los servicios del Estado estén privatizados sin las debidas garantías de no-discriminación y calidad para todos y todas quienes requieren de ellos, y además, generando muchas veces mayores costos para el Estado sin fortalecer y mejorar la calidad de los servicios públicos.

Quienes no han querido escuchar esto durante los últimos años, ahora están tal como nosotros ante los lamentables hechos de violencia por parte de privados y situaciones graves y patrones de excesivo uso de fuerza por parte de policías y militares que dejan en evidencia que, como país, aún no hemos entendido qué significa “no discriminar en la garantía de los derechos sociales”.

*Judith Schönsteiner y Lidia Casas, Centro de Derechos Humanos UDP*

## **INDICE**

<b>1. CONTEXTO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>4</b>
<b>2. CONTEXTO DE DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL .....</b>	<b>6</b>
<b>3. EL DERECHO A LA SALUD Y SALUD MENTAL .....</b>	<b>9</b>
<b>4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN .....</b>	<b>15</b>
<b>5. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL (PENSIONES).....</b>	<b>19</b>
<b>6. EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.....</b>	<b>23</b>
<b>8. EL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE ADECUADO Y SANO Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA.....</b>	<b>29</b>

## Sistematización de las recomendaciones en materias DESC

### Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009-2019 y Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos del 2016

#### Centro de Derechos Humanos y Programa de Derecho y Política Ambiental<sup>1</sup> de la Universidad Diego Portales.

*Para las metodologías de trabajo de cada investigación, solicitamos consultar los estudios respectivos, todos disponibles en nuestra página web, [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl).*

*Elaborado con apoyo de Roxana Núñez y Fernanda Gutiérrez. Agradecemos comentarios de Karla Varas, Universidad de Valparaíso.*

#### 1. Contexto constitucional<sup>2</sup>

La Constitución consagra un modelo económico que opta en general por la reducción de la regulación a un mínimo, con excepciones como los derechos colectivos de los trabajadores que están sobre-regulados. En un sistema legal sin la figura de precedente jurídico, y en el que la responsabilidad por los derechos humanos (Art. 5.2) aún no se toma en cuenta en todos los poderes del Estado,<sup>3</sup> eso significa que la falta de legislación aumente el riesgo de la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos por parte de privados, y la eventual incerteza para los inversionistas y empresarios en cuanto a la labor de los tribunales, que deciden caso a caso.<sup>4</sup>

Aunque la Constitución establezca explícitamente el efecto horizontal de los derechos fundamentales (Art. 6.2), existen importantes brechas en la definición y consagración de estos derechos; por lo tanto, la protección y el respeto de los derechos humanos ante las actividades económicas de las empresas no siempre se garantiza. Así, la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales no está cabalmente resguardada o definida en el catálogo de derechos fundamentales del Art. 19 de la Constitución. Especialmente, el derecho al agua, a una vivienda adecuada, a la educación y los derechos laborales colectivos (especialmente, a sindicalizarse libremente y a la huelga) no están consagrados y tampoco pueden ser, usualmente, eficazmente invocados en todo su alcance (definido por el derecho internacional de los derechos humanos) a través de otras vías tales como el derecho a la propiedad o argumentos de no-discriminación.

Más bien, la Constitución resguarda preferentemente el derecho a la propiedad privada. Como los mecanismos de acceso a la justicia privilegian a grandes propietarios que pueden financiar el litigio asesorado, de facto, el derecho a la propiedad de la gran mayoría de las personas no se protege eficazmente. Es ésta una discriminación indirecta del texto constitucional, en un país que presenta

<sup>1</sup> Para la sección de derechos ambientales y justicia ambiental.

<sup>2</sup> Las secciones 1 y 2 están tomadas del documento Conclusiones y Recomendaciones del Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, 2016.

<sup>3</sup> Ver literatura en Judith Schönsteiner, “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 29, N°1, 2016, pp. 197-226.

<sup>4</sup> Véase para un resumen de la materia, Luis Cordero, “Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en Javier Couso, ed., *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

una altísima desigualdad económica. Ésta, si bien ha disminuido después del regreso a la democracia (coeficiente de Gini 1990 era de 57,3, el de 2013 de 50,5 y el de 2019 con 46,6), aún es muy alta, acompañada de masiva segregación social, y remediado principalmente por impuestos y gravámenes a la clase media (IVA, impuesto a la renta) y no a los grandes patrimonios. Esta estructura hace el avance en igualdad más vulnerable a las crisis económicas, y a las fluctuaciones del mercado laboral, que en Chile dependen principalmente de los recursos naturales, y del consumo.

Adicionalmente, aunque el recurso de protección establecido para el resguardo de los derechos fundamentales no requiere patrocinio de abogado, se ganan menos frecuentemente que los interpuestos por un abogado, especialmente en la fase de apelación.<sup>5</sup> Por lo tanto, la gratuidad del recurso no remedia los obstáculos para el acceso a la justicia en materia de derechos fundamentales.

En cuanto a las garantías de no-discriminación, además, la Constitución no tiene cláusula general prohibiendo la discriminación, y que fuera conforme al reconocimiento de categorías sospechosas que hace el derecho internacional; la cláusula general de igualdad no proporciona las garantías requeridas de no-discriminación directa, indirecta y estructural, incluyendo en relación al efecto horizontal de los derechos ante otros particulares.<sup>6</sup> En esta materia, además, hace falta el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, para lograr el efectivo resguardo de sus derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT.

## Recomendaciones

- Reconocer explícitamente en la Constitución los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la huelga según estándares internacionales y el derecho a una negociación colectiva eficaz, tal como definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo las garantías de acceso a la justicia al respecto;
- Para lograr la protección de todos los/ todas las habitantes ante posibles situaciones de discriminación, prohibidas por el derecho internacional, introducir en la Constitución una cláusula general de no-discriminación, que abarque también las acciones positivas, y reconozca todas las causales de discriminación prohibidas en el derecho internacional, incluyendo la causal “por otra razón social”.
- Para el litigio de recursos de protección más complejos (desde el punto de vista argumentativo y probatorio), garantizar apoyo legal gratuito y para estos efectos, dotar con facultades defensoras al INDH, para la defensa ante organismos públicos. Mientras el INDH no esté facultado de asumir esta defensa, se debería fortalecer la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ, así como las Oficinas de Defensa Laboral, para poder asumir la defensa de los derechos humanos en el contexto de actividades económicas.
- En cualquier proceso constituyente, asegurar el reconocimiento de los derechos humanos tal como ratificados por Chile y privilegiar un modelo político y económico que garantice íntegramente su respeto y protección. Eso significa necesariamente una mayor regulación de la actividad económica, privada y pública, incluyendo de la propiedad.

<sup>5</sup>INDH informe 2012 o 2013, capítulo recurso de protección y acceso gratuito. Confirmado en relación a los límites técnicos de admisibilidad para los recursos de protección, que de facto imposibilitan llevar el recurso sin abogado, por entrevista Ministerio de Justicia.

<sup>6</sup>Ver para un resumen del alcance de la prohibición de discriminación en el derecho internacional, Comité DESC, OG N° 20.

- Generar una instancia de diálogo que sea oficial, con la participación de todos los involucrados y en condiciones de igualdad, para discutir y acordar una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, que incluya territorios, recursos naturales, autodeterminación, consentimiento, reparación a las injusticias del pasado, entre otras materias, en conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>7</sup>
- Tomar las medidas necesarias para reconocer constitucionalmente, conforme a los estándares de derechos humanos, a los pueblos indígenas, reconociendo su preexistencia, su derecho a la autodeterminación, al territorio y recursos naturales, a la consulta previa, entre otros derechos.

## 2. Contexto de discriminación estructural

Todos los tratados de derechos humanos establecen claramente la prohibición de discriminación. La dictación de la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, fue un importante pero insuficiente paso en la garantía de la igualdad y la no discriminación en nuestro país. La ley impone una obligación genérica a los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Existen una serie de deficiencias:<sup>8</sup>

1. Aplica solo a los órganos de la Administración del Estado, dejando fuera de su alcance el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público.
2. El Art. 2 constituye una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirán las políticas de no-discriminación, quién participará en su elaboración, quién la implementará y quién la fiscalizará y evaluará. No existe reglamento que precise esta obligación.
3. El deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias, lo que arriesga que la eliminación de discriminación estructural quede fuera de la obligación. Sin perjuicio de lo anterior, y probablemente más relevante, es que las obligaciones impuestas a la Administración carecen de un ente responsable que permita definir metas y dar cuentas de ellas a la sociedad, por ejemplo, una Comisión de Igualdad.<sup>9</sup> Finalmente, en cuanto a la ponderación de ciertos derechos y la no-discriminación, la ley establece una jerarquía a priori en perjuicio de la no-discriminación, que es contrario a los estándares internacionales.<sup>10</sup>

En este sentido, se debe encargar la elaboración e implementación de políticas transversales de no-discriminación a Subsecretaría de Derechos Humanos, especialmente, en relación a actividades de

<sup>7</sup> Antonia Rivas, “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Chile”, Tomás Vial, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2018, p. 209.

<sup>8</sup> Alberto Coddou, Judith Schönsteiner y Tomás Vial, “Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile”, en Tomás Vial, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 297-298.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> *Ibíd.*

privados; y establecer políticas estatales de incentivo económico y capacitar a las empresas sobre relevancia de no-discriminación en el ámbito de relaciones con las comunidades y fortalecer la capacitación en temas de acceso al trabajo formal para grupos históricamente discriminados como personas de escasos recursos, mujeres, indígenas, afrodescendientes, personas trans, personas con discapacidad, personas con antecedentes penales, etc.

Se constata discriminación *estructural* por lo menos en relación a las siguientes categorías prohibidas de discriminación: etnia, nivel socio-económico, origen social, género, discapacidad, nacionalidad, edad, identidad de género, orientación sexual. El ámbito en el que mayor mejora ha habido, es en cuanto a la superación de la discriminación por orientación sexual. No se puede decir lo mismo de las otras causales de discriminación. En este sentido, está pendiente la transversalización de todas las perspectivas de no-discriminación, especialmente, en relación a la educación (selección, calidad de la educación y definiciones del currículum). En el ámbito laboral, esto se nota, por ejemplo, en que no existe normativa ni fiscalización por discriminación en la *selección* laboral. En la misma línea, no existe política pública alguna que favorezca la inserción laboral de personas transgénero.<sup>11</sup> Al mismo tiempo, está pendiente la eliminación del trabajo infantil, incluso, el trabajo infantil de facto por trabajo familiar, por ejemplo, en la confección de vestimentas para el retail.

La razón de discriminación que probablemente afecta a la mayor cantidad de habitantes en Chile, es la discriminación por el nivel socio-económico (bajo). El sueldo mínimo que está fijado por Ley no alcanza para los gastos básicos de alimentación, movilización y vivienda, empeora el acceso a una salud y educación de calidad, y repercute en pobrísimas pensiones para la gran mayoría de las personas. Hay además, un altísimo endeudamiento con tarjetas no-bancarias,<sup>12</sup> para cubrir, incluso, los costos básicos de vida. A esta discriminación indirecta se suma la discriminación directa en relación al uso de estereotipos y a la exclusión, contrarias al derecho internacional de los derechos humanos en virtud de los tratados, interpretados como lo indica la Observación General No. 20 del Comité de DESC.<sup>13</sup>

Esta situación es aún agravada para las mujeres. La considerable brecha salarial entre hombres y mujeres, la desprotección de mujeres que trabajan en el sector informal, y de las temporeras<sup>14</sup> son contrarias a los estándares internacionales. Así, la Ley de Igualdad de Géneros (Ley 20.820) es más simbólica que real; es una ley que apunta a exigir igual salario por trabajo de igual valor en hombres y mujeres, sin embargo, lo que la ley realmente dice es “igual trabajo, igual salario” y no “trabajo de igual valor”; la consecuencia de esta interpretación es que las mujeres siguen ganando menos porque acceden menos a las jefaturas.<sup>15</sup> La norma se promulgó sin que haya habido un

<sup>11</sup>INDH, Derechos de las Personas trans, en: Informe Anual de la Situación de Derechos Humanos en Chile, Santiago de Chile, 2013, pp. 165-177; Juan José Álvarez, Sebastián del Pino, Tomás Vial, Derechos de la Diversidad Sexual 2015, en Tomás Vial (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Ediciones UDP 2015, pp. 365-385.

<sup>12</sup>Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), “Ranking del retail segundo semestre 2014: Ministerio de Economía y Sernac presentaron radiografía del comportamiento de los proveedores de tarjetas de crédito no bancarias”, 13 de julio de 2015, [www.sernac.cl](http://www.sernac.cl).

<sup>13</sup>Ver también, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Philip Alston, A/HRC/29/31, del 27 de mayo de 2015.

<sup>14</sup>Lidia Casas, “Derechos humanos de las mujeres y las niñas”, en Alberto Coddou, ed., *Informe anual de derechos humanos en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012 y María Ester Feres, “Análisis al proyecto de Ley del Ejecutivo que Modifica las Normas de los Trabajadores Agrícolas Establecidas en el Código del Trabajo”, sin lugar, sin editorial, borrador, 2011.

<sup>15</sup>Ver por ejemplo, Cárdenas, Ana, *Mujeres y Poder*, ICSO-UDP, 2013, disponible en <http://www.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=145>.

trabajo en términos de sensibilización en torno a la norma ni una fiscalización respecto de qué es lo que exige la norma.

Sufren discriminación principalmente en el mercado laboral, las personas mayores que tienden a no tener acceso a ello,<sup>16</sup> y las personas privadas de libertad, considerando que Chile tiene una población carcelaria de alrededor de 40.000 personas, una de las tasas per cápita más altas de Latinoamérica. Una de las principales razones de la baja tasa de programas de reinserción es la falta de empresas colaboradoras.<sup>17</sup> Existe un sesgo de género ya que una menor proporción de mujeres accede a este “beneficio”; las mujeres tienen, en cambio, programas de cuidado infantil durante el primer año de vida de su hijo/hija.

Las personas migrantes son especialmente vulnerables, no solamente en el ámbito laboral, ya que no existe ley de migración conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Las personas migrantes con estatus migratorio irregular tienden a ser aún más vulnerables ante los abusos de sus empleadores, especialmente, en los rubros de la pesca, agricultura y trabajo en casa particular. Sin contrato laboral, las personas extranjeras no pueden acceder a la legalización de su estatus migratorio. El Estado no toma suficientemente en cuenta el hecho que muchas veces, es el empleador que niegue el contrato, pero la persona que sufre la expulsión por estatus migratorio, en el caso que había ejercido algún trabajo informal. Esta discriminación se aumenta si la persona migrante pertenece además a una etnia indígena, o en relación a las personas afro-descendientes.

Se observa una muy significativa brecha salarial entre personas que pertenecen a un pueblo indígena, y quienes no. "Un trabajador que no pertenece a pueblos originarios, percibe un 43,4% más en relación a aquel que pertenece a pueblos originarios (brecha salarial bruta)."<sup>18</sup> Incluso si "se comparan a dos trabajadores que trabajan igual cantidad de horas y que tienen la misma edad, experiencia laboral, escolaridad, nivel de capacitación y que trabajan en el mismo sector o rama económica, en una empresa de similar tamaño, en la misma región y comparten igual categoría ocupacional, grupo ocupacional u oficio, se puede concluir que una persona que no pertenece a un pueblo originario gana entre un 29,8% y un 35,4% más. Si se considera sólo a los hombres, se observa que la brecha se ubica entre un 38% y un 49,1 %."<sup>19</sup>

En cuanto a la discriminación de las personas con discapacidad, se han definido lineamientos estratégicos vinculados al ámbito educación de PcD, en la Política nacional de Inclusión de PcD 2013-2020.<sup>20</sup> A pesar de esto, la Ley de Inclusión Escolar de 2015 no incluye una obligación de inclusión de NNA con discapacidad. Además, la falta de diferenciación entre PcD y niños y niñas con necesidades educacionales especiales en la inclusión, significa que muchos colegios llenan los cupos inclusivos con NNA que tienen dificultades temporales; para PcD permanente la búsqueda de un colegio puede ser una búsqueda eterna, incluyendo casos de más de 50 rechazos.<sup>21</sup> En materia de salud y discapacidad, se observa la exclusión sistemática de las PcD o de padres de hijos con

<sup>16</sup>Directora Nacional de SENAMA, octubre de 2015.

<sup>17</sup> Gendarmería, Informe final de evaluación programas de reinserción y rehabilitación 2012, p. 112.

<sup>18</sup> Gonzalo Durán y Marco Kremerman, “Despojo salarial y pueblos originarios”, Santiago, Fundación Sol, diciembre de 2015, disponible en <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/12/Despojo-salarial-y-Pueblos-Originarios-Diciembre-2015.pdf>.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Servicio Nacional de la Discapacidad, *Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, 2013-2020*, pp. 25-27, disponible en [www.senadis.gob.cl/descarga/i/1238](http://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1238).

<sup>21</sup> Pilar Muñoz y Liliana Ramos, “Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva”, en Tomás Vial, ed., *Informe anual de derechos humanos en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2015.



discapacidad, de los planes de salud privados. No hay normativa específica que prohíba esta práctica. Finalmente, en materia laboral, los incentivos de inclusión son aún insuficientes, a pesar de la adopción de la Ley 21.015 de Inclusión Laboral.

### **Recomendaciones:**

- Crear una institucionalidad de no-discriminación al estilo de las comisiones de igualdad o fortalecer el INDH como defensoría de derechos humanos.
- Definir la promoción de no-discriminación como una prioridad de la Subsecretaría de Derechos Humanos, incluyendo la discriminación por parte de los actores privados.
- En cuanto a la implementación de la no-discriminación y la erradicación de la discriminación estructural, garantizar la inclusión laboral de todas las personas con discapacidad; inclusión de las mujeres en puestos directivos; equidad de sueldos; inclusión laboral de personas indígenas; no-discriminación de trabajadoras/es temporeros y jornaleros. Reinserción de personas condenadas.
- Mejorar sueldo mínimo en función de costo real de vida, como medida de acción afirmativa.
- Adoptar legislación eficaz para erradicar la discriminación al momento de contratar, por razones de género, orientación sexual, identidad de género, nacionalidad, etnia o raza, por razones socio-económicas, u otras categorías prohibidas.

### **3. El Derecho a la salud y salud mental**

**En el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016 revisamos la estructura del sector salud y el rol que las empresas del sector privado juegan en ella.<sup>22</sup> Aquí las conclusiones y recomendaciones, que siguen vigentes ya que aún no se ha reformado el sistema de salud pública y su relación con la salud privada.**

El derecho internacional de los derechos humanos no se pronuncia sobre el sistema ideal (público, privado, mixto) de salud; su enfoque está en la garantía efectiva del derecho a la salud, haciendo hincapié en los resultados de acceso sin discriminación a garantías de salud de calidad. El problema entonces no se genera a partir de la privatización en sí, sino, cuando este sistema o su relación con el sistema público no logra garantizar el derecho sin discriminación para todos y todas. El problema es una discriminación estructural: por la regulación del sistema de salud, se impide que el sistema público provea un servicio de igual calidad, porque los incentivos están puestos para que no sea un válido competidor de los proveedores privados.<sup>23</sup>

Así, en relación con la capacidad del sistema público de proporcionar servicios de salud adecuados sin discriminación, se discute principalmente la diferencia de calidad – tiempos de espera y calidad de la atención médica. Esta desigualdad es sistémica y fue inicialmente deseada para darle mayor

<sup>22</sup> Todos los argumentos que nos llevaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones están disponibles en COMPLETAR.

<sup>23</sup>Gerardo Jofré, ¿Nueva Constitución para la Salud? ¡No hay salud!, 31 de diciembre de 2015, disponible en: <http://ellibero.cl/opinion/nueva-constitucion-para-la-salud-no-hay-salud/>.

incentivo a las personas de preferir los servicios pagados proporcionados por privados, que los gratuitos.<sup>24</sup> Eso se muestra a través de distintos elementos, como, por ejemplo, los siguientes: los y las profesionales de salud que no pueden solamente trabajar en el sector público;<sup>25</sup> la compra de servicios por FONASA al sector privado en vez de proporcionarlos directamente; o los acuerdos del Estado con las farmacias para la compra de medicamentos en vez del abastecimiento directo vía Cenabast. Por tanto, las desventajas competitivas y el cobro excesivo que se dan en el sistema, generarán un perjuicio para las personas con menos recursos económicos.

La brecha de sueldos entre sistema privado y público y la prohibición de trabajar 100% en el sistema público aumenta la probabilidad de fuga de médicos y la derivación de pacientes hacia la atención privada del mismo médico o de la misma institución; las listas de espera son excesivamente largas en el sistema público, por falta de financiamiento (FONASA reúne el 80% más pobre de la población, cuyas contribuciones entonces no son suficientes para financiar el sistema y competir con los prestadores privados); estos factores contribuyen a que el acceso a una salud de calidad es gravemente discriminatorio, según nivel socio-económico de la persona.

Además, en relación con los remedios, las normas sobre colusión son claramente insuficientes para disuadir acuerdos sobre precios (caso farmacias). El impacto de esta colusión es aún mayor en cuanto a las aseguradoras no están obligadas de ofrecer cobertura de medicamentos en los planes, por lo que los costos de salud son mayoritariamente estos.<sup>26</sup> A futuro, el régimen de propiedad intelectual que impondrían los nuevos tratados de libre comercio si no fueran ratificado con las respectivas reservas, conllevaría además el riesgo de no poder garantizar el acceso equitativo a los remedios, hacia el que está avanzando la legislación nacional, en cumplimiento con los estándares internacionales.

La compra de servicios adicionales al sector privado se efectúa por hospital, disminuyendo así el control sobre tráfico de influencia o derivación a ciertos prestadores por intereses de los médicos o directivos de un hospital. Generación de demanda artificial, bajando rapidez de atención en el sistema público, para que persona se atienda, sin cobertura, en el sistema privado.<sup>27</sup> La consecuencia es una menor accesibilidad y un mayor costo, resultando en discriminación indirecta para quienes se atienden en el sector público.

Las personas que viven en regiones alejadas de la RM, y en distintas comunas de la RM con menor capacidad compradora, sufren discriminación en el acceso a servicios de salud privados, ya que no existe una planificación territorial sobre los servicios mínimos de salud; esta materia queda a la iniciativa de los privados que actúan según una lógica de mercado, no según consideraciones de accesibilidad física de un sistema de salud pública como lo describe la Observación General No. 14 del comité DESC. Este factor se nota especialmente en relación a las farmacias.

Adicionalmente, en relación con los grupos históricamente discriminados, y usando los criterios

<sup>24</sup>Fernando Atria, Efectivamente, no hay salud, en: El Mostrador, 29 de enero 2016, disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/01/29/efectivamente-no-hay-salud/>, y Gerardo Jofré, ¿Nueva Constitución para la Salud? ¡No hay salud!, 31 de diciembre de 2015, disponible en: <http://ellibero.cl/opinion/nueva-constitucion-para-la-salud-no-hay-salud/>.

<sup>25</sup>Jaime Burrows, Subsecretario de Salud, agosto de 2015.

<sup>26</sup>Las normas sí han permitido condenar a médicos que se habían coludido (Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia), ver Cooperativa.cl, “Las sanciones contra los 25 ginecólogos condenados por colusión en Ñuble”, 06 de abril de 2015, confirmado por la Corte Suprema, ver Fiscalía Nacional Económica, “Corte Suprema ordena disolver gremio que reúne a ginecólogos de Ñuble y confirma multas por colusión contra 25 especialistas”, 07 de enero de 2016, [www.fne.gob.cl](http://www.fne.gob.cl).

<sup>27</sup>Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015.

para el derecho a la salud establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la aceptabilidad de los servicios de salud está reducida para la población indígena.<sup>28</sup> Así, no se ha incorporado el reconocimiento de la medicina ancestral (sistema de licencias, recetas médicas, cobertura por Isapres). Además, se constata la urgente necesidad de mejoras en el ámbito de salud mental, que no cuenta con una política pública y regulación suficiente del cuidado por prestadores privados.<sup>29</sup>

Finalmente, En términos de reparación de las violaciones a los derechos humanos que podrían ocurrir, se nos indicó que existe una resolución del Ministerio de Salud que establece rangos para los montos de indemnización, pero carece de aplicación por desconocimiento en los tribunales.<sup>30</sup> No pudimos encontrar la resolución. El hecho que las prestaciones de salud están excluidas del mandato del SERNAC debilita gravemente el derecho al acceso a la justicia de las personas.

Considerando que el derecho internacional define como uno de los elementos del derecho a la salud la calidad de las prestaciones *en igualdad de condiciones*,<sup>31</sup> un factor que no se puede ni siquiera sujetar a la progresividad de la implementación de la obligación, se puede notar que el sistema actual de privatización no garantiza el derecho a la salud tal como se espera.

La regulación actual impide una real redistribución de las cargas en el sistema de salud, ya que no hay pilar solidario entre quienes pueden pagar el sistema privado de salud, y quienes están en el sistema público. La redistribución que se podría lograr mediante impuestos no permite crear en estos momentos un pilar solidario, mientras Chile se basa en una política tributaria minimista incluso para quienes tienen los más altos ingresos y el impuesto para grandes empresas. Esto significa que, en Chile, el acceso a la salud no está suficientemente regulado como para garantizar el derecho a la salud sin discriminación por razones económicas, condición de salud, u otras razones.<sup>32</sup> Mientras el derecho internacional de los derechos humanos no impone un sistema de redistribución de las cargas sociales, sí requiere que el Estado diseñe políticas públicas, incluyendo las de redistribución, para lograr la no-discriminación en las garantías de los derechos sociales.

Por consecuencia, el Estado debe regular a los prestadores privados de tal manera que pueda ofrecer un servicio público de igual calidad, sin discriminación por razones económicas, de discapacidad, de edad o de otra índole, a todas las personas. En este momento, el sistema público se debe hacer cargo de las personas que las Isapres no quieren afiliar, recibe cotizaciones solo de las personas que no pueden financiar un plan de salud privado, pero más aún, por problemas regulatorios no puede retener los profesionales. Finalmente, la asimetría de información sobre precios, planes y exámenes necesarios impide accesibilidad del derecho a la salud; en este sentido, la cantidad y complejidad de la información disponible aumenta la dificultad de tener conocimiento del mercado de salud y tomar decisiones informadas al respecto.

### **Recomendaciones del Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos del 2016:**

- Establecer un sistema de salud que asegure igual acceso a prestaciones de salud de calidad, según priorización de necesidad y urgencia, no según capacidad de pago.

<sup>28</sup>Consulta en curso, *Ibíd.*

<sup>29</sup>Se está elaborando un proyecto de ley. Para un análisis del sistema actual, ver Ester Valenzuela y Elisa Ansoleaga, “Salud mental y derechos humanos: la salud de segunda categoría”, en Tomas Vial, *Op. cit.* (2013), pp. 187-221.

<sup>30</sup>Funcionario de la Superintendencia de Salud, septiembre de 2015, no pudimos encontrar la resolución (los autores).

<sup>31</sup>Ver Comité DESC, OG No. 14, y PIDESC Art. 12.

<sup>32</sup>Sin poder discutir la propuesta en detalle, la Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud llega a conclusiones similares y cumpliría mejor que el sistema actual los compromisos internacionales de Chile en materia de derecho a la salud. Informe disponible en *supra* n. 397.

- Que se establezcan garantías jurisdiccionales para el derecho a la salud (solo es justiciable el inciso final del 19, N° 9, sobre elección del sistema privado y público) y seguridad social.<sup>33</sup>
- Asegurar acceso equitativo, sin discriminación por razones económicas, a los medicamentos, incluyendo mediante reservas correspondientes a régimen de propiedad intelectual de los tratados de libre comercio.
- Regular las compras del sector público al sector privado; mejorar exigencias de producto y limitar ventas innecesarias. Elaborar guía clínica con exámenes requeridos según síntoma. Estandarizar precios y garantizar comparabilidad para aumentar transparencia. Crear facultades de la Superintendencia o SERNAC para fiscalizar prestadores de salud.
- Introducir un sistema de financiamiento de la salud con elementos solidarios obligatorios, como medida contra la discriminación por razones económicas.
- Establecer regulación que garantice la no-discriminación al momento de afiliarse en algún seguro de salud.
- Mejorar acceso a información comprensible y estructurada sobre prestaciones de salud y comparación de precios, limitando la posibilidad de los prestadores de generar una sobrecarga de información que no permite decidir informadamente.
- Planificación de servicios de salud en regiones y áreas con menor poder de compra, mediante un sistema de concesiones para servicios nuevos – con priorización de instalación en áreas con falta de prestadores, y limitación de concesiones en áreas con sobre-cobertura.
- Ofrecer mejores condiciones laborales, exclusivas, en el sistema público, para evitar la fuga de capacidades al sistema privado y evitar profundización de brecha de acceso a salud de calidad. Permitir y exigir a los trabajadores, en cambio, que estén en un 100% en el sistema público.

**Del capítulo “El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y Desafíos” de 2015, las siguientes recomendaciones aún siguen pendientes:**

- Se insta al Estado de Chile a materializar e implementar lo antes posible y en su totalidad el Programa de Acceso a Salud de Personas Migrantes para garantizar el derecho a la salud de ese grupo poblacional.
- Con especial énfasis se insta al Estado de Chile a materializar la adopción de una política migratoria y una reforma al marco normativo sobre migración, incorporando en él un enfoque de derechos y garantizando explícitamente el acceso a los derechos sociales, entre ellos a la salud. El nuevo marco normativo debe ser respetuoso de los estándares internacionales y responder a la situación de los migrantes considerando el contexto chileno y regional.
- El Estado de Chile debe ampliar la implementación del Acuerdo sobre Residencia de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile al resto de las nacionalidades que actualmente se encuentran excluidas de su aplicación.
- Se recomienda al Estado de Chile, adherir al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que reconoce el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental. Este protocolo se encuentra en vigencia en

<sup>33</sup> Envejecimiento y derechos humanos en Chile: las personas mayores maltratadas, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, p. 249.

17 países de la región. Chile, Venezuela, Haití y República Dominicana son los únicos cuatro países que aún no han adherido a él.

- Con relación a los hijos e hijas de extranjeros transeúntes a quienes se les privó arbitrariamente de la nacionalidad chilena al momento de su nacimiento, se sugiere que el Estado adopte las medidas necesarias para difundir el nuevo criterio administrativo y la posibilidad de que esas personas puedan acceder a la rectificación de su partida de nacimiento, obteniendo de esa manera, la nacionalidad chilena y la garantía de sus derechos de salud y educación.
- Vinculado con el punto anterior, se insta al Estado a adherir a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Chile, Venezuela, Guyana y Surinam, son los únicos países de la región que no han adherido a ninguna de las dos convenciones y que tampoco se han comprometido públicamente a hacerlo.
- Se recomienda implementar programas de salud mental con componentes específicos para brindar atención a personas migrantes y abordar las especificidades de sus patologías.
- Se sugiere implementar capacitaciones en habilidades interculturales para los funcionarios de los establecimientos de salud con el fin de poder brindar un servicio de calidad y respetuoso de las diferencias culturales de las personas que acceden a él.<sup>34</sup>
- Con respecto a la necesidad de un flujo de información constante, se recomienda al Estado de Chile generar canales de comunicación eficientes con las comunidades de migrantes y con los establecimientos de salud, de modo de poder transmitir derechos y obligaciones, evitando de esta forma situaciones de discriminación generadas por el desconocimiento de las directrices administrativas y otros factores que inciden en actos discriminatorios hacia las personas migrantes.

**En el capítulo “Salud mental y derechos humanos: la salud de segunda categoría” de 2013, se estudió el sistema de salud mental; algunas de las recomendaciones han sido atendidas a través de la adopción de una política de salud mental. Las siguientes aún siguen pendientes porque aún no se ha adoptada ninguna ley de salud mental con criterio de no-discriminación:**

- Garantizar que el lugar de residencia no constituya una barrera al acceso o a la calidad de la atención en salud mental, puesto que aquello implica una discriminación arbitraria.
- Formular políticas públicas específicas para dar una respuesta oportuna y pertinentemente a las necesidades de la infancia en materia de salud mental. Concretamente, aumentar los dispositivos de salud específicos para niños y niñas y establecer acciones de promoción y protección en materia de salud mental para todos los menores de 10 años, grupo etario representado solo marginalmente en las actuales políticas y estrategias.

**En el capítulo “Derecho a la salud mental: la infancia olvidada” de 2014, se estudió la situación de salud mental de NNA. Las siguientes recomendaciones aún siguen pendientes:**

- El Estado debe evidenciar cuánto del presupuesto de salud mental se destina a la población infantojuvenil.
- Adoptar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore un marco regulatorio en consonancia con la CIDN y las interpretaciones emanadas del Comité, y que establezca garantías relativas al resguardo del derecho a la salud y, concretamente, a la

<sup>34</sup> informe 2015, pag 305

salud mental de NNA.

- Fondos especiales para investigación e iniciativas de prevención: se requiere evidencia científica constante sobre las dimensiones culturales y locales del problema de salud mental infantojuvenil para la evaluación de medidas preventivas. Además, se deben fomentar iniciativas preventivas de ONGs en una agenda inclusiva de la ciudadanía. Para eso se requieren más fondos especiales, similares al propuesto por el vigente concurso FONIS. El desafío está en realizar planes y programas de salud mental basados en datos objetivos, para lograr disminuir las brechas de necesidades insatisfechas respecto a la salud mental de NNA.
- El Estado debe establecer un sistema de información en torno a la atención en salud mental de la infancia y adolescencia con el objeto de disponer de datos relevantes para la elaboración de políticas públicas adecuadas y oportunas en esta área. Para ello debe contar con mecanismos de seguimiento y evaluación de los diversos programas de salud mental dirigido a NNA.
- El Estado debe desarrollar servicios especializados para la atención de la salud mental de niños y adolescentes de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio.
- Elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil más allá de los programas existentes, que, junto con entregar directrices desde una perspectiva de derechos de NNA, establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos dichos derechos.
- El Estado debe establecer alianzas con el sistema universitario para que la formación de los profesionales del área se vincule a las necesidades de la oferta en salud mental infantojuvenil; asimismo, el Estado debe velar por la inclusión en la formación de la perspectiva de derechos de la infancia y adolescencia.
- Los programas existentes no constituyen garantía reclamable, a excepción del programa GES de alcohol y drogas, y del primer episodio de esquizofrenia. El Estado debe establecer un conjunto de garantías explícitas reclamables en relación con la salud mental de NNA.
- Con relación al problema del suicidio juvenil, se requiere un sistema multinivel que debiera incluir la creación de una oficina permanente ad-hoc que supervise progresos, recopile evidencia relevante, realice evaluaciones y considere reformulaciones, evitando tardanzas. Este debe incluir un enfoque de ciudadanía-total; iniciativas de intervención, prevención y posvención; inversión en capacitación en prevención e investigación en suicidio. En síntesis, el Estado chileno debe promover una capacidad instalada en suicidología, hoy inexistente.

**En el capítulo “Las personas privadas de libertad y el acceso a prestaciones de salud en las cárceles chilenas” de 2019, se estudió el sistema de salud y salud mental de personas privadas de libertad, llegando a las siguientes recomendaciones:**

- Implementar una política de controles médicos adecuados y exhaustivos previo ingreso del interno a los recintos carcelarios, con el objetivo de determinar, con detalle, posibles enfermedades que pudiese padecer y, a su vez, controlar eventuales fuentes de contagio a otros privados de libertad.<sup>35</sup>
- Implementar un sistema de derivaciones a centros del medio exterior, estableciendo un

<sup>35</sup> Informe 2019, pag. 488.

proceso de gestión adecuado y profesionalizado que permita solicitar consultas, mejorar el seguimiento de estas y coordinar adecuadamente el traslado de las personas privadas de libertad.

- Implementar un procedimiento de seguimiento de los tratamientos brindados a las personas privadas de libertad, que permita establecer su cumplimiento y, a su vez, la coordinación respectiva para efectos de los controles médicos que se determinen.
- Realizar una inversión sustancial en el mejoramiento de la infraestructura de las cárceles, particularmente, para aumentar la dotación y el personal especializado, y para adquirir insumos médicos, ambulancias y máquinas que permitan realizar tratamientos y diagnósticos adecuados.
- Promulgar una nueva ley de ejecución penitenciaria que incorpore explícitamente los derechos específicos relacionados a la salud que poseen las personas privadas de libertad y, a su vez, un procedimiento administrativo para efectos de solicitar atención médica.
- Establecer un protocolo efectivo, basado en evidencia técnica, respecto al control de enfermedades contagiosas al interior de los recintos penitenciarios, con el objetivo de proteger la salud de las personas privadas de libertad y del personal de Gendarmería.
- Iniciar inmediatamente un proceso de investigación ante el conocimiento de la muerte de algún interno por enfermedad, tomando todas las medidas para preservar los antecedentes médicos que se registren.
- Generar una política pública destinada a favorecer la aplicación de las medidas alternativas a la prisión, así como, también, programas de reinserción social tanto al interior de las cárceles como en el medio libre. En este sentido, racionalizar el uso de las penas privativas de libertad efectivas como respuesta general ante la comisión de delitos, con el objetivo de disminuir el hacinamiento y los efectos negativos de la privación de libertad, entre otros, el efecto criminógeno y, por supuesto, los problemas de salud asociados al encierro.

#### 4. El derecho a la educación

**En el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016 revisamos la estructura de la educación básica y secundaria y el rol que las empresas del sector privado juegan en ella.<sup>36</sup> Acá las conclusiones y recomendaciones que siguen vigentes:**

El acceso al derecho a la educación es desigual, ya que la segregación en el ámbito educacional es incluso mayor que la territorial, aunque en las regiones donde se ha implementado la Ley de Inclusión Escolar (Ley 20.845) hemos podido constatar una leve mejora de los índices de exclusión (Informe 2019). La Ley aún no se implementa en la Región Metropolitana.

La Ley 20.845 sobre Inclusión Escolar no mejora las garantías de calidad de la educación escolar; tampoco abarca las diferencias de calidad entre sistema público / subvencionado y privado, porque excluye a los colegios particulares de su aplicación. Además, la ley excluye NNA con discapacidad.

En el sistema particular, por lo tanto, se mantiene el riesgo de discriminación *de facto* (social y estructural) al momento de selección, ya que no hay garantía de que el criterio de aceptación o

<sup>36</sup> Todos los argumentos que nos llevaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones están disponibles en COMPLETAR.

rechazo de un(a) estudiante en un establecimiento educacional se tome en virtud de la apariencia y/o del apellido (datos que sí se deben entregar al momento de postular). La correlación entre rasgos físicos, apellido(s), lugar de residencia<sup>37</sup> y nivel socio-económico es suficientemente alta en Chile como para establecer la posibilidad significativa de discriminación directa en el acceso a la educación particular, incluso a pesar de la eliminación de cierta información personal o familiar de los procesos de postulación.

Tal como en el sistema de salud, se garantiza la calidad del sistema privado en desmedro del sistema público que no logra retener los profesores buenos, especialmente, en regiones. El problema no es el hecho que exista educación privada, sino el desigual acceso según capacidad de pago. El sistema privado "se lleva" los mejores profesionales, tal como en salud, sin que los colegios públicos puedan competir. Este sistema fue intencionado en la adopción de la normativa respectiva en 1980, pero tiene como consecuencia una segregación extrema de los alumnos, y discriminación de acceso a una educación de calidad.

### **Recomendación Línea Base:**

- Reconocer constitucionalmente el derecho a la educación tal como se encuentra definido en el derecho internacional.
- Adoptar una política pública de igual acceso a una educación de calidad. Establecer incentivos adicionales para la integración escolar de grupos históricamente excluidos.
- Adoptar políticas públicas que implementen los derechos laborales específicos de los profesores de básica y media.
- Establecer como obligación que el curriculum de todos los colegios privados debe estar conforme con los derechos humanos, y que, en particular, debe abarcar enseñanza en materia de todos los derechos humanos para todo el alumnado.

**En el capítulo “Derecho a la educación. Proyecto de admisión ¿justa? Análisis a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de educación” de 2019, se revisaron la Ley de Inclusión Escolar y diversas propuestas para su enmienda, llegando a las siguientes recomendaciones:**

- Avanzar en la implementación de la Ley de Inclusión 20.845, que establece fin al lucro, al copago y la selección, pues avanza en el sentido de los estándares internacionales de derechos humanos en educación. En este contexto, resulta fundamental establecer mecanismos para ampliar el alcance de esta ley a la región metropolitana y a la educación privada.
- No presentar proyectos de ley que promuevan la discriminación por rendimiento académico, esfuerzo o mérito, aptitudes u otros criterios que, en el contexto social chileno, significarían discriminación indirecta. Tales medidas, sin las respectivas garantías, serían contrarias a los estándares internacionales en materia de derecho a la educación y

<sup>37</sup>Ver sobre la temática, Javier Ruiz-Tagle y Esteban López, “El estudio de la segregación residencial en Santiago de Chile: revisión crítica de algunos problemas metodológicos y conceptuales”, *EURE*, Vol. 40, N°119, 2014. Ver también Juan García-Huidobro, *La Segregación Educacional en Chile*, 2013, disponible en [www.espaciopublico.cl](http://www.espaciopublico.cl). Ver igualmente Magdalena Rossetti, “La segregación escolar como un elemento clave en la reproducción de la desigualdad”, Cepal, Santiago de Chile, 2014 y Malena Arcidiácono y otros, “La segregación escolar público-privada en América Latina”, Cepal, Santiago de Chile, 2014.



obstaculizarían, además, una educación orientada al desarrollo de la dignidad humana y de las capacidades de todas y todos los estudiantes.

- Ajustar actuales o futuras propuestas de políticas educativas a una comprensión correcta del significado y alcances de la libertad de enseñanza. En ningún caso, este derecho ha de ser entendido como la libertad de particulares o entidades de seleccionar estudiantes sin garantías explícitas y verificables contra la discriminación directa e indirecta, a menos que constituya una medida de acción afirmativa que cumpla cabalmente con el derecho internacional de los derechos humanos.
- Asegurar el acceso a todos los establecimientos escolares, así como la provisión de recursos y apoyos en la trayectoria educativa, a estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes, considerando la cercanía de los establecimientos a sus hogares. Asimismo, asegurar el acceso prioritario y la provisión de apoyos para el desarrollo de una trayectoria educativa exitosa a estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección en el SENAME.

**En el capítulo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile” de 2014, se estudió la exclusión de NNA con discapacidad en el sistema educacional; algunas recomendaciones han sido atendidas indirecta y parcialmente a través de la adopción de la Ley de Inclusión Escolar. Las siguientes aún siguen pendientes:**

- Resulta de vital importancia alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la Convención. En primera instancia, la Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; en segunda instancia, urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; finalmente, el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos.
- Se requiere instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable. En este punto, se recomienda incorporar la temática de la educación inclusiva y la variable discapacidad, en forma explícita, en la actual propuesta de reforma educacional. En el corto plazo, los programas de integración escolar deben ser parte de una estrategia inclusiva más amplia a implementar por todas las escuelas, en que la variable discapacidad se considere como una diferencia y no como un factor de menoscabo. A mediano plazo, debiera revisarse la conveniencia de mantener estos programas como la estrategia viable que el sistema escolar asume para implementar los mandatos de la CDPcD en materia educacional.
- Es fundamental que las nuevas disposiciones normativas aseguren que todos los establecimientos educacionales chilenos, con y sin financiamiento estatal, ofrezcan vacantes para estudiantes con discapacidad en sus comunidades de pertenencia, proporcionales a la población de las diversas localidades del país. Esto conlleva que todas las escuelas y liceos cuenten con equipos directivos y docentes formados en estrategias de educación inclusiva. Por lo tanto, las políticas de formación inicial y de perfeccionamiento

de profesores en ejercicio debieran asegurar oportunidades en esta línea.

- Se recomienda al MINEDUC incorporar en forma explícita, en las bases curriculares de educación básica y media, orientaciones para atender la diversidad presente en las aulas, incorporando la variable discapacidad. Asimismo, estas orientaciones deben hacerse extensivas a los diversos instrumentos curriculares e incorporar orientaciones específicas en términos de actividades, evaluación y uso de recursos didácticos.
- Resulta crucial reorientar el funcionamiento de las escuelas especiales hacia un rol de colaboración con las escuelas regulares, que posibilite brindar apoyos especializados para el trabajo con estudiantes con discapacidad en contextos de educación inclusiva. Especialmente, se sugiere generar un plan que posibilite la reconversión de las escuelas especiales de lenguaje en jardines infantiles o escuelas de párvulos con enfoque inclusivo.

**En el capítulo “Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva: discriminación por orientación sexual e identidad de género en la educación chilena” de 2015, se estudió la discriminación de estudiantes LGBTI en el sistema escolar; algunas recomendaciones han sido atendidas. Las siguientes aún siguen pendientes:**

- Hacer los ajustes necesarios a la Ley 20.845, de inclusión escolar, con el fin de asegurar que ningún estudiante LGTBI pueda ser discriminado en el sistema escolar, con el pretexto de apelar al principio de libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación. Asimismo, modificar la Ley 20.609, conocida como Ley Zamudio o antidiscriminación, en base a las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.
- Modificar los estándares de formación inicial docente para las diversas carreras de pedagogía, tanto en el ámbito pedagógico como disciplinar, con el fin de asegurar que las nuevas generaciones de docentes cuenten con herramientas para el reconocimiento y acompañamiento de la comunidad LGTBI en la escuela.
- Mantener actualizada la información de la Superintendencia de Educación sobre casos de discriminación e incluir la variable identidad de género como potencial causa de discriminación.

**El capítulo “La equidad de género en el sistema escolar” de 2018 abordó la educación no-sexista en los colegios de Chile. Estas fueron las recomendaciones:**

- Que el Ministerio de Educación dé señales claras respecto a la comprensión del enfoque de género, como una perspectiva que integra la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas, para eliminar las brechas e inequidades entre hombres y mujeres, así como las que se producen debido a la orientación sexual e identidad de género de la población escolar.
- Que el Ministerio de Educación dé explícitamente continuidad al trabajo implementado por la Unidad de Equidad de Género desde 2015 y establezca mecanismos para evaluar los avances del Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018, con el fin de identificar y tomar acciones frente a los desafíos pendientes en materia de equidad de género.
- Que el Ministerio de Educación planifique e implemente un plan de revisión de las bases curriculares con el fin de identificar estereotipos y sesgos de género u omisiones que pueden afectar el desarrollo pleno de niños y niñas, en concordancia con un enfoque de

género, para avanzar en la construcción de una educación no sexista. Este plan debiera comenzar a implementarse durante 2018.

- Que la Superintendencia de Educación organice en una categoría más amplia las posibles materias generales y específicas vinculadas a situaciones de discriminación sexista y de género, y que incorpore una nueva categoría precisa de denuncia por situaciones asociadas a estereotipos, sesgos y discriminaciones por género, que son consecuencia de una educación sexista.

**En el capítulo “Pueblos indígenas, sistema escolar y construcción de identidad” de 2016, se estudió la educación intercultural en Chile. Las siguientes recomendaciones aún siguen pendientes:**

- Modificar las condiciones en que se da el Sector de Lengua Indígena en los establecimientos educativos, dotándolo de un carácter obligatorio para todos los y las estudiantes que asisten a estos establecimientos, sean o no indígenas, de manera de fortalecer la construcción de una identidad cultural que considere activamente las raíces ancestrales ancladas al territorio, así como los aspectos que configuran la historia de Chile en sus diversos períodos. De esta forma, esta política será consistente con los planteamientos de la Ley Indígena y el enfoque del Programa de Educación Intercultural Bilingüe declarado en el sitio web de Mineduc. Esta recomendación debe vincularse al diseño de una política indígena y lingüística integral, que no solo esté atada al Ministerio de Educación, sino a los diversos sistemas de la sociedad, con el fin de revitalizar las lenguas y generar espacios funcionales para su uso.
- Incorporar al currículum de educación básica, primero y segundo medio, objetivos de aprendizaje que apunten a la comprensión de la identidad cultural mestiza, a partir del aprendizaje de la cosmovisión y lengua de los pueblos originarios que habitaron y habitan el territorio chileno. Esto implica asumir que los pueblos indígenas, su cultura y cosmovisión constituyen matrices de la construcción identitaria, y no contenidos de aprendizajes ajenos a la identidad y/o relegados a espacios de folklorización. Estos objetivos deben ser analizados y acordados con las comunidades indígenas.
- Generar propuestas educativas, que consideren de manera efectiva la diversidad étnica que se da en zonas urbanas, particularmente en lo referido al pueblo mapuche en la Región Metropolitana. Estas propuestas deben ser analizadas y acordadas con las comunidades mapuches que habitan la región.

## **5. Derecho a la seguridad social (pensiones)**

**En el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016 revisamos la estructura del sector de pensiones el rol que las empresas del sector privado juegan en ella. Acá las conclusiones y recomendaciones, que siguen vigentes ya que aún no se ha reformado el sistema de pensiones.**

Las pensiones que el sistema de ahorro obligatorio individual (actualmente existente) paga, están en la gran mayoría de casos, debajo del nivel de pobreza.<sup>38</sup> Así, un 93,8% de las mujeres que

<sup>38</sup>Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, “Envejecimiento y derechos humanos en Chile: Las personas mayores

jubilaron en el sistema privado de AFP, lo están haciendo con menos de \$153.590.<sup>39</sup> Este monto no alcanza para financiar la canasta básica.

Chile no se ha preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional. Aun cuando el listado de planes y programas enfocados a los adultos mayores es extenso, Chile aún no ofrece condiciones para enfrentar las demandas y cubrir las necesidades del envejecimiento poblacional, tanto por el insuficiente alcance de las políticas como por la dificultad para atender a la heterogeneidad de este colectivo. Asimismo, se mantiene un imaginario social en relación a la vejez como vinculada al deterioro, la dependencia y la decadencia.<sup>40</sup>

Las personas mayores en Chile viven una situación de vulneración y vulnerabilidad. Estas vulneraciones no solo se reducen a un maltrato físico o psicológico, sino que estamos en presencia de un maltrato sistémico y sistemático donde urge la acción estatal. La privación de las condiciones mínimas de vida de los adultos mayores en Chile, no incluye únicamente los insuficientes ingresos percibidos por este colectivo, sino que en general, se consideran también, las restricciones en el acceso a la salud, la insuficiencia del sistema previsional, las condiciones laborales precarizadas y/o la baja participación en la vida social. Se suma a este panorama, la percepción de que la vejez está asociada a la pérdida de capacidad, dentro de lo que hemos llamado una autonomía regresiva, que conlleva un maltrato sistémico hacia la población mayor.<sup>41</sup>

Las mujeres adultas mayores viven en condiciones más desfavorables respecto a sus pares masculinos. Además de la situación de vulnerabilidad que sufren por ser adultos mayores, son víctimas de las desigualdades estructurales, sociales y económicas de nuestro país en relación al género. Sus interrumpidas trayectorias laborales se traducen en peores pensiones que las que tienen los hombres. Asimismo, la división sexual del trabajo las obliga a mantener a su cargo las tareas domésticas y de cuidado, ya sea de niños u otros adultos mayores y familiares con discapacidades, lo que significa un enorme desgaste físico y mental que deben enfrentar en soledad y careciendo de herramientas suficientes para llevar a cabo esta labor de cuidado.<sup>42</sup>

El promedio de brecha salarial entre hombres y mujeres es del 18%, que varía por nivel educacional llegando hasta el 40%. Luego, la historia laboral promedio de los hombres tiene un 74% de trabajo remunerado, mientras que en el caso de las mujeres la cifra es del 40%. Esto *se repercute* en los montos de pensiones, considerando además que las tareas de cuidado de NNA, personas con discapacidad y adultos mayores están principalmente a cargo de las mujeres. Se agrega que, por la diferencia de expectativa de vida entre hombres y mujeres, las pensiones para mujeres se distribuyen sobre más años.<sup>43</sup>

Según datos de la comisión Marcel,<sup>44</sup> los cinco años de diferencia en la edad de jubilación disminuyeron entre un 30 y un 40% el monto de la pensión para las mujeres. Además, el informe de la Comisión Bravo entiende como un hecho probado que los afiliados no perciben la totalidad del monto publicado como rentabilidad bruta de los fondos.<sup>45</sup>

maltratadas”, en Tomás Vial, Op. cit (2015).

<sup>39</sup>Fundación Sol, Porcentaje de jubilados con pensiones menores a \$153.590, por sexo, disponible en <http://www.fundacionsol.cl/graficos/porcentaje-de-jubilados-con-pensiones-menores-a-153-590-por-sexo/>.

<sup>40</sup> Informe 2015, p. 247.

<sup>41</sup> Informe 2015, p. 247.

<sup>42</sup> Informe 2015, p. 248.

<sup>43</sup> Línea base resumen, p. 51-52. Véase también Superintendencia de Pensiones, 2015, <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-10846.html>.

<sup>44</sup>A la cual le encargaron el estudio previo para la reforma del año 2008.

<sup>45</sup>Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (en adelante, “Comisión Bravo”), *Informe Final*,

Los afiliados a las AFP asumen todos los riesgos del mercado laboral y de capitales, antes de jubilarse y en el momento de jubilarse en la medida que optan por el pago programado de todos sus fondos en este momento. La AFP asume solo el riesgo de la garantía de una renta vitalicia. Adicionalmente, existe una desventaja informativa en perjuicio del afiliado.<sup>46</sup>

Es necesario generar a nivel nacional, una ley de protección del AM que reconozca las especificidades de esta población, fije las directrices que impulsen un debido cuidado de sus necesidades y los sitúe como sujetos de derechos con autonomía. Se precisa una legislación que sea capaz de entregar respuestas a este grupo vulnerable que posee necesidades específicas y que reconozca, entonces, la especificidad de este grupo. Dicha Ley debiese contar con derechos y garantías; indicar ámbito de aplicación e interpretación y establecer mecanismos de protección jurisdiccionales, administrativos e institucionalidad.<sup>47</sup>

Institucionalidad débil para la protección de las personas mayores. La ausencia de una entidad con la suficiente fuerza para sincronizar los distintos programas y planes provenientes de diferentes reparticiones gubernamentales, impide tener visión estratégica e intersectorial. Tampoco existe un órgano estatal con la facultad de evaluar, supervigilar y, en su defecto, aplicar sanciones respecto de la acción de otros organismos públicos en materia de medidas de protección para los adultos mayores.<sup>48</sup>

Finalmente, no hay incentivos ni legislación que excluya de las carteras de inversión de las AFP, empresas que grave o reiteradamente infringen los derechos humanos, empezando por violaciones del derecho a la vida, integridad, grave contaminación, y graves violaciones a los derechos laborales.<sup>49</sup>

### **Recomendaciones Línea Base 2016:**

- Establecer un sistema de pensiones acorde al derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC, según los principios e interpretación del derecho establecidos en la Observación General sobre el Derecho a la Seguridad Social del Comité DESC No. 19. Si este sistema se financia por impuestos y subsidios, el Estado debe garantizar que los gastos que genera este sistema no perjudican la garantía de otros derechos sociales.

### **Informe 2015, Envejecimiento y derechos humanos en Chile: las personas mayores maltratadas. Recomendaciones:**

- Que la Constitución consagre el derecho a la seguridad social concebido desde los principios de universalidad y solidaridad en materia de previsión social.
- Que se establezcan garantías jurisdiccionales para el derecho a la salud (solo es justiciable el inciso final del 19, N° 9, sobre elección del sistema privado y público) y seguridad social.
- Es urgente revisar el actual sistema de pensiones basado en la capitalización individual y avanzar hacia sistemas que incorporen el componente de solidaridad, pilar fundamental de la protección social en el mundo. En la actualidad el sistema de pensiones basado en Fondos

septiembre de 2015.

<sup>46</sup>Comisión Bravo, *Informe Final*, septiembre de 2015, p. 55.

<sup>47</sup>Informe 2015, p. 248.

<sup>48</sup>Informe 2015, p. 248.

<sup>49</sup>Línea Base 2016, p. 52.

de Administración de Pensiones, actúa como una fábrica de pobreza en la población de adultos mayores de nuestro país, donde vejez es sinónimo de empobrecimiento.

- Fortalecimiento de la institucionalidad. Creación de una Superintendencia que coordine y supervigile las acciones multisectoriales que tienen como beneficiarios a los AM; fortalecimiento del SENAMA como una entidad que cuente con las potestades para confeccionar, coordinar y evaluar los planes y políticas enfocadas a las personas mayores, erigiéndose como una repartición que pueda colocarse a la cabeza del trabajo intersectorial de los planes que tienen como beneficiarios a los adultos mayores. Por ejemplo, incluir competencias de representación jurídica de los adultos mayores en casos de vulneración de sus derechos.
- La creación de una Ley de Protección de Derechos de los Adultos Mayores, que contenga garantías específicas para resguardar el efectivo ejercicio de derechos de las personas mayores.
- Elaboración de un Plan Nacional sobre el adulto mayor, con el objeto de entregar directrices y coordinar las diversas acciones estatales (y municipales) para evitar los déficits en materia de trabajo intersectorial y establecer las orientaciones en esta área, con el fin de garantizar el pleno desarrollo de los adultos mayores.
- Establecer incentivos no-vinculantes y eventualmente vinculantes para que las AFP excluyan de las carteras de inversión las empresas o instituciones financieras que grave- o reiteradamente infringen los derechos humanos, empezando por violaciones del derecho a la vida, integridad, contaminación grave, y graves violaciones a los derechos laborales.<sup>50</sup>

**A partir del análisis sobre cuidado privatizado a NNA, adultos mayores y personas con discapacidad en el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016, se recomendaron las siguientes medidas:**

El cuidado de niños, niñas y adolescentes, adultos mayores o personas con discapacidad es una tarea del Estado, y en gran medida a cargo de órganos públicos. Sin embargo, éstos terciarizan ciertos servicios a terceros, y es allí donde aparece el PR 5 como estándar. Aunque el presente estudio no pudo abarcar el tema del cuidado con la profundidad que hubiera requerido, por la falta de datos, pudimos constatar que SENAME no cuenta con recursos para prevenir, investigar, fiscalizar o sancionar las vulneraciones de derechos humanos por parte de empresas y otros actores privados.<sup>51</sup>

No hay fiscalización eficaz del cuidado de personas con enfermedades de salud mental<sup>52</sup> o con discapacidad por parte de prestadores privados. El régimen de interdicción y la falta de una regulación de la capacidad jurídica conforme a los estándares internacionales (CDPcD) agrava la vulnerabilidad de personas con necesidad de cuidado, y reduce considerablemente la posibilidad de denuncias.

El Reglamento de ELEAM (DS 14/2010 del Ministerio de Salud) no cumple con los estándares internacionales en la materia, especialmente, en relación al derecho a mantener su autonomía, la fiscalización de los establecimientos de cuidado, recibir información, privacidad, seguridad

<sup>50</sup> Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos 2016.

<sup>51</sup> Solicitud de Acceso a la Información Pública, SENAME, AK004W0000804, solicitada el 18 de agosto de 2015, respondida el 23 de septiembre de 2015.

<sup>52</sup> Ver, por ejemplo, Ministerio de Salud, *Sistema de salud mental de Chile*, Santiago, junio de 2014, disponible en [http://www.who.int/mental\\_health/who\\_aims\\_country\\_reports/who\\_aims\\_report\\_chile.pdf](http://www.who.int/mental_health/who_aims_country_reports/who_aims_report_chile.pdf).

personal.<sup>53</sup>

### **Recomendaciones:**

- Establecer un sistema de fiscalización preventiva, periódica, y eficaz de todos los establecimientos privados (y públicos, aunque no atañe a este estudio) de corta y larga estadía (formales e informales), en colaboración con una Superintendencia y el Ministerio Público en casos de delitos.
- Implementar capacitación de cuidadores, y profesionalización del cuidado, incluyendo por parte de familiares.

## **6. El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores y las trabajadoras**

Los derechos fundamentales del trabajador / de la trabajadora hoy cuentan con un resguardo relativamente sólido, sin embargo, la institucionalidad fiscalizadora y judicial no dan abasto con la cantidad de casos. Hay una sobrecarga de trabajo que hace irreal la tutela judicial efectiva. Además, los tribunales principalmente son competentes una vez que la persona tiene trabajo. Además, persisten dos problemas graves, a parte de la desigualdad de remuneraciones y la discriminación en el acceso al trabajo: el respeto y la protección a los derechos laborales colectivos, por una legislación que controla la actividad sindical, y que restringe fuertemente dos derechos esenciales: negociación colectiva, cuya acción se centra en la empresa, y una huelga que no tiene eficacia; además, la protección de la seguridad y salud en el trabajo es deficiente, especialmente, en el sector informal donde no hay garantías de trabajo decente por falta de regulación y fiscalización.

### **a. Salud y Seguridad en el Trabajo**

Si bien en materia de seguridad y salud laboral, la legislación es abundante y dispersa, no existe en Chile un sistema de Salud y Seguridad en el Trabajo, lo que viola el PIDESC y varios convenios de la OIT ratificados por Chile. Contrastando la realidad chilena con la Observación General No. 19 que desarrolla el derecho consagrado en el PIDESC, se observa que aún no se ha implementado un sistema de SST con definiciones claras y actualizadas de riesgos y un sistema de fiscalización;<sup>54</sup> los proyectos de ley respectivos están sin avance en el Congreso, a excepción del Boletín 9302-13 que Modifica el decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para eliminar barreras en el acceso al empleo que perjudica a personas con discapacidad (ver especialmente, informes SUSESO Revisión de Normativa 2011 y Comisión Asesora Presidencial sobre SST).

El principio general en la materia está establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, el cual dispone que el empleador debe adoptar todas las medidas que resulten necesarias para proteger

<sup>53</sup>Tania Mora, "Los Derechos Fundamentales de las Personas Mayores Institucionalizados en Establecimientos de Larga Estadía en Chile", Tesina de Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, supervisada por Tomás Vial, 2015.

<sup>54</sup>María Carolina Vargas, "Reformas al sistema chileno de seguridad y salud en el trabajo (SST)", *Revista Chilena de Salud Pública*, Vol. 18, N°1, 2014, pp. 19-24.

eficazmente la vida y salud de los trabajadores.<sup>55</sup> Sin embargo, el Código del Trabajo no protege a todos los trabajadores; en particular, 30,9% (2013) de quienes trabajan lo hacen en el sector informal (40,5% para el sector de construcción),<sup>56</sup> muchas veces con ausencia de contratos, seguridad social o previsión. Usualmente, en los sectores informales, la (in)observancia de la legislación es sub-fiscalizada. Se constata en general una baja capacidad de fiscalización por parte de la SUSESO.<sup>57</sup> Además, en sectores específicos con mayores riesgos, como la pequeña y mediana minería, incluyendo los contratistas donde ocurre la mayoría de los accidentes fatales, y en el sector silvoagropecuario, existen importantes lagunas de regulación. Chile aún no ha ratificado los Convenios 176 y 184 sobre Seguridad y Salud en Minas y Agricultura de la OIT.<sup>58</sup>

Está pendiente una reforma a la seguridad minera, con apoyo estatal y gremial solidario para pequeña y mediana minería en 2011, Proyecto de Ley de Seguridad Minera perdió por un solo voto en la Cámara de Diputados. Así, siguen existiendo vacíos de regulación. Especialmente, falta prevenir accidentes laborales fatales en la minería, que ocurren principalmente en pequeña y mediana minería, y enfermedades laborales de lenta generación.

## Recomendaciones

- Ratificar los Convenios 176 y 184 de la OIT, adoptar una Ley de Seguridad Minera, y especialmente, un sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, con normativa que se ajuste a los estándares internacionales, un mecanismo eficaz de fiscalización, y medidas de incentivos y apoyos para las pequeñas y medianas empresas.
- En casos de contratación, sub-contratación y otras formas de tercerización, hacer extensiva la responsabilidad *completa* por SST a la empresa principal, no solamente en relación a la provisión de los implementos de protección personal.
- Adoptar correspondiente Ley de Seguridad Minera.

### b. Acceso al Trabajo y trabajo precario

Según el PIDESC, y la interpretación autoritativa que, por delegación, hizo el Comité de DESC de su Art. 6, el derecho al trabajo tiene como finalidad que toda persona pueda "vivir con dignidad".<sup>59</sup> Este derecho no se cumple en Chile, por el nivel insuficiente de la gran mayoría de los sueldos,<sup>60</sup> y por la precariedad de los empleos. En Chile, un 33% de los ocupados gana menos de un 210.000\$ mensuales, un 53,5% (acumulado) menos que 300.000\$, y 79% (acumulado) menos de 500.000\$ al mes.

<sup>55</sup>Datos referenciales en la página de la OIT, ver <http://www.ilo.org/safework/countries/americas/chile/lang--en/index.htm>.

<sup>56</sup>Silva, Juan Ignacio, Cámara Chilena de Construcción, Informalidad en el Empleo en Chile, 2013.

<sup>57</sup>María Carolina Vargas, "Reformas al sistema chileno de seguridad y salud en el trabajo (SST)", *Revista Chilena de Salud Pública*, Vol. 18, N°1, 2014, pp. 19-24.

<sup>58</sup>La SUSESO no publicó las memorias anuales de salud y seguridad en el trabajo para los años 2014 y 2015, comprometidas por la Ley 20.691 que creó también la Intendencia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Por la falta de transparencia, no se pueden evaluar los avances.

<sup>59</sup>Comité DESC, OG N°18, párr. 1.

<sup>60</sup>Fundación Sol, Los Verdaderos Sueldos de Chile, 2015, resumen disponible en <http://www.24horas.cl/economia/cuales-son-los-verdaderos-sueldos-en-chile-1568841>. Los porcentajes fueron elaborados con datos Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos del INE (enero 2015).



Además, la Tasa de Desempleo Integral con un 10,75%,<sup>61</sup> casi duplica la tasa de desocupación (un 6,06% en el último trimestre del 2015, según MIDESO y un 5,8%, según el INE). La tasa de subempleo se calcula en un 50,6%.<sup>62</sup> El aumento de empleo en los últimos 5 años corresponde en un 68,5% a empleo con alta probabilidad de precariedad, especialmente subcontratación o la condición de asalariado externo.<sup>63</sup> Solo un 53,7% de los empleos en el sector privado está protegido por el Código del Trabajo, y "solo el 57,6% [de éstos] tiene un contrato laboral indefinido con cotizaciones, salud y seguro de cesantía."<sup>64</sup>

Adicionalmente, no hay garantías de no-discriminación para los procesos de selección de los trabajadores, ni al momento de contratar, lo que vulnera adicionalmente el Convenio N° 111 sobre no discriminación en el empleo y ocupación. Así, no hay una protección específica contra actos de discriminación en la contratación, por participación o liderazgo en un sindicato, por género, pertenencia a un pueblo indígena, por discapacidad, por origen social, apellido o lugar de residencia, por haber estado privado/a de libertad, o por otras causales prohibidas, ya que la acción de tutela de derechos fundamentales no tiene cabida, según lo dispone el artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo.<sup>65</sup> Esta desigualdad vulnera el derecho al trabajo, y en sí, la prohibición de discriminación. No existe acceso a la justicia en relación a esta situación, ni medidas sistemáticas que enfrenten esta discriminación directa o indirecta.<sup>66</sup>

## Recomendaciones

- Crear garantías efectivas de no-discriminación en los procesos de selección para un empleo. En ese sentido, adoptar medidas eficaces, incluyendo sistemas de postulaciones con anonimización de datos personales, para disminuir la discriminación por nivel socio-económico, lugar de trabajo, y apellidos en el acceso laboral.
- Introducir de cuotas transitorias para miembros de grupos históricamente discriminados.
- Adoptar y fortalecer iniciativas de fomento del empleo formal.

**En el capítulo “Derechos Laborales. Empleo desprotegido en Chile” de 2019, se revisaron las condiciones laborales formales precarios e informales, llegando a las siguientes recomendaciones:**

<sup>61</sup>Tasa de Desempleo Integral (TDI).- Relación porcentual que incluye el desempleo abierto, el desempleo oculto y el desempleo equivalente por subempleo, en relación a la suma entre la Población Económicamente Activa y el total de personas desalentadas (las que detuvieron la búsqueda de trabajo por la estructura del mercado laboral). Ver Fundación Sol, IMCE, 31.12.2015, disponible en [www.fundacionsol.cl](http://www.fundacionsol.cl).

<sup>62</sup>Fundación Sol, IMCE, p. 7.

<sup>63</sup>Fundación Sol, IMCE, p. 6.

<sup>64</sup>Fundación Sol, IMCE, p. 7.

<sup>65</sup>No se pudieron encontrar datos actualizados sobre acceso (sobre diferencias en remuneración hay datos en el sector público, pero no sobre acceso). Sobre acceso, ver el interesante estudio de Bravo, Sanhueza, Urzúa, An Experimental Study of Labor Market Discrimination: Gender, Social Class and Neighborhood in Chile, para el Banco Interamericano de Desarrollo, Research Network Working Paper #R-541, 2008. En cuanto a la remuneración, en 2004, la variable socio-económica era tres veces más influyente que la apariencia, y dos veces más influyente que el género, ver Nuñez y Gutiérrez, Classism, Discrimination and Meritocracy in the Labor Market: The Case of Chile, Universidad de Chile, 2004.

<sup>66</sup>La discriminación es indirecta cuando, por ejemplo, las exigencias para un cierto trabajo son exageradamente altas, y por lo tanto, personas de estratos socio-económicos desventajados, que suelen tener una menor educación formal, quedan fuera del proceso de postulación.

- Fortalecer la capacidad de fiscalización de la Inspección del Trabajo: aumento de dotación y potestades fiscalizadoras, y mayor formación y perfeccionamiento de los fiscalizadores.
- Realizar campañas de formación para que los trabajadores informales conozcan cuáles son sus derechos y cómo exigirlos. Estas campañas de información y difusión son muy relevantes para el caso de los trabajadores migrantes, minorías étnicas y mujeres.
- Establecer un sistema de negociación colectiva por rama con el fin de dotar a los trabajadores de un mayor poder negociador y, de esa forma, las organizaciones sindicales puedan reivindicar de manera efectiva mejores condiciones de trabajo y remuneración.
- Promover políticas públicas que propicien la eliminación del trabajo informal para garantizar el acceso de todos los trabajadores a la protección laboral y a la seguridad social.
- Promover la legalización de empresas no registradas, eliminando trabas y reduciendo costos. Muchas veces los costos de formalización de la actividad económica son altos o los procedimientos sumamente complejos y burocráticos. Acoger, en este sentido la Recomendación N° 189 de la OIT56 sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, en cuanto a la eliminación de barreras, reducción de costos de transacción e incremento de las ventajas de registrarse y legalizarse.
- 6. Proporcionar a las micro y pequeñas empresas asistencia técnica para una mejor comprensión y aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social.

### c. Igualdad de remuneraciones

En general, el trabajo, con pocas excepciones, está subvalorado económicamente:<sup>67</sup> el sueldo mínimo no permite al trabajador / a la trabajadora y su familia ejercer sus otros derechos humanos, especialmente los DESC y el acceso a la justicia. Además de existir muchos trabajos precarios, el acceso a mejores condiciones está además sesgado. Así, la brecha salarial entre hombres y mujeres es de hasta un 40%, a pesar de que la legislación consagre el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres (artículo 62bis del Código del Trabajo). La referida definición, sin embargo, no siguió los parámetros de la OIT, ya que se refiere a un mismo trabajo o trabajo igual, terminología que de acuerdo a los estándares internacionales no es la más adecuada por ser muy acotada. En cambio, el término de trabajo de igual valor contemplado en el Convenio N° 100 de la OIT es más amplio ya que engloba trabajos que son de naturaleza distinta, pero que sin embargo, son de igual valor (CEACR, 2014).

Se observa una muy significativa brecha salarial entre personas que pertenecen a un pueblo indígena, y quienes no. "Un trabajador que no pertenece a pueblos originarios, percibe un 43,4% más en relación a aquel que pertenece a pueblos originarios (brecha salarial bruta)."<sup>68</sup> Incluso si "se comparan a dos trabajadores que trabajan igual cantidad de horas y que tienen la misma edad, experiencia laboral, escolaridad, nivel de capacitación y que trabajan en el mismo sector o rama económica, en una empresa de similar tamaño, en la misma región y comparten igual categoría ocupacional, grupo ocupacional u oficio, se puede concluir que una persona que no pertenece a un pueblo originario gana entre un 29,8% y un 35,4% más. Si se considera sólo a los hombres, se observa que la brecha se ubica entre un 38% y un 49,1 %."<sup>69</sup>

<sup>67</sup>Fundación Sol, IMCE.

<sup>68</sup>Gonzalo Durán y Marco Kremerman, "Despojo salarial y pueblos originarios", Santiago, Fundación Sol, diciembre de 2015, disponible en <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/12/Despojo-salarial-y-Pueblos-Originarios-Diciembre-2015.pdf>.

<sup>69</sup>Ibíd.

## Recomendaciones

- Tomar medidas eficaces - legislativas y de incentivos - para lograr la igualdad de remuneraciones, entre hombres y mujeres, entre indígenas y no-indígenas, personas con y sin discapacidad, especialmente.
- Valorar económicamente el trabajo, y aumentar el sueldo mínimo y el nivel de sueldos en general y seguir tomando medidas para bajar el costo de la protección de los derechos vinculados a necesidades básicas.
- Adoptar legislación para proteger las y los trabajadoras / os temporeras / os, especialmente en la agricultura, especialmente, garantías de empleo formal, sueldo mínimo, prohibición de plaguicidas más dañinos a la salud, e introducir obligaciones de rotulado, información, protección y capacitaciones para todos los trabajadores. Garantía de derechos colectivos, de salud e higiene. Aumentar la capacidad de fiscalización.

### d. Derechos laborales colectivos

**En el capítulo “Derechos laborales: los límites del derecho de huelga. El talón de Aquiles de la reforma laboral” de 2018, se revisaron las reformas al derecho de huelga, llegando a las siguientes recomendaciones:**

- Derogar la prohibición absoluta de ejercicio del derecho de huelga.
- Derogar la acción judicial de reanudación, y en casos que por las características, duración o extensión de una huelga se cause un grave daño a los derechos a la vida, salud o seguridad de las personas, se debe activarse la medida de limitación de servicios mínimos, los que deben ser acordados por las partes. Solo ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, debe intervenir una autoridad imparcial (idealmente un órgano autónomo) para determinar la procedencia de esta medida de limitación y su nivel o alcance.
- Determinar con mayor precisión la institución de los servicios mínimos, debiendo el legislador determinar con mayor precisión sus causales de aplicación, restringiéndolos a aquellos servicios destinados a garantizar los intereses vitales de la sociedad (vida, salud y seguridad de las personas). Ahora, como los intereses en conflicto son los de los trabajadores que desean ejercer en plenitud su derecho de huelga, por un lado, y los de los usuarios que no quieren ver alterada la satisfacción de sus intereses vitales, por otro, quienes debiesen intervenir en la calificación de los servicios mínimos son precisamente los titulares de tales intereses, esto es, las organizaciones sindicales y los usuarios. Como estos últimos carecen de una estructura organizacional, será la autoridad administrativa, en tanto representante de sus legítimos intereses, la que deberá actuar en dicha negociación. En caso de que no se logre acuerdo, podrá prever que las diferencias de las partes sean resueltas por un tribunal arbitral o un órgano autónomo creado por ley.
- Consagrar de forma expresa en la ley un procedimiento de impugnación judicial, en caso de que los servicios mínimos y equipos de emergencia sean calificados por algún organismo del Estado.

**En el capítulo “La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos” de 2015, se revisó el derecho a la negociación colectiva, llegando a las siguientes recomendaciones (actualizadas tomando en cuenta la reforma laboral del 2017):**

- Reconocer a nivel constitucional el derecho a negociación colectiva por rama o sector de actividad económica con alcance universal (tanto para el sector público como privado).
- Eliminar los grupos negociadores que en la jurisprudencia pos-2017 siguen reconociéndose.
- Eliminar las restricciones respecto de las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva, particularmente, sobre la potestad de mando y la dirección del empleador.
- Reducir la intervención de la autoridad administrativa en el proceso de negociación colectiva.
- Eliminar las tipologías de negociación colectiva reglada y no reglada, consagrando un único derecho a negociar entre los actores sociales, los que gozarán de autonomía para definir sus etapas.
- Consagrar un verdadero derecho al piso de negociación colectiva, manteniendo el valor real de remuneraciones reajustable según IPC.
- Eliminar los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

**A partir del análisis del capítulo “Radiografía del empleo público en Chile: derechos laborales de los funcionarios públicos” de 2016, se recomendaron las siguientes medidas:**

- Garantizar en nuestra Constitución Política el derecho de negociación colectiva con alcance universal, es decir, aplicable a organizaciones sindicales públicas y privadas.
- Consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal (trabajadores públicos y privados), admitiendo posibles restricciones –pero nunca la prohibición– en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término.
- Consagrar un modelo de relaciones colectivas en el Estado con un carácter de promoción y respeto de la libertad sindical.
- Redefinir el modelo de empleo público en Chile con participación directa de las organizaciones de trabajadores públicos, a fin de avanzar hacia un modelo de respeto de derechos, donde los trabajadores puedan incidir en la determinación de sus condiciones de trabajo.
- Robustecer las garantías de acceso al empleo público a fin de eliminar los factores y favores políticos que están detrás de la contratación de un gran número de trabajadores.
- Restringir las renovaciones sucesivas de contratos con el propósito de establecer límites temporales, luego de los cuales se entenderá que tal contratación pasa a ser indefinida.
- Uniformar la regulación del trabajo al interior del Estado a fin de eliminar las diversas categorías de trabajadores que actualmente existen.

## **7. Derecho a la vivienda**

A pesar de contar con un cumplimiento importante y eficaz del Estado en materia de construcción antisísmica, que cumple con los estándares del Comité DESC elaborados en materia del derecho a la vivienda digna (No. 4 y 7), con relación a otros aspectos del derecho a la vivienda, Chile no cumple sus obligaciones internacionales. Por falta de regulación territorial y del mercado de precios de la vivienda, el acceso a la vivienda sin discriminación territorial (manteniendo el entorno de vida de la persona) no se garantiza. Aún no se han erradicado los campamentos. En comunas con menores ingresos, faltan espacios verdes y comunitarios.

Existe una asimetría clara entre los fiscalizadores (Dirección de Obra de la Municipalidad) y actores privados que llevan actividad empresarial o industrial muy importante a la comuna.

Finalmente, el sistema de aprobación de la construcción es en primer instancia privado (revisores independientes), por lo que el incumplimiento de la normativa solo se detecta en el proceso de revisión sumaria de la Dirección de Obra o por reclamo de privados.

### **Recomendaciones:**

- Adoptar medidas de planificación de vivienda social que sean conformes a los derechos humanos, especialmente, en relación a los servicios asociados (salud, educación) y la accesibilidad (trabajo). Regular para estos efectos, si es necesario, el mercado de suelos. Implementar diseño universal para toda vivienda social, y como norma de construcción.
- Erradicar, si es necesario en alianzas público-privadas, los campamentos.
- Eliminar hacinamiento en viviendas, especialmente, de migrantes. Prohibir y fiscalizar eficazmente, usura en arriendos a migrantes.

## **8. El derecho a un medioambiente adecuado y sano y el derecho humano al agua**

En el Informe Anual de DDHH del año 2007, se introduce por primera vez un capítulo que aborda el análisis del derecho a un medio ambiente adecuado desde la perspectiva de los derechos humanos. A lo largo de los siguientes años, el Informe ha incorporado la revisión de diversos aspectos que dicen relación con la vulneración de este derecho en nuestro país, estableciéndose numerosas recomendaciones a partir de análisis de casos y temas específicos.

En particular, el enfoque adoptado para la investigación realizada durante todos estos años ha sido identificar los principales derechos humanos que se ven afectados en casos de degradación del medio ambiente en Chile. Estos derechos son, principalmente, el derecho a la vida, a la salud, el derecho al agua, los derechos culturales, el derecho a un ambiente sano en el trabajo y el derecho de acceso a la información y participación pública.

A partir de este análisis y enfoque se propone, además, la idea de una Justicia Ambiental,<sup>70</sup> que reconoce que, si bien la mayor parte de la población se ve expuesta a los nocivos efectos que

<sup>70</sup>Esta idea permite desarrollar un marco conceptual más amplio que el que aquí se plantea, sin embargo, para efectos del Informe Anual de DDDHH, cumple la función de reunir y expresar las características principales de las vulneraciones a los derechos humanos a partir de la degradación ambiental.

generan los problemas medioambientales, por muy diversos factores, éstos no suelen distribuirse de manera equitativa. Así, son varios los casos en que el mayor impacto medioambiental negativo sobre el goce y ejercicio de los derechos ya identificados - como la vida, la salud e, incluso, la propiedad - suele ser asumido por los sectores más vulnerables de la sociedad. Así, hemos identificado a lo largo de estos años importantes vulneraciones a los derechos humanos a partir de la inequitativa distribución de las cargas y beneficios ambientales entre los miembros de nuestra comunidad.

Como presupuesto de una distribución más equitativa de las cargas y beneficios ambientales, surge la dimensión *participativa* de la Justicia Ambiental. Es decir, se postula la necesidad de un diseño institucional y procedimental que garantice a la ciudadanía la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones ambientales. De lo que se trata, a fin de cuentas, es de reconocer a la ciudadanía facultades de incidencia real y efectiva en los procesos de toma de decisiones, de forma que sus planteamientos sean ponderados en un plano de igualdad respecto de cualquier otro punto de vista. Es decir, que la participación pública marque una diferencia en la decisión final.

Es en este contexto en que se enmarcan las siguientes recomendaciones que se han propuesto a través del Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de la UDP. Se seleccionan a continuación, aquellas recomendaciones más generales y estructurales y, que, al día de hoy, mantienen su vigencia.

**a. Justicia ambiental distributiva. No discriminación ambiental. Capítulos del Informe de los años 2008, 2010, 2011, 2012.**

- Introducir la dimensión distributiva de la justicia ambiental en la confección e implementación de toda política, plan, programa y regulación de carácter ambiental, o de carácter sectorial con relevancia ambiental. Es decir, incorporar la evaluación de la distribución equitativa de cargas ambientales a partir de cualquier decisión pública relevante.
- En el contexto del SEIA, diseñar sistemas efectivos y vigorosos de compensación, mitigación y reparación ambientales, en aquellos casos en que se decida imponer determinadas cargas ambientales a una comunidad que ya conviva con otra u otras.
- Fuera del contexto del SEIA, prestar muchísima más atención al Ordenamiento Territorial y a la Evaluación Ambiental Estratégica. Son los instrumentos más idóneos para introducir los elementos de la justicia ambiental distributiva en la definición de los proyectos de inversión. Si bien estos instrumentos existen en la actual legislación, se encuentran, por regla general, limitados a los Instrumentos de Planificación Territorial (IPT).
- Implementar programas de reparación para los vecinos de zonas en que se concentren cargas ambientales. Por ejemplo, los capítulos del Informe 2010 y 2012 analizan en particular los siguientes casos:
  - **Rinconada de Maipú en la Región Metropolitana.** Se señala que estos programas deben reunir a los actores públicos y privados relevantes, e incorporar medidas concretas tales como la creación de áreas verdes; la dotación de consultorios de salud; la asignación de los recursos suficientes para el desarrollo de planes de educación ambiental; diseño de un plan de mejoramiento vial, que incluya la instalación de veredas y ciclovías en toda su extensión; fijar un plazo perentorio para la construcción de un camino alternativo para el ingreso al relleno sanitario,

que de no cumplirse importe la revocación de la RCA que autorizaba el proyecto; idear mecanismos de generación de empleo en el mismo sector.

- **Quintero y Puchuncaví en la Región de Valparaíso.** Se establece como recomendación que el Estado debe aprobar una ley de reparación de daño a las personas y el medioambiente por el actuar histórico de empresas públicas, en el que se debe definir la contribución de empresas privatizadas.
- Establecer por parte del Estado un procedimiento de evaluación de impacto a los derechos humanos (*Human Rights Impact Assessment*), incluyendo medidas de prevención, mitigación y reparación, para complejos industriales e industrias de alto impacto.
- Establecer la obligación legal para todas las empresas de publicar los detalles de la inversión en medioambiente y derechos humanos (no solamente el monto global de la inversión), una vez realizada.

#### **b. Justicia ambiental participativa. Participación e Información ambiental. Capítulos del informe de los años 2009, 2010, 2011 y 2019.**

##### **Participación.**

- Diseñar mecanismos de participación ciudadana capaces de garantizar una adecuada ponderación de los planteamientos locales que se establezcan durante los procesos de toma de decisiones ambientales.
- Conferir espacios participativos efectivos en la elaboración de planes, programas, políticas y regulaciones de carácter ambiental, o de carácter sectorial con relevancia ambiental.
- Conferir espacios efectivos (no discrecionales) de participación a lo largo de todos los procesos de evaluación de proyectos que ingresan al SEIA, posibilitando que las comunidades afectadas puedan ejercer una influencia real en la decisión final. Es necesario que la participación ciudadana no solo sea ponderada, considerada o haya que pronunciarse fundamentalmente respecto de ella, sino que además tenga un peso específico similar a la opinión de los expertos; de lo contrario es difícil que se obtengan resultados concretos que permitan una deliberación real durante la participación.
- Establecer mecanismos que impidan que los incentivos económicos durante los procesos de evaluación desnaturalicen el importante papel deliberativo y fiscalizador que cumple la ciudadanía en los procesos de calificación ambiental.
- En particular, es necesario reformar el artículo 13 bis de la Ley 19.300, para prohibir las negociaciones fuera de la institucionalidad, puesto que se ha demostrado que es una fuente de división de comunidades y un recurso muchas veces mal utilizado por los titulares de los proyectos.

##### **Información.**

- En cuanto a la información ambiental, se deben considerar estándares de acceso, contenido y calidad de la información. En el capítulo del año 2019, se analiza en particular el sistema de información de calidad del aire y se adoptan las siguientes recomendaciones.
- *Acceso a la información ambiental en calidad de aire:* se deben poner en línea los datos originales y simplificados necesarios para la toma de decisiones de urgencia, y hacer accesible todos los datos sobre contaminantes peligrosos o dañinos para la salud, especialmente, los regulados en tratados internacionales y por parte de la OMS.

- *Calidad de la información ambiental en calidad de aire:* avanzar en establecer las condiciones para un sistema independiente y transparente de verificación de la calidad de los datos generados en las estaciones de monitoreo. Esto se conseguiría si las estaciones fueran operadas por entidades debidamente autorizadas y con la certificación de los laboratorios, entre otras medidas idóneas. También se recomienda como un objetivo final, la creación de un laboratorio de referencia en el país, de manera que se pueda garantizar la calidad de la información ambiental.
- *Contenido de la información ambiental en calidad de aire:* determinar de manera consistente, previa y transparente, cuáles son las redes de monitoreo de calidad del aire necesarias para adoptar decisiones de política pública; en cuanto a los contaminantes aún no regulados en el país, definir criterios de vigilancia, por lo menos para áreas de riesgo.

**c. El derecho al agua como un Derecho Humano. Capítulos del Informe de los años 2013 y 2017.**

**Recomendaciones para el Estado y empresas estatales:**

- Aprobar el uso preferente del agua para consumo humano a nivel constitucional y recuperar la capacidad del Estado en relación a garantizar el derecho humano al agua potable, especialmente respecto a la independencia de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) y la pérdida de los derechos de accionista de la CORFO en las concesiones directas, en 2049.
- Coordinar una política pública integrada de recursos hídricos, incluyendo regulación de uso de los recursos hídricos en la agricultura con criterios de sustentabilidad y enfoque de derechos humanos.
- Aplicar multas escalonadas por parte de la SISS al menos conforme a criterios equivalentes a aquellos que emplea la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), cuidando que, en todo caso, la sanción no sea menor a la utilidad o ahorro obtenido con la infracción y posibilitando, además, la terminación de contratos con ECONSSA Chile S.A. por incumplimiento grave (aunque sea puntual) de la empresa operadora.
- Mejorar la transparencia en relación a arbitrajes ECONSSA Chile S.A., criterios de calidad –y su cumplimiento en relación a los Planes de Desarrollo– y negociaciones tarifarias.
- Modificar el Código de Aguas incorporando una disposición que establezca un orden de prelación entre los diversos usos del agua, en caso que entren en conflicto.
- Modificar el Código de Aguas introduciendo organismos que permitan una gestión integrada de cuencas –terminando con la existencia de aquellos que administran únicamente una sección de estas–, participativos y que incluyan el uso coordinado y conjunto de las aguas superficiales y subterráneas.
- En acuíferos afectados por problemas de disponibilidad, optar por la declaración de zona de prohibición, en vez de la de área de restricción.
- En caso de decretarse una zona de escasez, que la Dirección General de Aguas (DGA) proceda a redistribuir los derechos de agua, para asegurar la disponibilidad del recurso para fines domésticos y de saneamiento.
- Mejorar la institucionalidad existente, creando un organismo específico o dotando de mayores atribuciones, capital humano y técnico a la DGA, de manera que pueda



fiscalizar adecuadamente que el agua se utilice dentro de los márgenes autorizados por la ley.

- En la misma línea que el punto anterior, y cualquiera que sea la opción institucional que se tome, aumentar el valor de las multas que impone la DGA por extracción ilegal de aguas.

#### **d. Planificación Territorial y justicia ambiental**

**A partir del análisis sobre planificación territorial y medioambiente en el Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos de 2016, se recomendaron las siguientes medidas:**

Uno de los elementos cuya falta impacta severamente en el goce de los derechos humanos de las personas, es la falta de planificación territorial, que resulta en la instalación de actividades empresariales sin la suficiente coordinación, restricción en relación con áreas habitadas o verdes, y sin adecuada mitigación de los impactos ambientales. Así, a falta de una perspectiva de justicia ambiental<sup>71</sup> en la planificación territorial (especialmente, evitar sobrecarga de zonas de "sacrificio"), y falta de la planificación territorial nacional de los sectores industriales (política energética, política minera, agropecuario<sup>72</sup> etc.), Chile no cuenta con herramientas eficaces de proyección del crecimiento sustentable, y que fuera compatible con los derechos humanos. Además, "la ausencia de ordenamiento territorial permite que efectivamente cada proyecto se instale en un lugar específico y no se considere el desarrollo de otras actividades previas o potenciales, y la carga ambiental a veces se ve deteriorada."<sup>73</sup> Las ordenanzas municipales tienen solamente impacto limitado y no pueden reemplazar el ordenamiento territorial nacional.

#### **Recomendaciones:**

- Adopción de planes reguladores y otros instrumentos y políticas territoriales con enfoque de derechos humanos, incluyendo la justicia ambiental. Usar, en la interpretación de los instrumentos de regulación territorial por parte de las SEREMIs, un enfoque de derechos humanos.
- Transversalizar mirada de derechos humanos en la planificación del ordenamiento del territorio. Adoptar las leyes requeridas para reducción de impactos, incluyendo la posibilidad de restricciones al crecimiento de una industria en un cierto sector saturado, si esto es la única medida para proteger eficazmente los derechos humanos.
- Tomar medidas eficaces contra el impacto discriminatorio por contaminación.

<sup>71</sup>Dominique Hervé, "Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N°1, 2010, pp. 9-36 y Dominique Hervé y Judith Schönsteiner, "Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví", en Alberto Coddou, ed., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

<sup>72</sup>Confirmada con Claudia Carbonell, Directora, ODEPA, Ministerio de Agricultura, enero de 2016 (por escrito).

<sup>73</sup>José Quidel Gajardo, Miembro de la Unidad de Participación y Diálogo, Ministerio de Energía, noviembre de 2015.